

YEARBOOK

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

VOL. 6

(2023)

[coordenação] RAQUEL CARVALHO / CATARINA SANTOS BOTELHO



Título YEARBOOK: Mestrado da Faculdade de Direito / Escola do Porto
Universidade Católica Portuguesa
VOL 6 (2023)

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 2024

ISBN 9789725410653

Universidade Católica Editora

Palma de Cima 1649-023 Lisboa

Tel. (351) 217 214 020 | Fax. (351) 217 214 029 uce@uceditora.ucp.pt |

www.uceditora.ucp.pt

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



Índice

[A responsabilidade civil e a cirurgia robótica](#)

Adriana Sofia Salazar Pereira

[Wrongful birth/Life actions e a responsabilidade médica civil em Portugal](#)

Alfredo Rafael Barbosa Marques

[A ESG e o direito societário. Avanços, recuos e objetivos do processo legislativo](#)

Ana Raquel Mendes Salgado

[A desvinculação do sócio face à garantia prestada através de “aval em branco”](#)

Ana Sofia Silva Gomes

[O problema do homicídio como reação à “tirania doméstica”. Distinção entre homicídio privilegiado e legítima defesa](#)

Anya Fabiana Henriques de Oliveira

[Amor em “modo avião”: A problemática jusfundamental das relações amorosas no trabalho no contexto da política “no dating”](#)

Diana Ferreira de Matos Coelho

[O crime de terrorismo e a sua possível apreciação pelo Tribunal Penal Internacional enquanto crime contra a humanidade](#)

Florabela Dinis de Campos Lopes

[Abuso fiscal e escolha fiscal: O caso particular das sociedades de prestação de serviços](#)

Francisca Pinto Marabuto de Carvalho Tavares

[EU’s competence in social policy and the impact of the Directive \(EU\) 2022/2041 of the European Parliament and of the Council on adequate minimum wages in the European Union](#)

Jacqueline Juhrs Flaire

Viabilidade da aplicação de sistemas de inteligência artificial aos atos administrativos discricionários

Jaime Paulino Maia e Silva

A legalidade dos sistemas autónomos de guerra à luz do direito internacional humanitário. No vácuo jurídico?

Joana Catarina Monteiro Oliveira Gomes

A proibição da assistência financeira. Algumas problemáticas especiais do regime

Joana Monterroso Neri Cadete

O Grupo Wagner e a responsabilidade Internacional da Federação Russa. A privatização da guerra entre ‘o fim da história’ e o advento da ‘multipolaridade’

José Edgar Alheia Cabreira

A relação entre o direito do urbanismo e o desenvolvimento de cidades sustentáveis: O papel das Estruturas Ecológicas Municipais

Lara Ramalho Costa

Extreme pornography. A criminalização da pornografia de violação no ordenamento jurídico português

Laura Vassalo Ferrão Leal da Costa

Empréstimos participativos: Uma verdadeira fonte de financiamento alternativa ao crédito bancário?

Margarida Rodrigues de Matos

Adequação e idoneidade dos membros do órgão de administração das instituições de crédito. A importância do Banco de Portugal enquanto supervisor no governo das instituições de crédito

Margarida Andrade Rodrigues

Violência doméstica: A exigência de coabitação em caso de vítimas vulneráveis. Em particular os idosos

Maria Francisca Ferreira de Faria Rodrigues Carneiro

Discriminação múltipla (em especial em razão da religião e do sexo): Algumas pistas de reflexão

Maria Gabriela Valente Silva Ferreira

O Regulamento Europeu das Sucessões na perspetiva da liberdade de circulação e autonomia privada do autor da sucessão

Maria João Miranda da Costa

Impugnação pauliana e o processo de insolvência. Efeitos da procedência da ação de impugnação pauliana no contexto da insolvência do devedor

Maria Luís Campos de Oliveira

A tutela dos sócios minoritários nos grupos de facto

Mariana do Espírito Santo Brito e Esteves

A proteção do *whistleblower* e o trabalhador denunciante

Marta Patrício Carreira

Non-State Armed Groups and the Yemen War

Marta Maria Ferreira Gomes Lopes Genésio

O conceito de exigências imperiosas do funcionamento da empresa no regime do teletrabalho: Um escudo aos direitos do trabalhador ou a proteção da liberdade da organização empresarial?

Marta Ribeiro da Cunha Santos

Pode o direito brasileiro não reconhecer as marcas sonoras?

Paula Vener Rangel da Silva Cunha

A exceção de não cumprimento e o direito de retenção na empreitada de Direito Privado

Pedro Daniel Marques Espinhaço

A *due diligence* e a proteção do adquirente no âmbito dos *share deals*

Ricardo Manuel Costa Miranda Cardoso de Menezes

[A violação de normas jurídicas como ato de concorrência desleal?](#)

Sandra Isabel Gomes Castro

[Sexual violence against women in armed conflict: The Yazidi genocide](#)

Sara Oliveira da Mota

[Acidentes de \(tele\)trabalho](#)

Tiago Filipe Pereira Cabral

[Os défices normativos do Artigo 12.º-B da Convenção Modelo da ONU](#)

Vasco Maria Moniz da Gama Lobo Xavier

A responsabilidade civil e a cirurgia robótica

Adriana Sofia Salazar Pereira

Sob a orientação do Professor Doutor
José Carlos Barros Brandão Proença

Agradecimentos

Aos meus pais, avós e irmã, por serem os meus pilares e por acreditarem sempre em mim, mais do que eu mesma.

Ao André, pela compreensão e apoio.

Ao Exmo. Sr. Professor Doutor José Brandão Proença, pela disponibilidade, dedicação e ajuda inestimável.

Resumo

Nas últimas décadas, a inovação científica e tecnológica tem marcado transversalmente a sociedade e a área médica não constitui uma exceção.

Mais precisamente, diante dos novos desafios colocados pela união da inteligência artificial e da robótica com a medicina, o Direito tem o importante papel de compatibilizar esta nova realidade com o instituto da responsabilidade civil, de modo a assegurar a confiança e segurança jurídicas.

Com efeito, a presente dissertação pretende refletir sobre algumas questões jurídicas que advêm do impacto da cirurgia robótica, com especial relevância para a atribuição de responsabilidade decorrente de danos causados por robôs cirúrgicos, descortinando não só a possibilidade de subsumir esta nova realidade às normas e institutos jurídicos já existentes, como também a de aceitar a atribuição de personalidade jurídica aos robôs autônomos.

Palavras-chave: responsabilidade civil; robô; cirurgia robótica.

Abstract

Over the last decades, scientific and technological innovation has marked society across the board and the medical field is no exception.

Cisely, facing the new challenges posed by the union of artificial intelligence and robotics with medicine, Law has the important role of making this new reality compatible with the institute of civil liability, in order to ensure legal safety and trust.

As a result, this dissertation aims to reflect on some legal issues that result from the impact of robotic surgery, with particular relevance to the attribution of liability arising from damage caused by surgical robots, considering not only the possibility of subsuming this new reality to existing legal norms and institutes, but also the possibility of accepting the attribution of legal personality to autonomous robots.

Keywords: civil liability; robot; robotic surgery.

Índice

Introdução	6
1. Evolução da cirurgia robótica	7
2. Os diferentes tipos de robôs cirúrgicos	9
3. Responsabilidade civil por danos decorrentes de cirurgia robótica: considerações preliminares	10
3.1. Os diferentes sujeitos na cadeia de responsabilidade	11
3.2. Caracterização da obrigação do médico	12
3.3. O consentimento informado e o direito de o doente recusar um tratamento médico por um robô	14
4. Responsabilidade civil por cumprimento defeituoso do contrato ou por violação de direitos absolutos ou de normas destinadas a proteger interesses alheios	17
4.1. Erro ou falha humana na utilização do robô	17
4.2. Falta de manutenção ou de atualização do sistema	25
4.3. O caso do dano causado por robô cirúrgico autónomo: aplicação dos artigos 500º e 800º?	26
5. Responsabilidade civil decorrente de falha técnica ou mecânica do robô durante o seu funcionamento	29
5.1. Responsabilidade civil do produtor – DL n.º 383/89, de 6 de novembro	30
5.1.1. A classificação dos robôs cirúrgicos como produtos	31
5.1.2. Sobre a defeituosidade do produto	31
5.1.3. O dano e o nexo de causalidade	33
5.1.4. Responsabilidade do produtor decorrente de ciberataques	34
Conclusão	35
Bibliografia	37

Lista de abreviaturas

Ac.	Acórdão
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
EUA	Estados Unidos da América
FDA	<i>Food and Drug Administration</i>
N.º	Número
<i>Ob. cit.</i>	Obra citada
P(p).	Página(s)
PE	Parlamento Europeu
Proc.	Processo
<i>s.d.</i>	<i>Sine data</i>
SNS	Sistema Nacional de Saúde
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

Introdução

Nas últimas décadas, como resultado da introdução da robótica na medicina, os procedimentos cirúrgicos têm sido objeto de uma expressiva e positiva evolução, impulsionando-se significativamente o seu sucesso.

Deste modo, pese embora a cirurgia robótica apresente como premissa uma maior segurança, precisão e uma recuperação mais rápida dos pacientes face a outros métodos cirúrgicos tradicionais, também acarreta novos riscos.

Nesta sequência, evidencia-se a necessidade de se proceder a uma reflexão e antecipação sobre os desafios que destes avanços tecnológicos decorrem, afigurando-se como imprescindível que o Direito acompanhe de forma ativa o desenvolvimento, regulando-o¹.

Assim, o propósito do presente trabalho é o de estudar algumas questões jurídicas que a cirurgia robótica coloca em matéria de responsabilidade, com especial relevância para a dificuldade de atribuição de responsabilidade decorrente de danos causados por robôs cirúrgicos.

Com efeito, será premente começar por aludir à evolução da cirurgia robótica e a conceitos técnicos que com ela estão intimamente relacionados. Seguidamente, realizamos algumas considerações preliminares sobre o tema em questão, no âmbito das quais terá especial relevância estudar os aspetos específicos que esta nova realidade coloca ao instituto do consentimento informado, questionando-se ainda a possibilidade de se recusar um tratamento médico-cirúrgico por um robô. Posteriormente, haverá lugar ao debate das diferentes vias de responsabilidade convocadas em caso de dano decorrente de erro ou falha humana na utilização do robô, de falta de manutenção ou atualização do sistema e, por último, de falha técnica ou mecânica durante o funcionamento daquele.

Saliente-se, no entanto, a dificuldade acrescida que se coloca na responsabilização por danos causados por robôs autónomos, na medida em que as regras existentes abrangem apenas as situações em que a causa subjacente à ação ou omissão do robô pode ser atribuída a um interveniente humano em específico. Deste modo, torna-se legítimo equacionar a possibilidade de atribuirmos a responsabilidade ao próprio robô. Todavia, uma vez que no contexto atual ainda não são realizadas cirurgias robóticas com tal nível de autonomia, o presente estudo não irá incidir, crucialmente, sobre esta hipótese, realizando-se apenas uma breve menção.

¹ Sousa e Silva, 2017, pp. 491 e 492.

1. Evolução da cirurgia robótica

O termo *robô* foi utilizado pela primeira vez em 1921, por Karel Čapek, na sua peça “Rossum’s Universal Robots”². Derivado da palavra *robot*, cujo significado é “trabalho forçado”, o termo foi rapidamente disseminado enquanto tarefa repetitiva realizada por uma máquina dotada de pouca – ou nenhuma – inteligência artificial.

Mais tarde, em 1942, Isaac Asimov, um escritor de ficção científica, tendo como destinatários os criadores, produtores e operadores de robôs, desenvolveu um conjunto de diretivas éticas, criando as “Três Leis da Robótica”³:

- Lei 1: Um robô não deve prejudicar um ser humano ou, por omissão, permitir que este sofra algum dano.

- Lei 2: Um robô deve obedecer às ordens dadas pelos seres humanos, exceto se essas ordens puserem em causa a primeira lei.

- Lei 3: Um robô deve proteger a sua existência, desde que essa proteção não entre em conflito com as duas primeiras leis.

Posteriormente, veio a ser desenvolvida a quarta lei – lei zero –, segundo a qual um robô não pode prejudicar a humanidade nem permitir que esta sofra danos devido à sua falha de intervenção⁴.

De facto, como alude Nuno Sousa e Silva⁵, o conceito técnico de robô não se encontra estabilizado no domínio da engenharia e da ciência da computação. No entanto, refira-se a definição de Michael Froomkin⁶, segundo a qual os robôs são objetos criados pelo homem que observam três características: algum sensor sem o qual não conseguem responder a estímulos; algum algoritmo com a capacidade de os controlar e de estabelecer as suas respostas; e, por último, alguma habilidade para agir de forma a alterar o mundo exterior.

Mais concretamente, afigura-se crucial para o desenvolvimento do presente estudo delimitar o conceito de robô cirúrgico, conceito este que, à semelhança do explicitado anteriormente, também não se encontra pacificamente estabelecido. Dasgupta *et al*⁷ expõem que “um robô cirúrgico é definido como um manipulador controlado por um computador, com sensibilidade artificial, que pode ser programado para mover e posicionar ferramentas para realizar tarefas cirúrgicas”, adaptando, desta forma, a definição de robô publicada pelo *American Institute of Robotics*, em 1979⁸.

² Ribeiro, 2005, p. 1.

³ Quaresma, 2021, pp. 1-15.

⁴ Triberti *et al.*, 2021, p. 152.

⁵ Sousa e Silva, 2019, p. 694.

⁶ Calo, Froomkin & Kerr, 2016, p. 11.

⁷ Dasgupta, Jones & Gill, 2004, p. 20.

⁸ Segundo a referida definição, um robô consiste num manipulador reprogramável e multifuncional, projetado para mover materiais, peças, ferramentas ou dispositivos especializados através de movimentos programados para a realização de uma variedade de tarefas. Gumbs, Simone & Chouillard, 2020, p. 2.

No que respeita à origem da cirurgia robótica, Valero *et al*⁹ atribuem-na ao robô PUMA 560 (Programmable Universal Machine for Assembly), um braço robótico com seis graus de liberdade utilizado pela primeira vez por Kwoh *et al*, em 1985, para realizar biópsias neurocirúrgicas com um elevado nível de precisão. Três anos depois, em 1988, Davies *et al* realizaram uma resseção transuretral da próstata usando o mesmo sistema que, mais tarde, veio a ser denominado PROBOT.

Posteriormente, em 1992, a *Integrated Surgical Supplies* desenvolveu o ROBODOC Surgical System, direcionado para auxiliar na colocação de uma prótese total da anca, tendo sido este o primeiro robô cirúrgico aprovado pela *Food and Drug Administration* nos Estados Unidos da América (EUA)¹⁰.

Em 1990, o médico Yulun Wang, da Universidade da Califórnia, em Santa Bárbara, fundou a empresa *Computer Motion*, que desenvolveu o sistema robótico AESOP (Automated Endoscopic System for Optimal Positioning). Aprovado em 1994, este sistema era constituído, essencialmente, por um braço robótico dotado de uma câmara endoscópica controlada pelos cirurgiões através de um sistema de voz.

Anos mais tarde e após algumas modificações, surgiram os sistemas robóticos mais complexos, como o ZEUS System, desenvolvido pela *Computer Motion*, e o DA VINCI Robotic Surgical System, pertencente à *Intuitive Surgical*.

Mais precisamente, no que concerne ao ZEUS System, este é composto por uma consola de controlo do cirurgião que integra um sistema de imagem 3D e por três braços robóticos: um dos braços tem como função segurar a câmara AESOP, controlada pela voz, e os outros dois replicam os braços do próprio cirurgião, segurando os instrumentos cirúrgicos. Por sua vez, o sistema DA VINCI é constituído por três estruturas (comum a todos os seus modelos): a consola de controlo do cirurgião, um sistema de imagem 3D de alta-definição e uma mesa com os braços robóticos, três para controlar os instrumentos cirúrgicos e um para controlar a câmara endoscópica.

A primeira utilização do robô DA VINCI ocorreu na Alemanha, em 1998, e com a sua assistência foi possível realizar uma cirurgia de reparação da válvula cardíaca e de revascularização do miocárdio. No entanto, foi apenas em 2000 que este robô foi aprovado pela FDA para utilização em cirurgia geral, permitindo-se, desta forma, o uso pleno dos benefícios do sistema robótico¹¹.

Por sua vez, a primeira cirurgia robótica realizada em Portugal ocorreu a 23 de junho de 2010, no Hospital da Luz, em Lisboa. Utilizando o sistema DA VINCI, foi realizada uma prostatectomia radical (remoção da próstata), com o objetivo de extrair um tumor de um paciente de 50 anos. Todavia, só em 2019 foi noticiada a integração do

⁹ Valero *et al.*, 2011, p. 542.

¹⁰ Matos, 2017, p. 9.

¹¹ Felix, 2021, p. 6.

primeiro robô cirúrgico no Serviço Nacional de Saúde, mais concretamente, no Hospital Curry Cabral, também em Lisboa.

2. Os diferentes tipos de robôs cirúrgicos

De acordo com Taylor Russel¹², os robôs cirúrgicos podem ser classificados segundo três critérios: tecnologia, aplicação e função desempenhada.

No que à vertente tecnológica respeita, é imperativo atender à interação entre o próprio robô e o cirurgião, podendo distinguir-se entre robôs autónomos, que se dirigem à realização de procedimentos cirúrgicos com parcial ou nenhum envolvimento humano, e robôs teleoperados, os quais requerem o controlo remoto por parte do cirurgião.

Nesta sequência, afigura-se imprescindível descortinar o significado de “autonomia”. De acordo com a Resolução do PE, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica, esta pode ser definida como “(...) a capacidade de tomar decisões e de as aplicar no mundo exterior, independentemente do controlo ou da influência externa (...)”¹³. Mais concretamente, no âmbito médico o grau de autonomia encontra-se relacionado com o nível de dependência do robô relativamente ao cirurgião¹⁴, podendo distinguir-se quatro categorias: controlo direto, controlo partilhado, autonomia supervisionada e autonomia total.

No que concerne ao controlo direto, os cirurgiões detêm um controlo absoluto dos procedimentos cirúrgicos, controlando o robô de forma manual ou através de uma consola e de um sistema de imagem 3D. Desta forma, o robô não se movimenta sozinho, seguindo apenas as indicações do cirurgião. De facto, o robô DA VINCI integra-se neste âmbito, uma vez que o cirurgião, sentado na consola, controla à distância os braços robóticos enquanto visualiza uma imagem computadorizada.

Seguidamente, o controlo partilhado implica uma distribuição do controlo do manuseamento dos instrumentos cirúrgicos entre o robô e o cirurgião. Como exemplo podemos mencionar o sistema ACROBOT, na medida em que este restringe os movimentos do cirurgião que saiam da região segura.

Já no que respeita à autonomia supervisionada, o robô executa tarefas cirúrgicas com alguma autonomia, mas sob supervisão do cirurgião, o que implica que este mantenha a responsabilidade pelo processo decisório, mas detenha um menor

¹² Taylor, *s.d.*, pp. 1-11.

¹³ Evidencia-se o ponto 1. da mesma Resolução que realça a necessidade se criar uma definição comum de “robôs autónomos inteligentes”, devendo esta definição observar as seguintes características: capacidade de adquirir autonomia através de sensores e/ou troca de dados com o seu ambiente e a análise desses dados; capacidade de aprender com a experiência e com a interação (enquanto critério opcional); um suporte físico do robô; capacidade de adaptar o seu comportamento e ações ao ambiente que o rodeia; e, por fim, inexistência de vida no sentido biológico do termo.

¹⁴ Yip, 2017, p. 2.

envolvimento na execução dos procedimentos. Um exemplo é o CYBERKNIFE, um sistema de radiocirurgia robótica desenvolvido pela *Stanford University*. Mais precisamente, o cirurgião ajusta um plano antes da execução e tem a função de garantir que, posteriormente, o robô o executa com segurança.

Por fim, a autonomia total refere-se à realização de cirurgias sem interferência por parte do cirurgião. Pese embora os atuais sistemas robóticos não possam ser integrados nesta esfera de atuação, em janeiro de 2022 foi realizada pelo robô STAR (Smart Tissue Autonomous Robot) uma cirurgia laparoscópica no tecido mole de um porco sem orientação humana. Projetado por investigadores da *John Hopkins University*¹⁵, trata-se do primeiro sistema robótico a planear, adaptar e executar um plano cirúrgico em tecidos moles com o mínimo de intervenção humana.

Por sua vez, os robôs cirúrgicos podem ser qualificados de acordo com a sua aplicação, ou seja, de acordo com o uso final do sistema robótico em questão. Destarte, este critério possibilita-nos falar, como exemplos, em robôs cirúrgicos para a neurocirurgia (como o PUMA 560), para a ortopedia (ROBODOC), para a cirurgia geral (AESOP), para a urologia (DA VINCI e PROBOT), para a ginecologia e obstetrícia (ZEUS) e para a cirurgia cardíaca (DA VINCI).

Por fim, Taylor Russel faz ainda a distinção segundo a função desempenhada pelo sistema robótico. Camarillo *et al*¹⁶, defendendo este critério, distinguem 3 categorias: a primeira diz respeito a um papel passivo, que indica que o papel do robô é limitado ou que o seu envolvimento na cirurgia é de baixo risco. Em segundo lugar, fala-nos de um papel restrito, no qual o robô é responsável por tarefas de maior risco, ainda que poucas, partilhando o risco com o cirurgião. Por fim, o robô pode ter um papel ativo, encontrando-se, nestes casos, plenamente envolvido no procedimento cirúrgico, desenvolvendo tarefas de elevado risco, como é o caso do sistema robótico DA VINCI.

3. Responsabilidade civil por danos decorrentes de cirurgia robótica: considerações preliminares

De facto, pese embora os avanços tecnológicos na área da saúde apresentem diversos benefícios para os pacientes, também acarretam novos e expressivos riscos, o que impulsiona a necessidade de ponderar a forma de atribuição da responsabilidade civil.

Neste exato sentido, o Relatório da Comissão ao PE, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu, sobre as implicações em matéria de segurança e de responsabilidade decorrentes da inteligência artificial, da internet das coisas e da

¹⁵ Graham, 2022.

¹⁶ Camarillo, Krummel & Salisbury, 2004, p. 8.

robótica, expõe a possibilidade de as características das novas tecnologias digitais, como a inteligência artificial e a robótica, poderem reduzir a eficácia da atribuição de responsabilidade, devido à dificuldade que se verifica na determinação donexo de causalidade entre o dano e um comportamento humano que justifique uma ação por responsabilidade culposa em conformidade com as regras nacionais, tornando-se, assim, difícil a prova pela parte lesada.

A base de dados MAUDE (Manufacturer and User Facility Device Experience) reúne e disponibiliza um conjunto de relatórios de eventos adversos relacionados com dispositivos médicos. Mais precisamente, entre 11.01.2022 e 30.11.2022, a referida base de dados dá conta de cinco eventos adversos decorrentes de cirurgias robóticas com o sistema robótico DA VINCI XI, tendo todos culminado na morte dos pacientes. Todavia, dos referidos relatórios consta que, com base na informação existente, não só não se afigura possível determinar a causa dos eventos adversos ocorridos, como a existência de qualquer defeito no equipamento robótico em questão, o que nos mostra a dificuldade em demonstrar o facto que está na origem do dano devido à existência de um amplo leque de possíveis responsáveis, como veremos a seguir¹⁷.

3.1. Os diferentes sujeitos na cadeia de responsabilidade

Em primeiro lugar, importa dar uma breve definição de responsabilidade civil. Em traços gerais, “denomina-se responsabilidade civil o conjunto de factos que dão origem à obrigação de indemnizar os danos sofridos por outrem”¹⁸, na medida em que o dano vai para além do risco geral de vida que o lesado deve assumir.

De acordo com Kfourí Neto¹⁹, no âmbito de uma cirurgia robótica, a responsabilidade civil poderá ser imputada, em primeiro plano, ao médico-cirurgião que se encontrava a utilizar o robô cirúrgico ou a outro membro da equipa médica, por erro médico; ao hospital, por falta de manutenção ou de atualização do sistema; ainda, deve equacionar-se a responsabilidade do fabricante do robô por defeito do produto ou das informações prestadas sobre o sistema robótico.

¹⁷ De acordo com Rafaella Nogaroli e Miguel Kfourí Neto, nos EUA, as ações indemnizatórias por danos ocorridos durante procedimentos cirúrgicos robóticos são conhecidas como “finger-pointing cases”, precisamente “porque há sempre o dilema de quem deve responder quando há um dano ao paciente submetido à cirurgia robótica”. Nogaroli & Neto, 2020, pp. 37 e 38.

¹⁸ Menezes Leitão, 2022, p. 277.

¹⁹ Neto & Nogaroli, 2019, pp. 166 e 167.

3.2. Caracterização da obrigação do médico

De acordo com Demogue²⁰, a obrigação assumida pelo médico deve ser distinguida entre obrigação de meios e obrigação de resultado. No que toca às primeiras, são aquelas em que o devedor se obriga a adotar o grau de diligência necessário e exigível para a obtenção de um resultado, sem assegurar a sua produção. Por sua vez, no que concerne às obrigações de resultado, o médico vincula-se à obtenção do resultado, só havendo cumprimento quando este efetivamente ocorrer, ainda que o médico tenha realizado todos os atos necessários para a sua concretização.

De facto, a jurisprudência²¹ tem entendido que, de um modo geral, o médico assume uma obrigação de meios na prestação do tratamento adequado mediante a observância diligente e cuidadosa das regras da ciência e da arte médicas, denominadas *leges artis*²². No entanto, tem vindo a entender-se que, estando em causa uma atividade médica vocacionada para um fim determinado e em que a margem de risco se assume como mínima, a obrigação será de resultado – *vide*, neste sentido, o ac. do TRP, de 23.03.2020, (Fátima Andrade), proc. n.º 401/16.2T8PVZ.P1. Nestes termos, tem vindo a apontar-se como critério distintivo entre as obrigações de meios e de resultado o carácter aleatório ou rigorosamente determinado, respetivamente, do resultado pretendido pelo credor: se o resultado que se pretenda obter for possível de atingir, em regra, com a atuação diligente do devedor, estaremos perante uma obrigação determinada, pelo que “a não verificação da consequência pretendida e verificada num curso normal de acontecimentos, constitui base suficiente para presumir a culpa do devedor”. Falamos aqui das obrigações de resultado. Pelo contrário, se o resultado pretendido se configurar como incerto devido à intervenção de variados fatores e por ter um elevado peso de aleatoriedade, mesmo que o devedor empregue o cuidado e diligências exigíveis, a não ocorrência do resultado não é elemento suficiente para presumir a culpa, pois a sua obtenção não está dependente, em exclusivo, dos esforços do devedor. Trata-se aqui das obrigações de meios.

Deste modo, importará, então, ponderar a natureza e o objetivo do ato médico em causa para, casuisticamente, saber se se estará perante uma obrigação de meios ou

²⁰ Demogue, 1872-1938, p. 554.

²¹ Veja-se, neste sentido, o ac. do TRP, de 06.09.2021 (Manuel Domingos Fernandes), proc. n.º 640/13.8TVPRT.P2, e o ac. do STJ, de 23.03.2017 (Tomé Gomes), proc. n.º 296/07.7TBMCN.P1.S1.

²² No que toca à definição do conteúdo material das *leges artis*, importa realçar o contributo da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina, que veio dispor, no seu art. 4.º, que “qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efetuada na observância das normas e obrigações profissionais, bem como das regras de conduta aplicáveis ao caso concreto”. Resulta deste âmbito o valor jurídico dos “protocolos”, “guidelines” e “reuniões de consenso”, que dizem respeito a documentos criados pelos médicos e que contribuem diretamente para a definição das regras de conduta a que se deverá submeter o exercício da sua atividade.

perante uma obrigação de resultado, centrando-nos no exato contexto e contornos da situação.

Tendo em vista o exposto, consideramos que a obrigação do cirurgião, no âmbito da realização de uma cirurgia robótica, assume a natureza de uma obrigação de meios, porquanto este tipo de procedimento, encontrando a sua expressão máxima em cirurgias de extrema complexidade técnica, encontra-se dependente de diversos fatores condicionantes suscetíveis de tornar o resultado incerto, como “a capacidade de regeneração dos órgãos afetados pela patologia e de outros fatores estranhos à atividade médica”²³.

Importa, contudo, referir que a moderna doutrina e jurisprudência francesas defendem a existência de uma classificação híbrida, mais precisamente, de obrigações de meios reforçadas e de resultado atenuadas²⁴. De acordo com Lionel Andreu e Nicholas Thomassin²⁵, estando em causa uma obrigação de meios reforçada, “a culpa comportamental do devedor (falta de diligência) é presumida, podendo o devedor reverter essa simples presunção de culpa através de qualquer meio”, existindo, portanto, uma inversão do ónus da prova. Por sua vez, de acordo com os mesmos autores, as obrigações de resultado podem também ser atenuadas, sendo possível ao devedor exonerar-se da culpa estabelecendo que o seu comportamento não poderia ter sido a causa do dano.

Transpondo para o caso em estudo, cremos que a obrigação do cirurgião, no âmbito de uma cirurgia robótica, assume a natureza de uma obrigação de meios reforçada. Desta forma, em caso de ocorrência de danos, a culpa do cirurgião deverá ser presumida através da aplicabilidade do artigo 799.º, n.º 1 do CC, invertendo-se, assim, o ónus da prova. De facto, refira-se que André Dias Pereira, acompanhando o pensamento de autores como Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, defende a possibilidade de aplicação da presunção de culpa prevista no referido artigo não só às obrigações de resultado, como também às obrigações de meios, afirmando que “o ónus da prova da culpa incide, também nas obrigações de meios, sobre o devedor inadimplente”²⁶, porquanto o médico se encontra em melhores condições para ilidir a presunção de culpa que sobre si recai. Ainda, Maria Victória Rocha²⁷ argumenta no sentido de que a responsabilidade civil médica se funda no cumprimento defeituoso da prestação médica. Por esta razão, tendo em consideração a exigência realizada pelo artigo 799.º, n.º 1 do CC no sentido da

²³ Barra, 2014, p. 43.

²⁴ A jurisprudência francesa reconheceu a existência de uma obrigação de meios reforçada no ac. proferido pela Corte de Cassação francesa, a 21 de maio de 1996.

²⁵ Andreu & Thomassin, 2022, p. 251.

²⁶ Pereira, 2012, p. 619.

²⁷ Rocha, 1988, p. 63.

presunção de culpa do devedor em caso de cumprimento defeituoso, incumbirá ao paciente apenas a prova do defeito no cumprimento.

3.3. O consentimento informado e o direito de o doente recusar um tratamento médico por um robô

Atualmente, a relação médico-paciente tem como base um esquema horizontal, sendo unânime que qualquer intervenção médica carece do consentimento do paciente. Esta ideia decorre, por um lado, da consciência do direito à autodeterminação sobre o próprio corpo e, por outro, da desconfiança que é inerente às novas técnicas e procedimentos médicos²⁸.

Na verdade, um artigo publicado no *International Journal of Environmental Research and Public Health*, intitulado “Do people trust in robot-assisted surgery? Evidence from Europe” (2021), constatou que “a confiança é uma importante variável na tomada de decisões relacionadas com a saúde, especialmente quando envolve risco e incerteza”. De acordo com este estudo, uma melhor informação sobre o procedimento robótico e sobre os seus potenciais resultados terá um impacto positivo na confiança do doente e, conseqüentemente, na decisão tomada a respeito da cirurgia, decisão esta que, de acordo com os autores, perante um modelo de cuidados baseado na colaboração entre o profissional médico e o paciente, depende da vontade do último.

Vejamos, então, os aspetos específicos que a cirurgia robótica coloca ao consentimento informado, começando por identificar o devedor da obrigação de informar.

De acordo com o Professor André Dias Pereira²⁹, regra geral, a obrigação de informar recai sobre o *médico assistente*, designadamente, sobre o médico consultado pelo paciente. No entanto, admite-se que a informação possa ser disponibilizada pelos médicos que pertençam à mesma equipa multidisciplinar e que, portanto, também estejam envolvidos no tratamento. Na hipótese de se tratar de um procedimento médico específico, a realizar por uma equipa médica específica – como será o caso de uma cirurgia robótica – compete a esta a comunicação da informação ao paciente e, conseqüentemente, a obtenção do seu consentimento informado. Deste modo, considera o mesmo Professor não ser necessário que seja o médico que vai realizar o procedimento quem deva transmitir toda a informação, devendo, contudo, certificar-se de que o paciente prestou o seu consentimento livre e esclarecido. Entende, portanto, que existe uma responsabilidade solidária no cumprimento do dever de informar, posição com a

²⁸ Pereira, 2004, p. 9.

²⁹ Pereira, 2012, pp. 360-364.

qual passamos, desde já, a discordar. Na verdade, não nos parece suficiente que a informação seja fornecida por um membro da equipa médica que não o cirurgião competente para realizar a cirurgia robótica, isto porque se encontra em causa um procedimento médico especialmente recente. Deste modo, e a nosso ver, justificar-se-á que seja o cirurgião responsável, com formação adequada e, conseqüentemente, com os conhecimentos técnicos necessários, a informar o paciente.

Ora, de acordo com Filipa Azevedo³⁰, o consentimento informado “representa o sustentáculo onde a prática médica se deve alicerçar”, compreendendo, assim, um dever de informação e esclarecimento por parte do médico.

De uma forma mais específica, no âmbito de um procedimento robótico evidencia-se o entendimento de Deborah Dubeck³¹, que afirma a necessidade de transmitir aos pacientes mais do que apenas os riscos gerais, benefícios e alternativas ao procedimento robótico, afigurando-se como essencial explicar também o risco de falha do robô cirúrgico e a conseqüente implementação de um plano de contingência, abrangendo a possibilidade de existir uma conversão para um procedimento convencional. Mais precisamente, de acordo com Eduardo Dantas e Rafaella Nogaroli³², deverão transmitir-se os seguintes riscos: a possibilidade de interrupção do procedimento robótico em virtude de falha de conexão com a internet ou devido a falha do próprio equipamento; possibilidade de existência de algum evento adverso decorrente de um *time delay* entre os movimentos do cirurgião que controla o robô e a reprodução pelo próprio robô; demais riscos decorrentes de falha de *software* ou de limitação tecnológica do sistema; e, por fim, deverá transmitir-se o risco de acesso ilícito aos dados do paciente por terceiros. Do mesmo modo, André Dias Pereira considera que o conteúdo do dever de informação deve incluir “(...) a experiência e a especialização do telecirurgião (ou consultor), os fins para os quais a informação médica pode ser usada (por exemplo, para diagnóstico ou para fins educacionais), e quais os objetivos e meios de controlo de armazenamento da informação médica computadorizada numa base de dados”³³. Neste sentido, no que concerne à experiência do cirurgião que irá controlar a cirurgia robótica, deverá especificar-se a política de treino em cirurgia robótica existente no hospital onde será realizado o procedimento e se a cirurgia em questão foi anteriormente realizada no mesmo hospital ou até em qualquer outra unidade hospitalar do país, o que demonstra, como foi explicado, a relevância de ser o cirurgião a controlar a cirurgia o titular do dever de informação³⁴.

³⁰ Azevedo, 2019, p. 158.

³¹ Dubeck, 2014, p. 10.

³² Dantas & Nogaroli, 2020, p. 41.

³³ Pereira, 2004, p. 398.

³⁴ Dantas & Nogaroli, 2020, p. 42.

Nesta sequência, concluímos que o consentimento informado constitui uma causa habilitante à prática da cirurgia robótica, transferindo para a esfera jurídica do paciente os riscos do procedimento, desde que realizada de forma diligente, isto é, de acordo com as *leges artis*.

No entanto, se o procedimento robótico for arbitrário, porque não se obteve o consentimento do doente ou se obteve um consentimento viciado (situação em que o médico não transmite todas as informações necessárias), irá gerar-se responsabilidade civil extracontratual, nos termos do n.º 1 dos arts. 70.º e 483.º do CC, por violação de direitos de personalidade do paciente. Mais precisamente, será devida uma indemnização por ter sido retirada ao paciente a possibilidade de ponderar, esclarecidamente, os riscos e vantagens da utilização da cirurgia robótica.

Por fim, afigura-se importante equacionar também a seguinte questão: terá o paciente o direito de recusar uma cirurgia robótica?

Nas palavras de André Dias Pereira³⁵, não só o direito de consentir constitui um dos pilares do consentimento informado, como também o direito a recusar uma determinada intervenção.

De facto, reconhece-se ao paciente o direito à recusa de tratamento, ainda que esta surja como irrazoável, fundamentando-se este direito no direito à integridade física e moral, de acordo com o art. 25.º, n.º 1 da CRP, e no direito à liberdade de consciência (art. 41.º, n.º 1 da CRP). Na ordem jurídica portuguesa, encontra-se ainda plasmado na Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes, que no seu n.º 8 indica que “o doente tem direito a dar ou recusar o seu consentimento, antes de qualquer ato médico ou participação em investigação ou ensino clínico”.

Tendo em consideração o exposto, consideramos estar em posição de afirmar a existência de um direito do paciente de recusar a realização de uma cirurgia robótica, devendo a atividade médica orientar-se pelo respeito e pela salvaguarda dos direitos daquele, ainda que no caso em questão a cirurgia robótica apresente benefícios relativamente à cirurgia convencional, desde que o paciente tenha sido devidamente esclarecido e tenha compreendido o alcance e o sentido de toda a informação facultada.

³⁵ Pereira, 2010, p. 8.

4. Responsabilidade civil por cumprimento defeituoso do contrato ou por violação de direitos absolutos ou de normas destinadas a proteger interesses alheios

4.1. Erro ou falha humana na utilização do robô

Antes de passarmos à análise da primeira hipótese constante da cadeia de responsabilidade definida no ponto 4.1., cumpre estabelecer que, atualmente, os robôs cirúrgicos em atuação não apresentam “autonomia intencional, nem decisória”³⁶, funcionando como “braços do cirurgião”, como é o caso do já aludido sistema robótico DA VINCI.

Começemos, então, por atentar no caso de Stephen Pettitt. Em 2015, no Freeman Hospital, em Inglaterra, foi realizada uma cirurgia cardíaca para substituição da válvula mitral com o sistema robótico DA VINCI, cirurgia esta que terminou com a morte do paciente. Mais precisamente, ocorreu uma perfuração indevida do coração e, após uma tentativa de controlo da hemorragia, ocorreu a falência múltipla dos seus órgãos. Após o sucedido, surgiu a questão de saber se a perfuração foi causada por um movimento errado do robô ligado à programação ou se, pelo contrário, ocorreu um erro no controlo por parte do cirurgião que levou o braço robótico a realizar a perfuração. Depois de uma investigação, concluiu-se que o médico não possuía uma formação adequada para utilizar o sistema robótico em causa³⁷.

No caso narrado, uma das hipóteses de responsabilidade poderá ser atribuída ao cirurgião, por imperícia, devido à sua falta de conhecimento técnico e de experiência em cirurgia robótica. No entanto, para que possamos retirar esta conclusão, será necessário fazer uma análise atenta de diferentes pressupostos.

Isto visto, a primeira situação que poderá desencadear a figura da responsabilidade civil será a de erro ou falha humana na utilização do robô, não só do próprio cirurgião que o está a controlar, como também de qualquer outra pessoa pertencente à equipa médica.

Importa começar por realizar uma distinção consoante a cirurgia robótica seja realizada em unidades privadas de saúde ou em unidades públicas, ou seja, pertencentes ao SNS.

Na primeira situação, surgirá a figura da responsabilidade civil contratual. De facto, aceita-se pacificamente a ideia de que a relação que se estabelece entre o médico e o paciente é uma relação contratual, configurando, mais precisamente, um contrato de prestação de serviços médicos, podendo distinguir-se duas modalidades:

³⁶ Alves, 2021, pp. 31-38.

³⁷ Disponível em <https://www.bbc.com/news/uk-england-tyne-46143940>.

Num primeiro caso, o contrato pode ser celebrado diretamente entre o cirurgião e o paciente, respondendo aquele diretamente, com base no art. 798.º do CC.

Por sua vez, devemos considerar a existência de uma segunda modalidade, no âmbito da qual os contraentes serão a própria unidade de saúde e o paciente. Ora, dependendo dos serviços acordados, podemos estar perante um contrato total ou perante um contrato dividido.

Na primeira situação, a clínica assume direta e exclusivamente as obrigações de prestação dos atos médicos contratados e de internamento. Deste modo, pelos atos praticados pelo cirurgião ou por outro membro da equipa médica, a unidade de saúde será responsável nos termos do n.º 1 do art. 800.º do CC. Destarte, no âmbito do presente estudo, impõe-se a determinação do conceito de auxiliar. Segundo Cláudia Madaleno, “são auxiliares todas as pessoas das quais o devedor se serve para a execução da sua obrigação”³⁸. Atenta esta definição, consideramos que no caso de celebrado um contrato total entre a unidade hospitalar e o paciente para a realização de uma cirurgia robótica, o cirurgião e a restante equipa médica são pessoas utilizadas pelo hospital para o cumprimento da obrigação a que esta se vinculou. Contudo, e como veremos, para além da responsabilidade do hospital por atos dos seus auxiliares, o cirurgião ou outro membro da equipa médica poderão ter de responder a título de responsabilidade extracontratual, prevista no art. 483.º do CC, uma vez preenchidos os pressupostos legais.

Por sua vez, podemos estar perante um contrato dividido, existindo obrigações decorrentes de um contrato de internamento, celebrado entre o paciente e a unidade de saúde, e um contrato de prestação de serviços médicos, celebrado diretamente com o cirurgião. Nesta última situação, o cirurgião irá responder pelos seus próprios atos, com base no art. 798.º do CC, e ainda pelos atos daqueles que utilizar para a realização da cirurgia robótica, com fundamento, desta vez, no art. 800.º do mesmo Código.

Apesar do exposto, poderá surgir a figura da responsabilidade civil extracontratual se, porventura, existir também uma violação de direitos absolutos ou de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios, como as normas deontológicas destinadas a salvaguardar os interesses do doente. E dúvidas não substituem de que esta conjectura suceda com frequência na atividade médica. Nesta situação, Rui de Alarcão defende a admissibilidade de um cúmulo de responsabilidades, ou seja, de um concurso de normas de ambos os regimes que fundamentam a mesma pretensão, dando, portanto, origem a uma única indemnização³⁹. Denomina-se esta tese de “teoria da ação híbrida”, permitindo-se ao lesado optar por uma das tutelas ou articular o seu pedido de uma

³⁸ Madaleno, 2019, p. 123.

³⁹ Alarcão, 1983, *apud* Pinto, 2020, p. 2007.

forma híbrida, invocando as normas de ambos os regimes que mais o favoreçam. Diferentemente, Almeida Costa defende a “teoria do não cúmulo”. Para este autor, o lesado terá de recorrer, necessariamente, à tutela contratual, na sequência da aplicação de um princípio de consunção, segundo o qual, “de um prisma dogmático, o regime da responsabilidade contratual ‘consome’ o da extracontratual”⁴⁰. No mesmo sentido propende a nossa jurisprudência, o que se verifica, desde logo, nos ac. do STJ, de 14.05.2020, (Carlos Portela), proc. n.º 21966/15.0T8PRT.P2, de 08.09.2020, (Maria João Vaz Tomé), proc. n.º 148/14.4TVLSB.L1.S1, e de 08.02.2021, (Eugénia Cunha), proc. n.º 274/17.8T8AVR.P1.

Face a esta divergência, não podemos deixar de concordar com a primeira teoria. De facto, perante as situações em que as duas formas de responsabilidade coexistem juridicamente, deverá o lesado, ou seja, o paciente, estar em condições de na mesma ação beneficiar das normas e efeitos jurídicos que lhe sejam mais favoráveis, porquanto, como ensina Fernando Ferreira Pinto “trata-se de uma solução que não repugna à nossa lei substantiva e que se nos afigura perfeitamente coerente com os princípios do processo civil”⁴¹.

Começamos, então, por analisar os pressupostos que terão, necessariamente, de se encontrar preenchidos para que possamos afirmar a responsabilidade do cirurgião ou de qualquer pessoa da sua equipa médica em caso de erro ou falha humana na utilização de robô cirúrgico utilizado em unidade privada de saúde⁴².

Assente estará o ponto de que terá de se verificar a prática de um facto voluntário, por ação ou omissão, pelo cirurgião ou por algum membro da equipa médica que tenha provocado consequências danosas ao paciente. De uma forma mais concreta, e como ensina Nuno Manuel Pinto Oliveira para a responsabilidade civil médica em geral, existirá responsabilidade por ação quando, perante a situação clínica do paciente, os atos médicos não sejam necessários ou, ainda que o sejam, quando tenham sido praticados de um modo deficiente ou defeituoso. Por sua vez, haverá responsabilidade por omissão quando não tenham sido praticados os atos necessários para o doente⁴³. De forma a exemplificar, o cirurgião pode ter conduzido o robô a realizar um corte desnecessário ou, por outro lado, ter ignorado um aviso emitido pelo sistema robótico em virtude de estar a entrar numa zona suscetível de causar danos.

Por sua vez, a ilicitude consubstancia, em termos gerais, um juízo de desvalor atribuído pela ordem jurídica, traduzindo-se, assim, na reprovação da conduta num

⁴⁰ Costa, 1998, p. 561.

⁴¹ Pinto, 2020, p. 2016.

⁴² Sabendo que os pressupostos necessários para se verificar uma obrigação de indemnizar, nos termos do art. 562.º e seguintes do CC, são comuns à responsabilidade civil contratual e extracontratual.

⁴³ Oliveira, 2019, p. 7.

plano geral e abstrato. A questão que neste ponto se coloca é a de saber se a ilicitude deve ser aferida através do comportamento do agente ou, pelo contrário, através do resultado. Mafalda Miranda Barbosa⁴⁴ defende este último entendimento, segundo o qual basta que se verifique o desvalor do resultado para que se afirme a ilicitude; por sua vez, a primeira posição é defendida por Menezes Leitão⁴⁵, aferindo-se a ilicitude através da prossecução de um fim proibido por lei, devendo o agente atuar com dolo ou, no caso de uma atuação negligente, com violação do dever objetivo de cuidado, não sendo, por isso, suficiente a simples lesão de bens jurídicos. Ainda no âmbito da mesma esfera, de acordo com Nuno Manuel Pinto Oliveira, seguindo a posição da jurisprudência do STJ⁴⁶, o critério da ilicitude terá como ponto de referência o dever de diligência, cujo conteúdo é determinado pelas *leges artis*, só existindo uma lesão ilícita se o profissional de saúde não observar estas regras. De facto, não podemos deixar de concordar com esta posição, na medida em que julgamos não ser razoável considerar como ilícita uma intervenção médica levada a cabo de acordo com as *leges artis* mas que, ainda assim, levou à verificação de um resultado danoso para o paciente.

Isto posto, para se aferir do pressuposto da ilicitude, no campo contratual, terá de estar em causa um incumprimento ou um cumprimento defeituoso das obrigações acordadas no contrato, nos termos do art. 798.º do CC. Ora, no âmbito de uma cirurgia robótica, a ilicitude traduzir-se-á, em princípio, num cumprimento defeituoso da obrigação assumida, caso em que terá de existir uma desconformidade entre esta e a que foi efetivamente realizada. Lembrando, então, que a obrigação assumida no âmbito de uma cirurgia robótica consiste numa obrigação de meios, mais concretamente, numa obrigação de meios reforçada, a conduta do médico terá de estar em conformidade com as *leges artis*.

Por seu turno, num círculo extracontratual, terá de existir uma violação de um direito absoluto do paciente, como o direito à vida ou à integridade física e psíquica do paciente, ou a violação de uma norma destinada a proteger interesses do doente, como normas deontológicas, nos termos do art. 483.º, n.º 1 do CC.

Nesta sequência, será imprescindível que exista culpa. De acordo com Menezes Leitão, esta pode ser definida como “o juízo de censura ao agente por ter adotado a conduta que adotou, quando de acordo com o comando legal estaria obrigado a adotar conduta diferente”⁴⁷. De uma forma mais precisa, o critério legal para a apreciação da culpa encontra-se formulado no art. 487.º, n.º 2 do CC, onde se prevê que “a culpa é

⁴⁴ Barbosa, 2019, pp. 1-44.

⁴⁵ Menezes Leitão, 2022, p. 285.

⁴⁶ Veja-se, neste sentido, os ac. do STJ, de 15.12.2011, (Gregório Silva Jesus), proc. n.º 209/06.3TVPR.T.P1.S1 e de 06.01.2020 (Rosa Ribeiro Coelho), proc. n.º 700.16.3T8PRT.P1.S1.

⁴⁷ Menezes Leitão, 2022, p. 307.

apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, segundo as circunstâncias do caso”⁴⁸. Transpondo este critério para o âmbito médico, será necessário atender ao médico médio e, caso esteja em causa um médico especialista, como será o caso de um cirurgião com a formação necessária para realizar cirurgias robóticas, teremos de considerar o critério do especialista normalmente diligente. Após observar as características do profissional em questão, será imprescindível atender às circunstâncias do caso concreto, como à urgência e ao risco da cirurgia, à gravidade do estado de saúde do paciente e aos utensílios ao dispor do profissional⁴⁹.

Para finalizar, nos termos do art. 487.º, n.º 1 do CC, “é ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa”. Deste modo, regra geral, o ónus da prova corre por conta do paciente, tendo de demonstrar em tribunal o caráter censurável da conduta do médico. No entanto, no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, a lei estabelece presunções de culpa, existindo, nestes casos, uma inversão do ónus da prova, conforme dispõe o art. 350.º do CC, o que permite tornar a obtenção da indemnização uma hipótese mais segura para o paciente lesado.

Para o tema do presente estudo, importará atentar na presunção legal de culpa estabelecida no art. 493.º, n.º 1 do CC, intitulado “danos causados por coisas, animais ou atividades”. Para a aplicação deste preceito, será imperioso aludir ao facto de os robôs poderem, efetivamente, ser qualificados como “coisas”, mais precisamente, como coisas móveis, na aceção do n.º 1 do art. 205.º do CC, uma vez que se trata de equipamentos⁵⁰. Isto visto, urge atentar num pressuposto fundamental da presunção que aqui se encontra em causa: terá de existir uma relação de vigilância sobre a coisa, cujo dever poderá caber não só ao proprietário, como também a detentores onerados com essa obrigação (credor pignoratício, locatário, depositário e comodatário). O cirurgião, ainda que não seja o proprietário do sistema robótico, será o detentor responsável pelo seu controlo durante a cirurgia, competindo-lhe regular e assegurar o seu correto funcionamento. Nestes termos, consideramos que o cirurgião será um comodatário, na aceção do art. 1129.º do CC, na medida em que o hospital, enquanto proprietário do sistema robótico, cede ao cirurgião a utilização do equipamento, a título gratuito, tendo este a obrigação de o restituir finda a cirurgia. Desta forma, uma vez ocorridos danos, os lesados estarão

⁴⁸ Importante será referir que o Código Civil, no seu art. 799.º, n.º 2, estabelece que o critério de apreciação deste requisito no campo da responsabilidade obrigacional é comum ao da responsabilidade delitual.

⁴⁹ Importa explicitar, de uma forma breve, que a culpa pode ser dividida em dolo e em negligência (ou mera culpa). No que tange ao dolo, este é caracterizado pela conformação do agente com o caráter danoso do facto, não se afigurando essencial a existência de uma intenção de causar o dano. Por sua vez, a negligência diz respeito à omissão da diligência que era exigível ao agente.

⁵⁰ No mesmo sentido ver: Matos, 2020, p. 199.

onerados com a prova do dano e do nexo de causalidade, encontrando-se a culpa presumida, por força do preceito em análise.

Ainda nesta senda, devemos questionar: poderá a cirurgia robótica ser considerada uma atividade perigosa, para o efeito do n.º 2 do art. 493.º do CC?

Ora, o referido artigo estabelece uma presunção de culpa sobre quem causar danos a outrem no exercício de uma atividade perigosa, seja pela sua própria natureza, seja pelos meios utilizados, podendo aquele ilidir esta presunção mostrando que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de prevenir os danos que causou. Na opinião de André Dias Pereira⁵¹, pese embora a atividade cirúrgica não caiba, em regra, no âmbito de aplicação do n.º 2 do art. 493.º, pode uma determinada intervenção, em concreto, pela sua especial periculosidade ou pelo seu carácter inovador ou experimental, justificar a aplicação deste regime. Não obstante o facto de a cirurgia robótica comportar perigos, seguimos a posição de Ana Elisabete Pereira, que afirma que a atuação dos robôs “não parece acarretar um risco anormal de provocar danos, sobretudo quando comparada com a mesma atividade quando executada por seres humanos, onde estes são claramente mais falíveis”⁵², consideração esta que no campo da cirurgia robótica é confirmada pelas suas vantagens face à cirurgia convencional.

Contudo, no campo da responsabilidade contratual, já vigorará a presunção de culpa prevista no art. 799.º, n.º 1 do CC e que o médico poderá, posteriormente, ilidir, provando que a desconformidade não se ficou a dever a culpa sua, por ter observado as *leges artis* ou por não ter conseguido empregar os meios adequados.

Por fim – e não menos importante – terá de existir, necessariamente, um nexo de causalidade entre a ação ou omissão do cirurgião ou de um membro da equipa médica e o dano, nos termos do art. 563.º do CC. Para a definição deste pressuposto, é maioritariamente defendida no nosso ordenamento jurídico a formulação negativa da teoria da causalidade adequada, de acordo com a qual o facto só deixa de ser considerado causa adequada do dano se o tribunal, pela sua própria experiência, chegar à conclusão de que aquele é completamente indiferente para a produção do dano, que só se verificou por circunstâncias fortuitas ou anormais. Vejamos um exemplo em que a causalidade adequada não se verifica: pensemos na hipótese de o cirurgião estar a realizar uma cirurgia robótica, utilizando o robô cirúrgico DA VINCI, e em que, depois de realizado um determinado movimento na consola de controlo, necessário para o procedimento em causa, os braços robóticos reproduzem erradamente o movimento, acabando por dilacerar um determinado órgão. Nesta situação, não é possível afirmar a existência de um nexo de causalidade, porquanto o dano se ficou a dever a um defeito no sistema

⁵¹ Pereira, 2012, p. 662.

⁵² Pereira, 2017, p. 23.

robótico, devendo equacionar-se, por conseguinte, a responsabilidade do seu produtor, como à frente se estudará.

Por sua vez, no âmbito de uma cirurgia robótica realizada num hospital pertencente ao SNS, o regime de responsabilidade civil aplicável é o presente na Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, que prevê o regime de responsabilidade civil extracontratual do estado e pessoas coletivas de direito público, “de acordo com o qual o hospital público responde (extracontratualmente) – e responde exclusivamente – pelos danos causados pelos médicos com “culpa leve” (cfr. art. 7.º, n.º 1 do regime)”⁵³⁻⁵⁴. Tal consideração fundamenta-se no facto de que a atividade médica desenvolvida em hospitais públicos constitui a prestação de um serviço público.

Ora, de acordo com a jurisprudência do STA, “a responsabilidade civil extracontratual do Estado e pessoas coletivas por factos ilícitos praticados pelos seus órgãos ou agentes assenta nos pressupostos da idêntica responsabilidade prevista na lei civil”⁵⁵. Porém, somos obrigados a tecer algumas considerações sobre o pressuposto da ilicitude e da culpa, na medida em que apresentam alguns traços específicos.

Começemos pela ilicitude. O art. 9.º da Lei n.º 67/2007 prevê três modalidades de ilicitude: ilegalidade, verificada a violação de normas e de princípios jurídicos; inobservância de deveres objetivos de cuidado; e, por fim, funcionamento anormal do serviço.

Ora, existindo uma conduta praticada de forma deficiente durante a utilização do robô cirúrgico ou omitida uma conduta necessária para o tratamento do paciente, a ilicitude residirá, sobretudo, na violação das regras próprias da ciência médica (“regras de ordem técnica”) ou na inobservância de deveres objetivos de cuidado⁵⁶, uma vez que o dano em questão será o resultado de uma atividade médica, ou seja, material ou técnica.

Prosseguindo, será necessário que exista ainda culpa do cirurgião ou de outro membro da equipa médica. O art. 4.º do anterior DL n.º 48051, de 21 de novembro, limitava-se a remeter, para a aferição deste pressuposto, para a lei civil, dispondo que “a culpa dos titulares do órgão ou dos agentes é apreciada nos termos do artigo 487.º do Código Civil”. No entanto, o atual art. 10.º, no seu n.º 1, estabelece um critério próprio de apreciação, segundo o qual “a culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes

⁵³ Vouga, 2018, p. 14.

⁵⁴ Veja-se, a título exemplificativo e nesse sentido, o ac. do STA, de 16.01.2014, (São Pedro), proc. n.º 0445/13; os ac. do STJ, de 29.10.2015, (Tomé Gomes), proc. n.º 198/05.2TBFIG.C1.S1 e de 25.02.2015, (Armindo Monteiro), proc. n.º 804/03.2TAALM.L.S1.

⁵⁵ Ac. do STA, de 03.07.2007, (Jorge de Sousa), proc. n.º 0443/07. Veja-se ainda o ac. do STA, de 02.12.2009, (Pires Esteves), proc. n.º 0763/09.

⁵⁶ Conforme define Joaquim Oliveira, o dever de cuidado diz respeito à “obrigação que incide sobre o agente, atendendo às circunstâncias concretas em que se encontra e desde que tenha a possibilidade e capacidade de agir em conformidade com a ação devida, isto é, a ação necessária e adequada para evitar a produção do resultado típico”. Oliveira, 2013, pp. 15 e 16.

deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor”. Concordamos com Carlos Cadilha, que considera que a especificidade face à lei civil reside no facto de se ultrapassar o critério do *bonus pater familias* pelo critério do titular médio de órgão ou funcionário médio, atendendo-se não ao homem comum, mas à especial qualidade da pessoa que praticou o ato em questão⁵⁷.

Ademais, o art. 10.º, n.ºs 2 e 3 contém ainda uma referência específica a situações de presunção de culpa, que abordaremos de seguida.

Uma vez afirmada a existência de culpa, será imprescindível verificar se estaremos perante um caso de culpa leve, grave ou dolo. No que à primeira situação diz respeito, o diploma institui, no seu art. 7.º, n.º 1 a responsabilidade exclusiva do Estado pelo ressarcimento dos danos que resultarem de ações ou omissões ilícitas praticadas com culpa leve. Por sua vez, de acordo com os n.ºs 1 e 2 do art. 8.º, verificando-se uma situação de dolo ou culpa grave⁵⁸, haverá responsabilidade solidária entre o Estado e o lesante, existindo, posteriormente, um direito de regresso contra este, conforme nos diz o n.º 3 do mesmo artigo. Destarte, no campo da primeira situação aludida, o diploma estabelece no seu art. 10.º, n.ºs 2 e 3 duas presunções de culpa leve, mais precisamente, pela prática de atos jurídicos ilícitos e pelo incumprimento de deveres de vigilância⁵⁹, respetivamente. No entanto, a doutrina diverge quanto à questão de saber se as referidas presunções se aplicam de igual forma a uma situação de violação das *leges artis*. Por um lado, André Dias Pereira⁶⁰ responde negativamente, argumentando que a presunção de culpa leve se aplica a atos jurídicos e não a atos técnicos, como são os atos médicos, pois de outra forma estaríamos perante o regime da responsabilidade contratual, presente no art. 799.º, n.º 1 do CC. Por sua vez, Paula Faria, Sara Jardim e João Costa⁶¹ defendem que, de acordo com o novo regime, bastará provar a existência de uma violação das *leges artis* ou de deveres objetivos de cuidado para que a culpa leve se presuma, atenuando-se, assim, as dificuldades a nível da prova. De facto, demonstramos a nossa concordância com a primeira posição, porquanto a segunda não apresenta adequação ao texto legal.

⁵⁷ Cadilha, s. d., pp. 1-13.

⁵⁸ Verificar-se-á uma situação de culpa grave quando estivermos perante uma atitude particularmente censurável de diligência e zelo manifestamente inferiores ao esperado em razão do cargo.

⁵⁹ De acordo com Rui Torres Vouga, as referidas situações de incumprimento de deveres de vigilância, presentes no n.º 3 do art. 10.º, aplicam-se, especialmente, a estabelecimentos do foro psiquiátrico, tendo estes um dever acrescido de vigiar e de garantir a segurança dos doentes que lá se encontram internados. Vouga, 2018, p. 45.

⁶⁰ Pereira, 2012, p. 708.

⁶¹ Faria, Jardim & Costa, 2008, p. 92.

Em todo o caso, a jurisprudência administrativa tem admitido a possibilidade de aplicar as presunções do direito civil, como é o caso da presente no art. 493.º, n.º 1, à responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos⁶².

Isto posto, para a determinação dos pressupostos da culpa e do nexo de causalidade, quando utilizado o robô cirúrgico DA VINCI, é possível recorrer aos seus registos através da “dVLogger”⁶³, uma espécie de “caixa preta” semelhante à existente nos aviões e desenvolvida pela *Intuitive Surgical*, que permite capturar a posição dos instrumentos cirúrgicos e registar os movimentos do cirurgião, armazenando os respetivos dados e medindo, objetivamente, a proficiência do cirurgião. Deste modo, será possível verificar, por exemplo, se ocorreu algum movimento inesperado do robô não realizado pelo cirurgião que o controlava, o que nos indicará um mau funcionamento do sistema robótico, equacionando-se, então, a responsabilidade do fabricante; ou se, por outro lado, existiu, por exemplo, a emissão de um alerta pelo sistema robótico para a possibilidade de erro ou dano e o cirurgião o ignorou, caso em que a responsabilidade do fabricante será afastada.

4.2. Falta de manutenção ou de atualização do sistema

A segunda situação sobre a qual nos iremos debruçar e que poderá desencadear a figura da responsabilidade civil será a de falta de manutenção ou atualização do sistema robótico, responsabilidade esta que poderá ser imputada ao hospital onde o robô foi utilizado.

De facto, o hospital, na qualidade de proprietário ou de locatário, poderá ter o dever, de acordo com os termos do contrato, de assegurar a manutenção do sistema e a sua constante atualização, desde que estas tenham sido devidamente informadas e explicadas pelo fabricante do sistema robótico.

De acordo com o entendimento de Ana Paula Alves⁶⁴, com o qual, desde já, demonstramos a nossa concordância, este dever pode ter como fundamento o art. 493.º, n.º 1 do CC, presumindo-se, assim, a culpa pelos danos que a coisa causar a um terceiro. Contudo, esta responsabilidade do hospital poderá ser afastada se este demonstrar, nos termos do mesmo número, que usou toda a diligência que lhe era possível na manutenção e atualização do sistema robótico ou que os danos se teriam produzido mesmo que não existisse culpa da sua parte.

⁶² Vide ac. do STA, de 15.03.2018, (Teresa de Sousa), proc. n.º 0644/11 e ac. do Tribunal Central Administrativo Sul, de 16.01.2020, (Pedro Nuno Figueiredo), proc. n.º 433/07.1.

⁶³ Rheinschild, 2017.

⁶⁴ Alves, 2021, pp. 31-38.

Para além deste raciocínio, defendemos que, no âmbito de um hospital público, a falta de manutenção ou de atualização do sistema robótico poderá ser enquadrada como um funcionamento anormal do serviço, previsto nos arts. 9.º, n.º 2 e 7.º, n.ºs 3 e 4 da Lei n.º 67/2007, enquanto modalidade de ilicitude. De acordo com o n.º 4 do art. 7.º da referida Lei, “existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos”.

Nesta situação, no que ao pressuposto da culpa diz respeito, de acordo com Carlos Cadilha⁶⁵, encontra-se consagrada a chamada “culpa do serviço”, que integra duas modalidades: a culpa coletiva, que se atribui quando estiver em causa um deficiente funcionamento do serviço considerado na sua globalidade, modalidade esta que abrangerá a questão que aqui nos encontramos a estudar, e a culpa anónima, atribuível a um comportamento concreto de um agente cuja autoria não se afigura possível determinar. Desta senda, o critério previsto no art. 10.º, n.º 1, para aferição da culpa, é substituído pelo critério atinente aos padrões médios de resultado, havendo culpa do serviço (e não de um agente determinado) se, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível uma conduta distinta, capaz de evitar o dano produzido.

Toda esta consideração baseia-se no dever que o hospital tem de garantir os sistemas necessários ao funcionamento seguro do hospital, não só garantindo, por exemplo, a desinfeção do ambiente hospitalar ou o correto armazenamento de medicamentos, como também a manutenção dos seus equipamentos, desde logo, dos sistemas robóticos de que dispõe.

4.3. O caso do dano causado por robô cirúrgico autónomo: aplicação dos artigos 500.º e 800.º?

Até este ponto encarámos os robôs cirúrgicos como meros instrumentos utilizados, controlados e monitorizados por um cirurgião. No entanto, parece-nos importante abordar uma outra perspetiva que se tornará realidade num futuro próximo.

De uma forma mais precisa, começam a ser desenvolvidos robôs cirúrgicos capazes de atuar autonomamente, colocando-se, conseqüentemente, a questão de saber quem responderá pelos danos que estes causarem.

Neste advento, surge a necessidade de discutir a possibilidade de conferir personalidade jurídica a estes robôs ou, de uma forma mais precisa, uma “personalidade

⁶⁵ Cadilha, *s.d.*, p. 6.

eletrônica”⁶⁶⁻⁶⁷. Com efeito, os argumentos avançados pelos defensores desta atribuição são variados. Um primeiro argumento baseia-se, desde logo, nas características da autonomia, autoaprendizagem e adaptação do seu comportamento ao meio, sustentando, deste modo, que alguns robôs autônomos apresentam um nível de inteligência superior ao de alguns seres humanos, como, por exemplo, ao das crianças. Não obstante os robôs possam, efetivamente, atingir um nível bastante elevado de inteligência e de autonomia, esta tentativa de comparação com o comportamento humano não passa imune às críticas de Mafalda Miranda Barbosa⁶⁸, entre as quais salientamos a de que “a autonomia dos robots é uma autonomia tecnológica, fundada nas potencialidades da combinação algorítmica que é fornecida ao *software*. Está, portanto, longe do agir ético dos humanos, em que radica o ser pessoa”. Aprofunda, expondo: “Falta-lhes, em cada tomada de decisão, a pressuposição ética, falha a relação de cuidado com o outro, até porque, em muitos casos, ela pode mostrar-se incompatível com a eficiência que está na base da programação computacional”. Como forma de demonstrar a nossa concordância, subscrevemos também as palavras de António Damásio usadas pela mesma autora: “por maior que seja a capacidade de raciocínio algorítmico de um robot, faltar-lhe-ão sempre as outras componentes essenciais da inteligência humana, como seja a dimensão dos sentimentos. E faltarão sempre ao robot, acrescentamos nós, a dimensão espiritual e da alma”.

Ademais, os defensores desta tese sustentam-se também na atribuição de personalidade jurídica às pessoas coletivas. Mais uma vez, trata-se de um entendimento que, a nosso ver, não pode vingar, uma vez que esta atribuição se justifica à luz das pessoas físicas que as compõem, permitindo operacionalizar os seus interesses jurídicos comuns que se encontram na base da sua constituição.

Ainda, tendo em consideração a função ressarcitória do instituto da responsabilidade civil, surge a necessidade de o robô deter um património, pois, caso contrário, os interesses do lesado dificilmente conseguirão ser satisfeitos.

Não pretendendo alongar muito mais a exposição, por todas estas considerações, não nos parece correto afirmar a atribuição de personalidade jurídica aos robôs cirúrgicos, o que, conseqüentemente, impedirá que sejam diretamente responsabilizados pelos danos que causarem. Defendemos, pelo contrário, a criação de um estatuto que permita regular os possíveis problemas específicos colocados pela atuação de um robô cirúrgico dotado de inteligência artificial. Neste sentido, veja-se o ponto 7. da Resolução

⁶⁶ Como pretende o PE, na Resolução de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica, mais precisamente, no seu ponto 59, alínea f).

⁶⁷ Como dispõe o n.º 1 do art. 66.º do CC, a personalidade jurídica adquire-se no momento do nascimento completo e com vida, traduzindo-se, como diz Filipe Albuquerque Matos, “na suscetibilidade abstrata de ser titular de direitos e obrigações”.

⁶⁸ Barbosa, 2016, pp. 1475-1503.

do PE, de 20 de outubro de 2020, que contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial, do qual resulta que, pese embora os dispositivos dotados de inteligência artificial possam, efetivamente, ser causa de danos, são quase sempre resultado de uma pessoa física que os criou, utilizou ou que com eles interferiu, evidenciando-se a ausência de necessidade em conferir personalidade jurídica a estes sistemas.

Posto isto, admitindo a existência de robôs dotados de autonomia, na aceção atrás elucidada, urge questionar a possibilidade de aplicação dos arts. 800.º e 500.º do CC.

O art. 800.º do CC prevê o regime da responsabilidade do devedor pelos atos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilizar para o cumprimento da obrigação, delimitada por duas importantes características: trata-se de uma responsabilidade obrigacional e objetiva do devedor (o que quer dizer que é independente de culpa) e, por outro lado, consiste numa responsabilidade por facto praticado por outrem.

Como foi já explicitado, importará, primeiro que tudo, determinar o conceito de “auxiliar”. Não pretendendo repetir uma definição que foi já exposta, queremos evidenciar uma primeira dificuldade na sua aplicação ao caso em estudo: resulta expressamente da letra da lei que os auxiliares são “pessoas”. Assim sendo, como poderá a unidade hospitalar ou o cirurgião responder, à luz deste regime, por atos de um robô cirúrgico, ainda que autónomo, como se os atos fossem próprios? Uma hipótese plausível capaz de ultrapassar este limite seria a da atribuição da personalidade eletrónica a estes robôs.

Mas surge ainda um outro problema: o devedor só responderá, nos termos deste artigo, se houver culpa do auxiliar. No entanto, como foi já afirmado, não sendo os robôs titulares do estatuto de “pessoas eletrónicas”, também não são suscetíveis de um juízo de culpa.

Atentas estas razões, negamos a possibilidade de aplicação do aludido regime, devendo o próprio devedor responder nos termos gerais dos arts. 798.º e 799.º do CC.

Por sua vez, em sede extracontratual, vigora o art. 500.º do mesmo Código. Segundo este artigo, o comitente responde, independentemente de culpa, pelos danos que o comissário causar no exercício da função que lhe foi confiada, desde que sobre o comissário recaia também a obrigação de indemnizar. Este regime estabelece, então, uma responsabilidade objetiva do comitente, exigindo o preenchimento cumulativo dos seguintes pressupostos:

Em primeiro lugar, exige-se a existência de uma relação de comissão. De acordo com Antunes Varela, “o termo comissão tem aqui o sentido amplo de serviço ou atividade realizada por conta e sob a direção de outrem”⁶⁹. Acrescente-se, contudo, que a nossa

⁶⁹ Antunes Varela, *s.d.*, p. 640.

doutrina⁷⁰ estabeleceu algumas características específicas desta relação de comissão: a liberdade de escolha do comissário pelo comitente e a existência de um nexo de subordinação do comissário ao comitente que permita que este dê instruções àquele.

Por sua vez, o segundo requisito implica que a prática do facto pelo comissário se verifique no exercício da função que lhe foi confiada. Note-se que a doutrina, como Antunes Varela, tem realizado uma interpretação restritiva deste requisito, considerando que a expressão “no exercício da função” exclui os danos causados por ocasião da função, com um fim ou interesse que lhe seja estranho, exigindo-se, então, um nexo instrumental entre a função e o dano.

Por último, exige-se que sobre o comissário recaia também a obrigação de indemnizar. A este propósito, a doutrina divide-se entre os autores que defendem a necessidade de existir culpa do comissário, como é o caso de Antunes Varela, com quem demonstramos a nossa concordância, e autores que consideram que o comissário pode responder sem culpa, podendo a sua responsabilidade basear-se em factos ilícitos, no risco ou em factos lícitos, como é o caso de Maria da Graça Trigo⁷¹.

Vejamos. Em primeiro lugar, negando-se a possibilidade de atribuir personalidade jurídica ao robô cirúrgico, não vislumbramos que vínculo jurídico poderá existir entre este e o comitente para que se possa afirmar a existência de “subordinação” decorrente da relação de comissão, como existiria, por exemplo, num contrato de trabalho⁷².

O mesmo se pode dizer quanto à necessidade imposta pela lei de que sobre o comissário, ou seja, sobre o robô, “recaia também a obrigação de indemnizar”, dado que, como dissemos, estes não podem, atualmente, ser sujeitos de direitos e de obrigações. Ademais, a nosso ver, este pressuposto implica que, para além do nexo de causalidade entre a conduta do robô e os danos, exista culpa. Assim, se realizarmos uma tentativa de ultrapassar a necessidade de existir culpa, não compreendemos a manutenção do direito de regresso de que o comitente é titular, nos termos do n.º 3 do art. 500.º do CC.

5. Responsabilidade civil decorrente de falha técnica ou mecânica do robô durante o seu funcionamento

A terceira situação que poderá desencadear a figura da responsabilidade civil será a de falha técnica ou mecânica do robô durante o seu funcionamento, derivada não só de um defeito de criação e fabricação, como também de incorretas ou insuficientes informações prestadas sobre o seu modo de utilização. Isto assente, urge equacionar o

⁷⁰ Veja-se, neste sentido, Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 644, e, em sentido contrário, Menezes Leitão, 2022, p. 363.

⁷¹ Trigo, *s.d.*, p. 12.

⁷² No mesmo sentido, González, 2020, pp. 69-112.

regime da responsabilidade civil do produtor, previsto no DL n.º 383/89, de 6 de novembro.

Antes de mais considerações, questionamos: pretenderá o presente regime tutelar apenas os interesses do paciente, enquanto consumidor⁷³? Na verdade, da sua redação não consta, expressamente, tal restrição, pelo que julgamos existir espaço para a proteção de um profissional, como a estrutura hospitalar, enquanto proprietária do produto defeituoso. Note-se, contudo, que só haverá lugar à ressarcibilidade de danos resultantes de lesão pessoal, como será o caso da sua reputação, à luz do art. 8.º do DL n.º 383/89⁷⁴.

5.1. Responsabilidade civil do produtor – DL n.º 383/89, de 6 de novembro

O nosso ordenamento jurídico estipula a responsabilidade objetiva do produtor no art. 1.º do DL n.º 383/89, segundo o qual “o produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação”. Deste modo, impende ao lesado “o ónus de provar o defeito, o dano e o nexo de causalidade, mas já não a conduta ou omissão culposa do produtor”⁷⁵.

Importa começar por analisar a noção de produtor. De acordo com o n.º 1 do art. 2.º, é possível distinguir dois tipos de produtor: o “produtor real” – “fabricante de produto acabado, de uma parte componente ou de matéria-prima” (1.ª parte) – e o “produtor aparente” – “quem se apresente como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo” (2.ª parte). De uma forma mais precisa, o “produtor real” consistirá na pessoa que, sob a sua responsabilidade, participa na criação do produto final, ao passo que o “produtor aparente” será o distribuidor, grossista ou uma grande cadeia comercial que, ao apor no produto a sua marca ou símbolo distintivo, concede aparência de ser ele o real produtor daquele⁷⁶.

Sabemos, no entanto, que são várias as pessoas envolvidas no processo de produção de um sistema robótico, chamando-se à colação até o criador e o programador do *software*. Para estes casos, o art. 6.º do mesmo diploma estipula uma responsabilidade solidária quando forem várias as pessoas responsáveis pelos danos. No

⁷³ Tal como definido no n.º 1 do art. 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de julho.

⁷⁴ Embora não seja possível, no presente trabalho, aprofundar a matéria em questão, tratando-se de uma pessoa coletiva, Pinto Monteiro restringe a indemnização aos danos patrimoniais. *Vide* Monteiro, 2021, pp. 9-23.

⁷⁵ Coelho, 2017, p. 8.

⁷⁶ A esta distinção junta-se ainda a noção de “produtor presumido” presente, por sua vez, no n.º 2. Entende-se como tal não só “aquele que, na Comunidade Económica Europeia e no exercício da sua atividade comercial, importe do exterior da mesma produtos para venda, aluguer, locação financeira ou outra qualquer forma de distribuição” (alínea a) do n.º 2), como “qualquer fornecedor de produto cujo produtor comunitário ou importador não esteja identificado (...)” (alínea b) do n.º 2).

entanto, releva também aqui a alínea f) do art. 5.º, segundo o qual existirá exclusão da responsabilidade do produtor da parte componente se, tratando-se de uma parte componente, o defeito em causa for imputável à conceção do produto em que se encontra integrada ou, ainda, às instruções dadas pelo fabricante daquele.

5.1.1. A classificação dos robôs cirúrgicos como produtos

Para que o regime que nos encontramos a estudar seja aplicável, é imprescindível que os robôs cirúrgicos possam ser classificados como produtos.

Nos termos do n.º 1 do art. 3.º, “entende-se por produto qualquer coisa móvel, ainda que incorporada noutra coisa móvel ou imóvel”. Na verdade, não temos dúvidas relativamente à possibilidade de qualificar a componente física dos robôs cirúrgicos, ou seja, o *hardware*, como produto, dada a amplitude da definição em questão⁷⁷. Todavia, questionamos: será possível integrar o *software* no âmbito de aplicação da presente norma? A resposta não é pacífica. No entanto, concordamos com a posição de Calvão da Silva⁷⁸, segundo a qual o *software*, enquanto programa informático materializado num suporte físico, se encontra abrangido pelo diploma e é, portanto, um produto⁷⁹.

Assim, afirmamos a possibilidade de os robôs cirúrgicos, independentemente do seu nível de autonomia, serem qualificados como produtos, na aceção do diploma.

5.1.2. Sobre a defeituosidade do produto

Aos dois elementos atrás descortinados, acresce a exigência de existência de um defeito no robô.

Dispõe o n.º 1 do art. 4.º que “um produto é defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação”. Nesta perspetiva, aplicando por analogia o raciocínio de Paulo Mota Pinto quanto aos veículos autónomos, um robô cirúrgico só poderá ser lançado no mercado se as expectativas de segurança forem superiores às depositadas na cirurgia realizada por um cirurgião humano⁸⁰.

Nesta sequência, de modo a densificar o conceito, urge distinguir três tipos de defeitos: defeitos de conceção, defeitos de fabrico e defeitos de informação.

⁷⁷ Garret, 2021, p. 28.

⁷⁸ Silva, 1990, pp. 613 e ss.

⁷⁹ Entre nós, em sentido oposto posiciona-se Vera Lúcia Paiva Coelho, 2016, p. 20, para quem o *software* não pode ser considerado um produto por constituir uma obra imaterial ou incorpórea.

⁸⁰ Pinto, 2020, pp. 93-153.

Os defeitos de concepção verificam-se na parte inicial do processo de produção, ou seja, dizem respeito a defeitos na idealização do produto. Por se tratar de defeitos intrínsecos, afetam todos os produtos da mesma série.

Por sua vez, pode acontecer que o produto seja bem idealizado, mas que apenas alguns produtos da linha de produção sejam incorretamente produzidos. Estão aqui em causa os defeitos de fabrico.

Por sua vez, os defeitos de informação ocorrem quando o produtor comercializa o produto, mas não disponibiliza, de forma adequada e suficiente, as informações necessárias para a utilização do produto e os riscos e perigos que lhe são inerentes.

No cerne desta última categoria de defeitos, é importante aludir ao caso *Taylor v. Intuitive Surgical Inc*, no qual o Supremo Tribunal considerou que o fabricante de um dispositivo médico perigoso (no caso, o robô cirúrgico DA VINCI), conforme definido pelo Washington Product Liability Act, tem um dever de informar o hospital que o adquire sobre os perigos do dispositivo em questão, e não apenas o cirurgião que o irá utilizar⁸¹.

De facto, tem sido alvo de discussão nos EUA a questão de saber a quem é que o produtor se encontra adstrito a transmitir a informação sobre o seu produto. À luz da *learned intermediary doctrine*, o produtor cumpre o seu dever ao fornecer toda a informação necessária a um intermediário instruído que, em seguida, a deverá transmitir ao consumidor. Assim, de acordo com esta doutrina e transpondo para o âmbito de uma cirurgia robótica, o dever de informação do produtor do robô é devidamente cumprido em relação ao paciente, enquanto consumidor, quando todas as informações sejam (previamente) transmitidas ao cirurgião, que, por sua vez, as deverá transmitir ao paciente, exonerando-se, assim, o produtor da responsabilidade. Todavia, a decisão do caso *Taylor v. Intuitive Surgical Inc*. vem trazer, pela primeira vez, a necessidade de o produtor alertar também, adequadamente, o hospital, enquanto proprietário, sobre os riscos do seu produto⁸². Sob o nosso ponto de vista, julgamos importante que a unidade hospitalar seja também devidamente informada dos riscos, dos benefícios e do modo de utilização do sistema cirúrgico, uma vez que tem o dever de garantir não só que os seus profissionais têm a formação adequada para a utilização do robô, como também a segurança dos sistemas médicos de que dispõe, pelo que se afigura necessário que conheça todos os riscos e particularidades a observar para o seu correto uso⁸³.

Nesta senda, será interessante pensar na possibilidade de nos encontrarmos perante um contrato com eficácia de proteção de terceiros, cujos contraentes serão o produtor e a estrutura hospitalar, esta enquanto adquirente do robô cirúrgico e

⁸¹ Vide *Taylor v. Intuitive Surgical Inc*. FindLaw.

⁸² Koerner, 2019, pp. 125-146.

⁸³ Guerra, 2021, pp. 805-833.

prestadora de serviços médicos a um terceiro: o paciente. De facto, de acordo com o ac. do STJ, de 03.11.2020, (Fernando Samões), proc. n.º 561/18.8T8CSC.L1.S1, o cerne desta figura (sem consagração legal expressa) reside na circunstância de o contrato originar certos deveres laterais – como será o dever de informação a que aludimos – que se podem estender a terceiros, de tal modo que, uma vez violados, estes terceiros tornam-se credores de um direito a uma indemnização, devido ao facto de se encontrarem abrangidos pela esfera de protecção do contrato.

5.1.3. O dano e o nexo de causalidade

Para existir responsabilização do produtor do robô cirúrgico, é imperativo que o lesado prove ainda a existência do dano e do nexo de causalidade entre este e o defeito.

O DL n.º 383/89, mais precisamente no seu art. 8.º, estabelece, por um lado, que os danos pessoais (resultantes de morte ou de lesão pessoal) são ressarcíveis, englobando-se os danos patrimoniais e não patrimoniais, disponibilizando-se a tutela a qualquer pessoa, seja profissional ou consumidor. Todavia, preceitua o mesmo artigo que estando em causa danos materiais, apenas serão reparáveis os danos causados em coisa diversa do produto defeituoso e desde que esta se destine ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado esse fim⁸⁴.

Isto dito, o paciente terá ainda de demonstrar o nexo de causalidade entre o defeito e o dano, ou seja, terá de provar que o dano foi causado pelo carácter defeituoso do robô cirúrgico⁸⁵. Na verdade, tendo em consideração o silêncio da lei, entende Calvão da Silva que a solução deve ser aferida através das regras do direito comum, salientando, para este efeito, o art. 563.º do CC, que reconhece a teoria da causalidade adequada, na sua formulação negativa⁸⁶.

Sucedendo que, à semelhança do que acontece com a prova da existência do defeito, a prova da relação causal entre aquele e o dano é de acrescida dificuldade, uma vez que, estando em causa um produto complexo (como é, indubitavelmente, um robô cirúrgico), será necessário a obtenção de pareceres por parte de peritos especializados, porquanto o lesado, por via de regra, não dispõe de conhecimentos técnicos e científicos adequados. Ademais, quando estivermos perante um robô cirúrgico dotado de IA, a dificuldade em estabelecer um nexo de causalidade entre o dano e o defeito no *software* poderá ser ainda mais elevada, na medida em que o robô pode ter atuado de forma distinta da pré-

⁸⁴ Neste sentido, *vide* ac. do TRG, de 15.12.2022, (Elisabete Coelho de Moura Alves), proc. n.º 777/20.7T8VCT.G1.

⁸⁵ Caballé, 2014, pp. 372-376.

⁸⁶ Silva, 1990.

estabelecida, em virtude da sua capacidade de aprendizagem e de tomar decisões de forma autónoma.

Apesar de, por ora, ser difícil encontrar solução para estas dificuldades, julgamos que, em virtude do escopo de proteção do consumidor do presente diploma e atento o facto de ser o produtor quem está em melhor posição para suportar o prejuízo, deverá, efetivamente, ser diminuída a exigência inerente à determinação do nexo de causalidade pelo lesado. Nesta direção, Calvão da Silva sugere que se utilize a prova da primeira aparência enquanto espécie de presunção de causalidade. Para isso, fixada a existência de um defeito e de um dano, as regras da experiência da vida e a teoria da causalidade adequada permitirão considerar-se demonstrado o nexo de causalidade⁸⁷.

5.1.4. Responsabilidade do produtor decorrente de ciberataques

Em 2015, um grupo de investigadores da Universidade de Washington demonstrou a possibilidade de *hackear* um robô cirúrgico e assumir o seu controlo, conseguindo não só atrasar o envio da informação e, conseqüentemente, a reprodução dos movimentos pelo robô, como também modificar ou ignorar completamente os comandos do cirurgião. Ainda, demonstraram a possibilidade de aceder ao vídeo da cirurgia, o que constitui um enorme risco para a privacidade do paciente⁸⁸.

Assim, questionamos o seguinte: nestes casos, poderá o produtor do *software* ser responsabilizado pelos danos?

Como vimos, o art. 4.º assenta a definição de defeito na ausência de segurança do produto. Parece-nos, por conseguinte, que o facto de um terceiro conseguir invadir o *software* de um robô cirúrgico evidencia a falta de segurança daquele, o que, na aceção do art. 4.º, n.º 1, nos leva a admitir o seu carácter defeituoso.

Isto posto, não podemos esquecer que, nas hipóteses expostas, para além de existir um *software* que não oferece a segurança com que legitimamente se deveria contar, existe um terceiro, estranho à relação estabelecida entre o produtor e o lesado, que concorreu, dolosamente, para a ocorrência dos danos. Nesta situação, vigorará o n.º 2 do art. 7.º, do qual resulta que “a responsabilidade do produtor não é reduzida quando a intervenção de um terceiro tiver concorrido para o dano”. Contudo, apesar de não ser esta a solução prevista, parece-nos que o mais justo seria o produtor responder solidariamente com o terceiro, nos termos do art. 6.º, n.º 1.

⁸⁷ Silva, 1990, p. 388. Neste sentido, vejam-se também os ac. do STJ, de 14.03.2019, (Ilídio Sacarrão Martins), proc. n.º 2411/10.4TBVIS.C1.S1, e de 05.01.2016, (Pinto de Almeida), proc. n.º 2790/08.3TVLSB.L1.S1.

⁸⁸ A investigação foi levada a cabo no robô cirúrgico RAVEN II, desenvolvido pela Universidade de Washington para apoiar e permitir a realização de investigações, testes experimentais e treinos em cirurgia robótica.

Conclusão

Em forma de conclusão, a presente investigação permite-nos afirmar que a sofisticação e complexidade inerentes à cirurgia robótica colocam questões jurídicas e dificuldades que carecem de ser acauteladas pela nossa ordem jurídica.

Nesta sequência, cumpre evidenciar as seguintes ilações:

Em primeiro lugar, mostrámos que, devido ao facto de nos encontrarmos perante um método cirúrgico recente e que comporta riscos tecnológicos acrescidos, existem alguns aspetos específicos que deverão ser transmitidos pelo cirurgião, enquanto titular de um dever de informação, e que, conseqüentemente, deverão resultar do termo de consentimento informado, a reter: a formação do cirurgião que irá controlar o robô, a forma de proteção dos dados pessoais do paciente, as limitações e riscos inerentes à tecnologia, o risco de ocorrência de eventos adversos e a possibilidade de existir conversão para um procedimento convencional. Cumprido este dever, concluímos a existência de um direito do paciente de optar pelo método cirúrgico tradicional, ainda que não seja o recomendado.

Em segundo lugar, analisámos as distintas hipóteses de responsabilidade civil decorrente de danos causados por robôs cirúrgicos, partindo das diferentes situações passíveis de os originar (e, saliente-se, difíceis de identificar em contexto real). A primeira situação identificada foi a de erro ou falha humana na utilização do robô cirúrgico, não só do próprio cirurgião, como de outra pessoa integrante da equipa médica. Pese embora reconheçamos as dificuldades inerentes ao ónus probatório da culpa a cargo do paciente, consideramos que as normas existentes se afiguram capazes de tutelar os seus interesses através da aplicação analógica da presunção de culpa prevista nos arts. 493.º, n.º 1 e 799.º do CC. A mesma conclusão se retira para a hipótese de o dano causado pelo robô ter derivado de falta de manutenção ou de atualização do sistema robótico por parte do seu proprietário, ou seja, da estrutura hospitalar onde se encontra integrado.

Mais difícil de conceber foi a atribuição de personalidade jurídica ao robô cirúrgico autónomo, o que nos leva a negar não só a sua direta responsabilização pelos danos que causar, como a aplicação dos arts. 500.º e 800.º do CC, devendo optar-se, pelo contrário, pela responsabilização do cirurgião ou do hospital através dos arts. 483.º e seguintes e 798.º e seguintes do CC.

Já no que toca à possibilidade de o dano decorrer de defeito no robô cirúrgico, concluímos que o lesado poderá ver ressarcidos os seus danos responsabilizando o produtor do referido equipamento, à luz do DL n.º 383/89, de 6 de novembro. No entanto, chamamos a atenção para a necessidade de se trabalhar este instituto, de modo a permitir a sua adequação a esta nova realidade. Para isso, seguimos a Proposta de

Revisão da Diretiva do PE e do Conselho sobre a responsabilidade por produtos defeituosos, de 28.09.2022, da qual salientamos dois pontos: a clarificação do conceito de produto, fazendo constar, expressamente, o *software* (art. 4.º); em segundo lugar, encontrando-se o lesado com dificuldades excessivas em provar o defeito e/ou o nexo de causalidade devido à complexidade técnica ou científica do produto, estes presumir-se-ão quando o lesado tiver demonstrado, com base em elementos de prova suficientes, não só que o produto contribuiu para o dano, como também a probabilidade de ser defeituoso e/ou a defeituosidade ser uma causa provável do dano.

Em suma, apesar das dificuldades expostas, parece-nos que, para já, o atual sistema jurídico oferece, de uma forma geral, uma solução suficiente para a responsabilidade civil por danos decorrentes de cirurgias robóticas. Ainda assim, à semelhança do que existe já no Brasil com a Resolução CFM n.º 2.311, de 23.03.2022, seria positivo se Portugal adotasse um diploma que permitisse regulamentar, com rigor, a cirurgia robótica no país, disciplinando, mais precisamente, a política de formação do cirurgião, o conteúdo do dever e do termo de esclarecimento e, ainda, os requisitos a observar pelo próprio hospital onde a cirurgia decorrer.

Bibliografia

- ALARCÃO, R. (1983). *Direito das obrigações*. Coimbra. Apud PINTO, F. F. (2020). O concurso entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. *Revista de Direito Comercial*. <https://www.revistadedireitocomercial.com/o-concurso-entre-a-responsabilidade-contratual-e-a-responsabilidade-extracontratual>.
- ALVES, A. P. (2021). Responsabilidade civil do Estado português por conduta de robô cirúrgico integrado no Serviço Nacional de Saúde. *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 36, pp. 31-38.
- ANDREU, L. & THOMASSIN, N. (2022). *Cours de droit des obligations*, 7.^a edição. Gualino.
- ANTUNES VARELA, J. M. (s.d.). *Das obrigações em geral*, 10.^a edição. Almedina.
- AZEVEDO, F. (2019). O consentimento informado silenciado na esfera da telemedicina. *Cadernos de Lex Medicinæ*, vol. 1, n.º 4, pp. 253-262.
- BARBOSA, M. M. (2019). Entre a ilicitude e o dano. *Revista de Direito da Responsabilidade*, pp. 1-44.
- BARBOSA, M. M. (2016). Inteligência artificial, *e-persons* e direito: Desafios e perspectivas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n.º 6, pp. 1475-1503.
- BARRA, K. M. C. (2014). *O ónus da prova na responsabilidade civil médica*. Trabalho desenvolvido no âmbito de mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- BONACI, T., et al. (2015). *To make a robot secure: An experimental analysis of cyber security threats against teleoperated surgical robotics*. ArXiv. <https://arxiv.org/pdf/1504.04339.pdf>.
- CABALLÉ, A. I. (2014). *Los presupuestos objetivos de la responsabilidad derivada de productos defectuosos en la Directiva 85/374/CEE*. Trabalho desenvolvido no âmbito do doutoramento em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Valência.
- CADILHA, C. (s.d.). O novo regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa, pp. 1-13. https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/encontroscsm/06eacsm/6encontroscsm_carloscadilha2.pdf.
- CAMARILLO, D. B., KRUMMEL T. M. & SALISBURY, J. K. (2004). *Robotic technology in surgery: Past, present and future*. <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0002961004003757?token=2497C92B147574C99EF46C4FFF56506A41F1A8F87E2E25A742DC4C4A3FCA2986A984F2A9D9B56DD77A5996B43C26E9B8&originRegion=eu-west-1&originCreation=20221112180519>.
- COELHO, V. L. P. (2017). Responsabilidade do produtor por produtos defeituosos – “Teste de resistência” ao DL n.º 383/89, de 6 de novembro, à luz da jurisprudência recente, 25 anos volvidos sobre a sua entrada em vigor”. *Revista Eletrónica de Direito*, n.º 2, pp. 1-54.
- COSTA, M. J. A. (1998). *O concurso da responsabilidade civil contratual e da extracontratual*. Coimbra Editora.

- DANTAS, E. & NOGAROLI, R. (2020). Consentimento informado do paciente frente às novas tecnologias da saúde (telemedicina, cirurgia robótica e inteligência artificial). *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 33, pp. 25-63.
- DASGUPTA, P., JONES, A. & GILL, I. (2004). Robotic urological surgery: A perspective. *BJU International*, vol. 95.
- DEMOGUE, R. (1872-1938). *Traité des obligations en général. Tome 5. Sources des obligations*. Librairie Arthur Rousseau.
- DUBECK, D. (2014). Robotic-assisted surgery: Focus on training and credentialing. *The Pennsylvania Safety Advisory*, vol. 11, n.º 3.
- FARIA, P., JARDIM, S. & COSTA, J. (2008). O novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado – repercussões no sistema de saúde. *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 26, n.º 1, pp. 89-93. <https://run.unl.pt/bitstream/10362/19688/1/RUN%20-%20RPSP%20-%202008%20-%20v26n1a08%20-%20p.89-116.pdf>.
- FELIX, E. L. (2021). *The history of robotic-assisted surgery*. <https://www.generalsurgerynews.com/Opinion/Article/09-21/The-History-of-Robotic-Assisted-Surgery/64651>.
- FROOMKIN, A. M. (2016). Introduction: Robot law. In Ryan Calo, A. Michael Fromkin & Ian Kerr, *Robot law*. Edward Elgar.
- GARRET, G. M. (2021). *A responsabilidade civil decorrente de acidentes causados por veículos autónomos*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.
- GONZÁLEZ, J. A. (2020). Responsabilidade por danos e inteligência artificial (IA). *Revista de Direito Comercial*, pp. 69-112.
- GRAHAM, C. (2022). *Robot performs first laparoscopic surgery without human help*. <https://hub.jhu.edu/2022/01/26/star-robot-performs-intestinal-surgery/>.
- GUERRA, G. (2021). Evolving artificial intelligence and robotics in medicine, evolving European law. Comparative remarks based on the surgery litigation. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 28, n.º 6, pp. 805-833.
- GUMBS, A., SIMONE, B. & CHOUILLARD, E. (2020). *Searching for a better definition of robotic surgery: Is it really different from laparoscopy?* Mini-invasive surgery. <https://oaepublishstorage.blob.core.windows.net/31f23ae2-f327-4b9d-973a-7d09159a191c/3812.pdf>.
- KOERNER, D. (2019). Doctor roboto: The no-man operation. *University of Toledo Law Review*, vol. 51, n.º 1, pp. 125-146.
- MADALENO, C. (2019). Artigo 800.º do Código Civil: Contributo para o conceito de auxiliar e de representante legal. *Revista de Direito Civil*, n.º 1, pp. 121-158.
- ROCHA, M. V. (1988). A imputação objectiva na responsabilidade contratual. Algumas considerações. *Revista de Direito e Economia*.
- MATOS, F. A. (2020). Responsabilidade por danos causados a terceiros por robôs. *Atas do Congresso Direito e Robótica, Estudos de Direito do Consumidor*, pp. 155-211.

- MATOS, H. A. (2017). *Cirurgia robótica em ORL – uma abordagem ao sistema Da Vinci*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado integrado em Medicina na Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa.
- MENEZES LEITÃO, L. M. (2022). *Direito das obrigações. Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações*, 16.^a edição. Almedina.
- MONTEIRO, A. P. (2021). A tutela dos direitos de personalidade no Código Civil. *Revista Jurídica Portucalense*, n.º 29, pp. 9-23.
- NETO, M. K. & NOGAROLI, R. (2019). Responsabilidade civil pelo inadimplemento do dever de informação na cirurgia robótica e telecirurgia: Uma abordagem de direito comparado (Estados Unidos, União Europeia e Brasil). *Revista Científica da Academia Brasileira de Direito Civil*, vol. 3, n.º 2, pp. 1-23.
- Newcastle robot surgery inquest: “Risk of further deaths”*. (2018). BBC. <https://www.bbc.com/news/uk-england-tyne-46143940>.
- NOGAROLI, R. & NETO, M. K. (2020). Debates contemporâneos em direito médico e da saúde. *Revista dos Tribunais*, pp. 33-66.
- OLIVEIRA, J. (2013). *O erro médico nas instituições públicas de saúde*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito Público, Internacional e Comunitário na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.
- OLIVEIRA, N. M. P. (2019). Ilicitude e culpa na responsabilidade médica. *Instituto Jurídico*, pp. 1-122. https://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Imateriais_1.pdf.
- PEREIRA, A. D. (2012). *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*. Trabalho desenvolvido no âmbito do doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- PEREIRA, A. D. (2010). *O consentimento informado na experiência europeia*. I Congresso Internacional sobre os Desafios do Direito Face às Novas Tecnologias. <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/14549/1/Aspectos%20do%20consentimento%20informado%20e%20do%20testamento%20Vital%20André%20Pereira%20Ribeirão%20Preto.pdf>.
- PEREIRA, A. D. (2004). *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- PEREIRA, A. E. D. (2017). Partilhar o mundo com robôs autónomos: A responsabilidade civil extracontratual por danos. Introdução ao problema. *Cuestiones de Interés Jurídico*, pp. 1-32.
- PINTO, F. F. (2020). O concurso entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. *Revista de Direito Comercial*, pp. 1945-2018. <https://www.revistadedireitocomercial.com/o-concurso-entre-a-responsabilidade-contratual-e-a-responsabilidade-extracontratual>.
- PINTO, P. M. (2020). Problemas jurídicos dos veículos autónomos. *Atas do Congresso Direito e Robótica, Estudos de Direito do Consumidor*, pp. 93-153.

- QUARESMA, A. (2021). A falácia lúdica das três leis: Ensaio sobre inteligência artificial, sociedade e o difícil problema da consciência. *Revista de Tecnología y Sociedad*, n.º 19, pp. 1-15.
- RAPOSO, V. L. (2013). A responsabilidade do produtor por danos causados por dispositivos médicos. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, n.º 5, pp. 4275-4339.
- RHEINSCHILD, E. (2017). “Black box” recorder watches surgeons’ robotic surgery skills. HSC News. USC University of Southern California. <https://hscnews.usc.edu/black-box-recorder-watches-surgeons-robotic-surgery-skills>.
- RIBEIRO, I. M. (2005). *Uma viagem ao mundo dos robots*. Instituto de Sistemas e Robótica, pp. 1-21. <http://users.isr.ist.utl.pt/~mir/pub/ViagemRobots-IsabelRibeiro05.pdf>.
- SILVA, J. C. (1990). *Responsabilidade civil do produtor*. Almedina.
- SOUSA E SILVA, N. (2019). Inteligência artificial, robots e responsabilidade civil: O que é que é diferente? *Revista de Direito Civil*, n.º 4, pp. 691-711.
- SOUSA E SILVA, N. (2017). *Direito e robótica: Uma primeira aproximação*, pp. 487-553. https://portal.oa.pt/media/130409/nuno-sousa-e-silva_roa_i_ii_2017-15.pdf.
- TAYLOR, R. H. (s.d.). *Robots as surgical assistants: Where we are, wither we are tending, and how to get there*. <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/BFb0029430.pdf>.
- TORRENT-SELLENS, J., JIMÉNEZ-ZARCO, A. I. & SAIGÍ-RUBIÓ, F. (2021). Do people trust in robot-assisted surgery? Evidence from Europe. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, vol. 18, n.º 23. <https://www.mdpi.com/1660-4601/18/23/12519>.
- TRIBERTI, C. et al. (2021). *Inteligência artificial: Além das quatro leis da robótica. Reflexões também à luz da pandemia de covid-19*. Editorial Juruá.
- TRIGO, M. G. (s.d.). *Responsabilidade civil do comitente (ou responsabilidade por facto de terceiro)*.
- VALERP, R. et al. (2011). *Cirurgía robótica: Historia e impacto en la enseñanza*. *Actas Urológicas Españolas*, vol. 35, n.º 9. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0210-48062011000900006.
- VOUGA, R. T. (2018). *A responsabilidade civil médica (decorrente de atos médicos praticados em hospitais públicos)*. Centro de Estudos Judiciários, pp. 9-96. <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=CPW6VbiuEJI%3D&portalid=30>.
- YIP, M. C. (2017). *Robot autonomy for surgery*, pp. 1-32. https://www.researchgate.net/publication/318359931_Robot_Autonomy_for_Surgery.

Wrongful birth/life actions e a
responsabilidade médica civil em Portugal

Alfredo Rafael Barbosa Marques

Sob a orientação do Professor
Doutor António Agostinho Cardoso Conceição Guedes

Agradecimentos

Ao meu pai, por ser o maior exemplo da minha vida.

À minha mãe, por nunca desistir de mim.

À minha irmã, por ser a pessoa de quem tenho mais orgulho e por toda a força que sempre me deu para atingir os meus objetivos.

Ao meu irmão, por me encher o coração todos os dias.

À Joana, por ser o meu pilar, acreditar sempre em mim e, mais importante, por partilhar comigo esta jornada que é a vida.

Ao meu orientador, Professor Agostinho Guedes, por todos os conselhos que me deu ao longo desta dissertação e por ser uma das pessoas que mais admiro no mundo do Direito.

Por fim, à Universidade Católica Portuguesa, por me recordar que existe prazer em estudar Direito.

Resumo

O trabalho que nos propomos realizar baseia-se nas *wrongful actions*, mais precisamente nas *wrongful birth/life actions* e no seu impacto na responsabilidade médica civil em Portugal. O interesse por esta temática resulta da multiplicidade de obstáculos jurídicos que estes tipos de ações enfrentam desde a sua génese e ainda pelas desconcertantes conceções morais, éticas e religiosas que as perseguem. Durante o nosso estudo iremos descortinar as principais características deste tipo de ações, seguindo-se uma análise da evolução histórica jurisprudencial, tanto a nível internacional como nacional. No último capítulo iremos enquadrar as *wrongful birth/life actions* no regime de responsabilidade civil português, identificando os seus pressupostos e tentando encontrar o melhor método indicado a preenchê-los.

Palavras-chave: *Wrongful birth actions, wrongful life actions*, responsabilidade civil.

Abstract

The study we propose to carry out is based on wrongful actions, more precisely on wrongful birth/life actions and their impact on medical civil liability in Portugal. The interest in this theme comes from the multiplicity of legal obstacles that these types of actions face since their genesis, and from the perplexing moral, ethical and religious conceptions that persecute them. During our study we will reveal the main characteristics of this type of actions, followed by an analysis of the historical evolution of jurisprudence, both internationally and nationally. In the last chapter we will provide a legal framework of wrongful birth/life actions in the Portuguese civil liability regime, identifying their requirements and trying to find the best method indicated to fulfill them.

Keywords: *Wrongful birth actions, wrongful life actions*, civil liability.

Lista de siglas e abreviaturas

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
Ac.	Acórdão
al.	alínea
art./arts.	artigo(s)
CC	Código Civil
cit.	citado
Col.	Coleção
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DPN	Diagnóstico Pré-Natal
DRP	Doença renal policística
ed.	edição
FDUC	Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
IVG	Interrupção voluntária da gravidez
n.º/n.ºs	número(s)
op. cit.	obra citada
p./pp.	página(s)
Prof.	Professor
ss.	seguintes
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
<i>vd.</i>	vide
vol.	volume

Índice

1.	Introdução	6
2.	<i>As wrongful actions</i>	7
2.1.	<i>Wrongful pregnancy actions</i>	7
2.2.	<i>Wrongful birth actions</i>	7
2.3.	<i>Wrongful life actions</i>	8
3.	Análise jurisprudencial – Direito comparado e evolução histórica	9
3.1.	Jurisprudência norte-americana	9
3.2.	Jurisprudência europeia	12
4.	Enquadramento das <i>wrongful birth/life actions</i> no regime da responsabilidade civil português	17
4.1.	O facto voluntário do agente (conduta lesiva)	17
4.2.	A ilicitude da conduta do agente	18
4.3.	Culpa (imputação subjetiva)	24
4.4.	O dano	27
4.5.	O nexo de causalidade (imputação objetiva)	32
5.	Conclusão	34
6.	Bibliografia	36
7.	Jurisprudência nacional	37
8.	Jurisprudência estrangeira	38

1. Introdução

O desenvolvimento tecnológico tem sido constante nas últimas décadas, abrindo espaço para novas questões em vários setores, nomeadamente na medicina. Este avanço veio redefinir as nossas expectativas relativamente aos tratamentos, exames e, principalmente, à relação médico-paciente. Durante a maior tranche da história da medicina este vínculo era baseado no modelo paternalista, onde eram adotadas condutas terapêuticas sem a consulta das preferências individuais do paciente, deixando-o sem participação ativa nas decisões. O obsoletismo inerente ao modelo referido é evidenciado pela visão mais igualitária que hoje rege o nosso sistema medicinal, tendo sido este progresso a dar origem às ações que nos propomos estudar.

O nosso estudo centra-se nas *wrongful actions*, mais precisamente nas *wrongful birth actions* e *wrongful life actions*, traduzidas em português como ações de nascimento indevido e ações de vida indevida, respetivamente. Ambas as ações se baseiam no nascimento de uma criança com carências físicas e/ou psíquicas que trazem prejuízos consideráveis nas esferas jurídicas patrimoniais e não patrimoniais dos pais e da criança, tendo por base um erro médico em sede de diagnóstico pré-natal.

Esta dissertação vê a sua origem na redação do art. 142.º, al. c) do Código Penal, em que o ordenamento jurídico português possibilita a interrupção voluntária da gravidez se verificados certos requisitos, normalmente correlacionados com malformações congénitas que o feto apresenta. Tendo como referência o artigo mencionado, a questão primordial reside na possibilidade de recurso à responsabilidade civil quando aos pais lhes é rejeitada a opção pela IVG por negligência do médico ou instituição hospitalar responsável pelo DPN. Como veremos, esta negligência poderá ter origem na interpretação errada de exames atinentes à deteção de malformações no feto ou na ausência de aconselhamento à execução de tais exames quando o mesmo era exigível de acordo com as *leges artis* da medicina.

Ambas as ações em estudo são alvo de extrema controvérsia, em particular as de *wrongful life*, pois colocam-se não só em causa valores fundamentais no nosso Direito, como conceções subjetivas de ordem moral, religiosa e ética.

Delimitado o nosso âmbito de estudo, começaremos no primeiro capítulo por destrinçar as principais características dos três tipos de *wrongful actions* reconhecidos pela doutrina: *wrongful birth*, *wrongful life* e *wrongful pregnancy*. Posteriormente, no segundo capítulo será feita uma breve análise da evolução histórica da jurisprudência pertinente das ações em estudo, culminando na avaliação da jurisprudência em contexto português. Por fim, tentaremos enquadrar as *wrongful birth/life actions* no regime da responsabilidade civil pela via contratual e extracontratual, identificando os principais entraves à aceitação das ações sob escrutínio, principalmente das *wrongful life actions*.

2. As *wrongful actions*

As ações de responsabilidade médica oriundas de aconselhamento ou tratamento pré-natal defeituoso denominam-se por *wrongful actions*, desdobrando-se em três diferentes categorias: *wrongful life*, *wrongful birth* e *wrongful conception*¹. Ainda que o nosso estudo se concentre primordialmente nos dois primeiros tipos de ações, cumpre-nos debruçar as principais características de todos os conceitos.

2.1 Wrongful pregnancy actions²

As *wrongful pregnancy claims* (em português, “conceção indevida”) encontram na sua gênese uma gravidez que não devia ter acontecido (culminando ou não num nascimento de um filho indesejado), emanada de um erro médico que impossibilitou aos progenitores o acesso à liberdade de planeamento familiar/não reprodução.

Como exemplos da violação destes direitos podemos encontrar uma interrupção da gravidez malsucedida, um defeito nos métodos de contraceção, uma esterilização mal efetuada, ou até mesmo o emprego errado ou mau funcionamento dos meios de diagnóstico, um erro na prescrição de algum fármaco ou a sua indevida dispensa por um farmacêutico.

Deste modo, quando uma destas ações é posta em curso, os pais alegam que se não tivesse acontecido algum dos exemplos enunciados a criança nunca teria sido concebida e, por conseguinte, procuram ver ressarcidos os custos com os procedimentos médicos defeituosos, as despesas advindas da educação da criança e, potencialmente, danos morais.

2.2 *Wrongful birth actions*³

As ações por *wrongful birth* (em português, “nascimento indevido”) diferenciam-se das ações mencionadas anteriormente pois, apesar de a criança nascer de uma gravidez planeada e desejada, é o próprio nascimento que é mal recebido. Assim, como referido supra, estas ações são iniciadas pelos progenitores da criança que nasceu com malformações/deficiências graves, “contra o médico e/ou instituições hospitalares ou afins por não terem efetuado os exames pertinentes, ou porque os interpretaram erroneamente, ou porque não comunicaram os resultados verificados (...)”⁴. Portanto, o

¹ Esta categorização tripartida não é tida como um absoluto do direito. No entanto, é a que mais encontra aceitação na nossa doutrina. *vd.*, Pinto, 2007, p. 5. Outros autores também utilizam esta classificação, nomeadamente Pereira, 2015, pp. 250 e ss.; Raposo, 2010, pp. 61-66.

² Raposo, 2010, p. 66; Rocha, 2018, pp. 3-4.

³ Raposo, 2010, pp. 63-65; Rocha, 2018, p. 4.; Frati, 2017, p. 343.

⁴ Sumário do acórdão do STJ de 12 de Março de 2015, processo n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1, relatado por Hélder Roque.

que aqui está em causa é o facto de o médico ter privado os pais do direito à informação, não lhes sendo possível optar pela IVG, prevista no art. 142.º, n.º 1, al. c) CP.

Então, vejamos: o que é alegado neste tipo de casos não é tão só o facto de a criança nascer com malformações congénitas, mas também a lesão do direito de informação e a privação do consentimento informado. Ora, atendendo a estes fatores, terão os pais da criança de alegar que se tivessem sido detentores de toda a informação relativamente à gravidade da doença de que esta padecia nunca teria sido concebida⁵, ou que se as malformações fossem oriundas de um problema durante a gestação teriam optado pela IVG. Destarte, os pais pedem indemnizações pelos danos patrimoniais, como os tratamentos, medicamentos e, possivelmente, ensino especial de que a criança necessite, e danos não patrimoniais, por ver o seu direito à autodeterminação do planeamento familiar lesado, a violação do consentimento informado e, ainda, pela tristeza e angústia de ver um filho sofrer, sabendo que a dor poderia ter sido evitada se não fosse a atuação negligente de um profissional de saúde.

2.3 *Wrongful life actions*⁶

Por fim, as *wrongful life actions* (em português, “vida indevida”) partilham as suas circunstâncias com as de “nascimento indevido”, na medida em que o que se procura ver compensado é um nascimento indesejado. No entanto, como vertido supra, quem irá propor a ação é a criança, ou os seus representantes legais, na eventualidade de esta não deter capacidade de exercício.

Portanto, quando nos deparamos com este tipo de casos, sabemos que a criança que nasceu com as deformações congénitas irá reagir contra a instituição ou profissional de saúde que permitiu o seu nascimento e subsequente sofrimento.

Em paralelo com a ações de *wrongful birth* encontraremos um cenário em que o médico omitiu ou não prestou as informações necessárias para a preservação do consentimento informado. Havendo esta violação do direito de informação, poderá a criança alegar que, se tal não tivesse acontecido, os pais teriam oportunidade de recorrer à IVG. Tendo isto em mente, é aqui que nasce o principal ceticismo relativamente às ações de “vida indevida”, pois a criança alega que não deveria ter nascido.

Em súmula, sabemos que as *wrongful birth/life actions* encontram a sua génese na negligência médica, tendo como resultado o nascimento de uma criança com malformações graves. Por outro lado, o médico encarregado de monitorizar a gravidez

⁵ Nos casos em que houve uma transferência para o útero de embriões fertilizados *in vitro* portadores de doença ou deficiências.

⁶ Relativamente a estas ações, *vd.* Raposo, 2010, pp. 61-63; Rocha, 2018, pp. 5-6; Frati, 2017, p. 346.

não procedeu com a diligência necessária, violando a *leges artis* a que está vinculado, existindo uma violação do consentimento informado, impossibilitando assim a mãe de interromper a gravidez caso fosse sua vontade.

Como veremos adiante, estas ações partilham semelhantes dificuldades materiais, no sentido em que a sua aplicação jurisprudencial implica razoável flexibilidade por parte dos tribunais, e dificuldades subjetivas, atendendo às divergências éticas, políticas e por vezes religiosas que este tipo de ações acarreta.

Deste modo, no próximo capítulo iremos fazer uma reflexão sobre a jurisprudência pertinente, analisando a evolução histórica de ambas as ações, de modo a determinar as suas vitórias e dificuldades ao longo da sua existência.

3. Análise jurisprudencial – Direito comparado e evolução histórica

Para entendermos as dificuldades que as *wrongful birth* e *wrongful life actions* enfrentam, é necessário analisar a jurisprudência que emana dos tribunais, tanto a nível nacional como internacional. Durante esta explanação debruçar-nos-emos sobre os casos que entendemos ser mais preponderantes na evolução destas ações.

3.1 Jurisprudência norte-americana

***Zepeda v. Zepeda*⁷**

Em 1963, nos Estados Unidos da América, durante um processo corrido no *Appellate Court of Illinois*, nasce o termo *wrongful life* em contraposição ao termo *wrongful death* (ações que tinham por base uma vida que deveria ter continuado, mas que terminou abruptamente).

A ação foi interposta por um filho que procurava compensação pelo facto de ter sido abandonado pelo pai enquanto ainda se encontrava no ventre da sua mãe e, como tal, era visto socialmente como um descendente ilegítimo. Como podemos denotar, o termo utilizado, apesar de partilhar a nomenclatura dos dias de hoje, detinha um significado diferente. Isto porque sabemos que a criança nasceu completamente saudável, procurando, no entanto, compensação por danos psicológicos e financeiros advindos do abandono do seu pai.

Temendo que este tipo de ações se tornasse vulgar e acautelando os cidadãos que poderiam estar interessados em intentar ações baseadas em “vida indevida”, o tribunal acabou por considerar a ação improcedente.

⁷ *Zepeda v. Zepeda* (1963), 41 Ill. App.2d 240, 190 N.E.2d 849.

Gleitman v. Cosgrove⁸

Avançando no tempo, mais precisamente a 1967, surge no *Supreme Court of New Jersey* o caso sob estudo. Seria nesta demanda que pela primeira vez nos iríamos deparar com a utilização do termo *wrongful life* no esplendor do seu significado.

A ação proposta em tribunal cumulava uma ação interposta pelos pais baseada em *wrongful birth* com uma de *wrongful life*, em representação do filho. No seio deste litígio, tínhamos uma criança que padecia de cegueira e surdez, resultantes de uma malformação originada durante a gravidez após a mãe ter contraído rubéola. Salienta-se que os médicos agiram com negligência, falhando em informar tempestivamente a mãe da criança que a contração pré-natal de rubéola poderia causar irregularidades no desenvolvimento do feto.

Sem embargo, relativamente aos danos alegados pela criança, o tribunal rejeitou a ideia de que se poderia comparar uma vida com deficiência com a não existência⁹. Quanto à pretensão dos pais, o tribunal entendeu declinar o pedido argumentando que o aborto não era legal no estado em questão e ainda que o tribunal não conseguia comparar a intangibilidade e complexidade dos benefícios adjuntos à maternidade e paternidade com os alegados danos emocionais e financeiros¹⁰.

Park v. Chessin¹¹

Transcorridos dez anos, em 1976, o *Appellate Court of New York* decidiu pela primeira vez nos Estados Unidos da América que profissionais de saúde poderiam ser legalmente responsabilizados por *wrongful life*.

No presente caso, o casal Park procurou aconselhamento médico com o obstetra da mãe, Dr. Chessin, com o intuito de se informarem sobre a possibilidade de terem outro filho após o falecimento do primeiro por doença renal policística. Negligentemente, o médico do casal informou-os que a probabilidade de terem outro bebé com a mesma doença era extremamente escassa e que não era uma doença hereditária. Verdade é que, após o parto do segundo filho, verificou-se que criança padecia de DRP, vindo a falecer dois anos e meio depois.

Atendendo a estes fatores, e considerando que a atuação do médico foi inquestionavelmente negligente e merecedora de reprovação legal, o tribunal concedeu aos pais, em nome da criança falecida, indemnização pelos danos sofridos.

⁸ *Gleitman v. Cosgrove* (1967), 227 A.2d 689.

⁹ Sobre esta questão, nas palavras do tribunal, “This Court cannot weigh the value of life with impairments against the nonexistence of life itself”.

¹⁰ Neste sentido, o tribunal informa que “In order to determine their compensatory damages a court would have to evaluate the denial to them of the intangible, unmeasurable, and complex human benefits of motherhood and fatherhood and weigh these against the alleged emotional and money injuries”.

¹¹ *Park v. Chessin* (1977) 60 A.D.2d 80 [400 N.Y.S.2d 110].

Becker v. Schwartz¹²

Em 1978, o *Court of Appeals of New York* torna-se o primeiro tribunal superior a dar satisfação a um pedido baseado em *wrongful birth*. Pouco após a legalização do aborto¹³, surge esta vitória das *wrongful actions* num caso em que um médico falhou em informar a mãe dos perigos advindos de gravidez em idade avançada, resultando no nascimento de um bebé com síndrome de *Down*.

Curlener v. Bio-Science Laboratories¹⁴

Volvidos dois anos, o *Court of Appeals of California* dá providência pela primeira vez a uma ação exclusivamente baseada em *wrongful life*. Em causa estava uma criança que nascera com a doença de *Tay-Sachs*, originadora de graves limitações físicas e psíquicas.

A pretensão tinha como premissa o erro de diagnóstico do laboratório réu quando os pais da criança efetuaram exames com a intenção de detetar se eram portadores do gene da doença.

Dito isto, o tribunal rejeitou a ideia mantida até então nos Estados Unidos da América de que seria necessário calcular o dano em comparação com a inexistência. Concluiu que à criança lhe era devido o recebimento de indemnização, não pela comparação entre a vida com doença e a não existência, mas sim pelas dores físicas e psíquicas que sofreu e iria sofrer para o resto da sua vida, e ainda pelos encargos patrimoniais que advinham da sua condição¹⁵.

Turpin v. Sortini¹⁶

Neste litígio, o *Supreme Court of California* confirmou a noção de que o respeito pela santidade da vida não importa a exclusão das ações por *wrongful life*.

Ora, uma criança que nasceu com surdez hereditária levou à discussão do tribunal uma ação por *wrongful life* em que se pedia compensação por danos patrimoniais e não patrimoniais pelo erro de diagnóstico por parte do médico, da instituição hospital e outros intervenientes no DPN. A autora alegava que houve negligência por parte dos profissionais de saúde, falhando em alertar os pais da possibilidade do nascimento de

¹² *Becker v. Schwartz* (1978), 46 N. Y.2d, 401.

¹³ *Roe v. Wade* (1973), 410 U.S. 113.

¹⁴ *Curlender v. Bio-Science Laboratories* (1980) 106 cal.app.3d 811.

¹⁵ “We reject the notion that a “wrongful-life” cause of action involves any attempted evaluation of a claimed right not to be born. In essence, we construe the “wrongful-life” cause of action by the defective child as the right of such child to recover damages for the pain and suffering to be endured during the limited life span available to such a child and any special pecuniary loss resulting from the impaired condition”, concluiu o tribunal.

¹⁶ *Turpin v. Sortini* (1982), 31- Cal. 3d 220, 182 Cal. Rptr. 337, 643 P.2d 954.

uma criança com a sua condição hereditária, retirando-lhes a possibilidade de tomar a decisão de não a conceber.

O tribunal concluiu que a criança não tinha direito a receber compensações por danos não patrimoniais, alegando a impossibilidade do cálculo do dano por oposição de uma vida com deficiência a não ter nascido de todo¹⁷. Em contraposição, a compensação relativa aos danos patrimoniais foi aceite, determinando o tribunal que a criança era merecedora da supressão dos custos extraordinários¹⁸ que advinham da sua doença¹⁹.

Não obstante, “subsequentemente o Estado da Califórnia promulgou leis destinadas a afastar este tipo de pretensões”²⁰.

3.2 Jurisprudência europeia

No espaço europeu, as ações por *wrongful conception* têm no seu histórico consideráveis vitórias e assumem-se como pretensões com efetiva aceitação por parte da doutrina²¹. Diferem, portanto, das *wrongful birth* e *wrongful life actions*, que, como veremos, ainda se deparam com dificuldades significativas.

Grã-Bretanha

McKay vs. Essex Area Health Authority²²

O caso em apreço surge no Reino Unido, em 1982, quando uma criança que nascera com deficiências intentou uma ação por *wrongful life* contra o médico e a instituição hospital responsáveis pelo DPN, alegando que ambos agiram com negligência quando falharam em tratar uma infeção de rubéola que a mãe contraiu durante a gestação. A

¹⁷ Por conseguinte, o acórdão explica que “In a wrongful life action, that simply is not the case, for what the plaintiff has ‘lost’ is not life without pain and suffering but rather the unknowable status of never having been born. In this context, a rational, nonspeculative determination of a specific monetary award in accordance with normal tort principles appears to be outside the realm of human competence”.

¹⁸ Também neste sentido, o *Supreme Court of New Jersey* no caso *Procanik v. Cillo* (1985), 206 N.J. Super. 270, 502 A.2d 94.

¹⁹ No acórdão em questão, o tribunal clarifica que “Although we have determined that the trial court properly rejected plaintiff’s claim for general damages, we conclude that her claim for the ‘extraordinary expenses for specialized teaching, training and hearing equipment’ that she will incur during her lifetime because of her deafness stands on a different footing”.

²⁰ Raposo, 2010, p. 68.

²¹ Em Espanha tem-se entendido que os danos que advêm de esterilizações claudicadas são merecedores de indemnização (na parte dos custos com o próprio processo de esterilização, mas não com os relativos ao sustento da criança). No âmbito das *wrongful pregnancy actions*, em 1980, o Supremo Tribunal de Justiça Alemão (*Bundesgerichtshof*) entendeu condenar um médico por uma esterilização falhada, *vd.* Vicente, 2009, p. 124.

²² *McKay v. Essex Area Health Authority*, (1982) EWCA Civ Jo219-3.

ação sustenta-se no argumento de que se a mãe da criança tivesse sido alertada das consequências de tal infeção, a mesma teria recorrido à IVG.

Perante o alegado, entendendo que tal pretensão indemnizatória iria contra a ordem pública por violar a santidade da vida humana, o pedido foi declinado. Assim, o tribunal concluiu que não havendo legislação para tal, não existe qualquer mérito em terminar uma vida humana, seja ela ainda uterina ou não. Na mesma senda que a jurisprudência mencionada aquando do estudo da jurisprudência norte-americana, também esta decisão foi influenciada pela incapacidade do tribunal em admitir o cálculo de uma indemnização comparando uma vida com deficiência à não existência²³.

É imperativo mencionar que, neste território, ainda se encontra vigente a lei *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act*, de 1976²⁴, formulada com o propósito de restringir os progenitores de pedir indemnização por *wrongful pregnancy*, excluindo concludentemente “a perda económica que resulta do custo de educar uma criança”²⁵.

Alemanha

Bundesgerichtshof²⁶

Em 1982, o Tribunal de Apelação de Munique negou o pedido de indemnização numa ação que cumulava *wrongful birth* e *wrongful life*, onde os pais e o filho procuravam ser compensados pela negligência apresentada pelo médico durante a gravidez, alegando que o mesmo falhou em diagnosticar à mãe uma infeção de rubéola, levando ao nascimento de uma criança com severas malformações²⁷. Todavia, esta decisão iria acabar por ser parcialmente revertida pelo *Bundesgerichtshof*, que entendeu haver legitimidade na pretensão de *wrongful birth* invocada pelos pais²⁸.

²³ Ainda no âmbito das *wrongful actions*, mas relativamente a uma ação sobre *wrongful pregnancy*, ver o acórdão *Macfarlane and Another v. Tayside Health Board (Scotland)*.

²⁴ O documento em questão encontra-se integralmente disponível em <https://www.health-ni.gov.uk/articles/congenital-disabilities-civil-liability-act-1976>.

²⁵ Pinto, 2007, p. 10.

²⁶ Supremo Tribunal da Alemanha.

²⁷ Markensinis & Unbearath, 2002, p. 156.

²⁸ Posteriormente, esta decisão foi o molde de vários litígios semelhantes, *vd.* Raposo, 2010, p. 69.

França

Arrêt Perruche*²⁹ – *Cour de Cassation

No seio das *wrongful life actions*, a jurisprudência emanada do caso *Perruche (bèbè prejudice)* é a que mais marcou e influenciou discussões pela doutrina e tribunais europeus³⁰.

Nicolas Perruche era um menino que nasceu com consideráveis malformações congénitas, consequência da rubéola que a mãe contraiu durante o período de gestação. Aquando da descoberta da doença, os pais efetuaram exames no laboratório competente, de forma a detetar alguma anomalia no desenvolvimento da criança, tendo em mente que se a resposta fosse positiva iriam optar pela interrupção da gravidez. Não encontrando qualquer complicação no estado de saúde do feto e criando a expectativa do nascimento de uma criança saudável, os serviços médicos conduziram o casal a não optar pelo aborto eugénico.

Pese embora o diagnóstico, Nicolas nasceu com graves carências auditivas e visuais em conjugação com sérias complicações cardíacas e neurológicas. É na cumulação destes fatores que encontramos a origem da ação intentada pela mãe por *wrongful birth*, em nome próprio, e *wrongful life*, em representação da criança.

Num primeiro momento, a ação foi julgada pelo *Cour de Grand'Instance d'Evry* (tribunal de primeira instância) e foi considerada procedente na sua totalidade, obrigando solidariamente o médico e o laboratório ao pagamento de uma indemnização aos pais e à criança. Interposto recurso para o *Cour d'Appel* (tribunal de recurso), a decisão foi parcialmente revogada, anulando a decisão em indemnizar a criança, mas mantendo o que ficou determinado em relação aos pais. Mais adiante, já sob o escrutínio do *Cour de Cassation*, a maior instância judicial do estado francês, a sentença é novamente revertida, culpabilizando o médico e o laboratório pela perda de oportunidade de interromper a gravidez, sustentando a pretensão de Nicolas em ser compensado pelos danos emergentes da sua condição de saúde.

Como será de compreender, esta decisão gerou um enorme descontentamento na comunidade médica, que viu “(...) os custos das apólices de seguro (...) multiplicadas por seis(...)”³¹, justificando greves que obrigatoriamente deixariam as mães sem assistência de parto. Compelido a intervir, o legislador francês cria a lei n.º 2002-303, de 4 de março

²⁹ *Cour de Cassation, Assemblée plénière*, de 17 de novembro de 2000, 99-12.701.

³⁰ Neste sentido, Marta Nunes Vicente clarifica que o caso *Perruche* “tem um relevo sociológico indesmentível, na medida em que as reações exacerbadas que gerou por parte da doutrina francesa, bem como as invocações de uma pretensa imparcialidade operadas de lado a lado, mostram a necessidade de empreender reflexões jurídicas sérias, principalmente no campo de matérias suscetíveis ou intrinsecamente aptas a gerarem ‘a-juridicidades’” (Vicente, 2009, p. 118).

³¹ Leitão, 2012, p. 9.

de 2002³², conhecida pela Lei Anti-Perruche. Neste diploma, o legislador estipula que seria impossível alguém retirar proveito do facto de ter nascido e que, para haver compensação, teria de ficar provado o nexu de causalidade direto, ou seja, o médico ou instituição hospitalar e/ou afins teriam de ser os causadores da deficiência que aflige a criança. Relativamente às *wrongful birth claims*, o documento não afasta a procedência das pretensões de caráter não patrimonial, no entanto encaminham as patrimoniais para o âmbito da solidariedade nacional³³. A radicalidade desta lei (aplicação imediata da Lei Anti-Perruche a todos os processos pendentes relativos a *wrongful life* sem compensação estipulada) levou à condenação do estado francês pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem por violação do direito à não privação arbitrária da propriedade³⁴, obrigando a uma revisão legislativa que motivaria a revogação do diploma pela Lei n.º 2005-102, de 11 de fevereiro de 2005. Será de notar que a nova lei não tentou modificar a aplicação do direito perante as *wrongful life actions*, mas meramente limitar a sua aplicação a nascimentos posteriores a 4 de março de 2002.

Portugal

Supremo Tribunal de Justiça

A nossa jurisprudência parece ter encontrado um terreno comum no que respeita às *wrongful actions*, admitindo, em cabal concordância com a generalidade dos tribunais europeus, as ações por *wrongful birth* e rejeitando as ações por *wrongful life*.

O STJ pronunciou-se em duas ocasiões distintas sobre casos envolvendo *wrongful life*, rejeitando ambas as pretensões no Acórdão de 19 de junho de 2001 e no Acórdão de 17 de janeiro de 2013. Veremos sucintamente a argumentação em ambas as situações.

Acórdão de 19 de junho de 2001³⁵

Um ano após o virar do milénio, sobe ao STJ uma ação por *wrongful life*. Sob seu escrutínio estava o caso de uma criança que nasceu com malformações nas duas pernas e na mão direita, procurando compensação patrimonial e não patrimonial pela sua condição de saúde. Em sua representação, os pais alegavam que o médico e um gabinete de radiologia incorreram em responsabilidade civil por negligência ao falhar em detetar,

³² O texto integral desta lei encontra-se disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT00000227015/>.

³³ Raposo, 2010, p. 71. O termo solidariedade nacional é equivalente à nossa segurança social.

³⁴ Ver o art. 1.º do Protocolo Adicional da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, “Ninguém pode ser privado do que é a sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional”.

³⁵ Acórdão STJ 19 de junho de 2001, processo 01A1008, relatado por António Pinto Monteiro.

durante o período de gestação, as carências físicas de que o feto sofria, não lhes sendo possível recorrer à IVG. Apesar do que ficou provado relativamente ao médico³⁶, o STJ entendeu negar a revista com base na inexistência de conformidade entre o pedido e a causa de pedir (o filho pede compensação por um dano causado na esfera jurídica dos pais), declarando ainda que estaria em causa um “direito à não existência”, o que no entender do tribunal só poderia ser acionado pelo próprio filho quando atingisse a maioridade.

Acórdão de 17 de janeiro de 2013³⁷

Mais de uma década depois, o STJ pronuncia-se novamente sobre um caso de *wrongful life*, desta vez cumulada com uma ação de *wrongful birth*. Os autores, mãe e filho, através de uma ação de responsabilidade civil contratual, pediam a condenação da sua médica obstetra, do centro de radiologia e do seu diretor clínico. Em causa estava o facto de durante toda a gravidez ter sido informado à progenitora, através da análise das ecografias, que o feto se encontrava a desenvolver na normalidade. Só quando do nascimento é que se pôde perceber que a criança comportava inúmeras malformações³⁸.

Pese embora o STJ ter entendido que houve negligência e violação da *leges artis*, negou a procedência do pedido feito pelo filho por *wrongful life*, aceitando, no entanto, a pretensão da mãe por *wrongful birth*. A rejeição da pretensão do descendente encontrou justificativo na não existência de qualquer ilicitude, culpa ou nexo de causalidade entre a negligência provada e as deficiências da criança, bem como no facto de o filho não ser parte da relação contratual, não se admitindo a sua integração no instituto do contrato com eficácia de proteção de terceiros³⁹.

Em jeito de conclusão, e após esta breve análise jurisprudencial, cabe-nos assumir que existe uma abertura considerável à atribuição de indemnizações por *wrongful birth*, tanto a nível nacional⁴⁰ como europeu. Quanto às *wrongful life claims*, sabemos que ainda existe um longo caminho pela frente, que começará a ser talhado já no próximo capítulo, enquanto avançamos para o seu enquadramento no regime da responsabilidade civil em Portugal.

³⁶ Ficou provado em matéria de facto que o médico sabia que estava perante uma gravidez de risco e que não realizou os exames essenciais adstritos à *leges artis*.

³⁷ Acórdão STJ 17 de janeiro de 2013, processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, relatado por Ana Paula Boularot.

³⁸ A criança nasceu sem mãos ou braços e ainda com graves deformações nos pés, na língua, no nariz, nas orelhas, na mandíbula e no céu da boca.

³⁹ O acórdão contou com o voto de vencido do Juiz Conselheiro Pires de Rosa.

⁴⁰ Admitindo ações de *wrongful birth* em Portugal, o acórdão da Tribunal da Relação de Guimarães de 19 de junho de 2012, processo 1212/08.4TBCL.G1 relatado por Rosa Tching; o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de abril de 2014, processo 57/11.9TVLSB.L1-7, relatado por Roque Nogueira; o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de abril de 2015, processo 2101-11.0TVLB.L1-8, relatado por Catarina Manso; acórdão do STJ de 12 de março de 2015, processo 1212/08.4TBCL.G2.S1, relatado por Hélder Roque, entre outros.

4. Enquadramento das *wrongful birth/life actions* no regime da responsabilidade civil português

Após estudarmos o progresso das *wrongful actions* na jurisprudência, cabe-nos agora perceber se será possível o seu enquadramento no plano da responsabilidade civil médica⁴¹ no regime português.

A responsabilidade civil poderá ser contratual ou extracontratual/delitual. Com efeito, a responsabilidade civil contratual nasce com a inexecução contratual, havendo uma infração das obrigações previamente acordadas ao abrigo da autonomia privada (art. 405.º CC). Por outro lado, a responsabilidade extracontratual emerge do inadimplemento normativo, ou seja, da violação de uma normal legal que visa proteger um princípio geral de direito.

Assim, da leitura do art. 483.º do Código Civil ficamos a saber da existência de vários pressupostos que condicionam a responsabilidade por factos ilícitos, nomeadamente o facto voluntário do agente (conduta lesiva), a ilicitude, a culpa (imputação subjetiva), o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano (imputação objetiva). Sem mais demoras, e atendendo a estes requisitos, iremos verificar se será possível estas demandas encontrarem respaldo no seio do instituto da responsabilidade civil.

4.1 O facto voluntário do agente (conduta lesiva)

No núcleo do regime da responsabilidade civil encontramos um facto praticado por um agente. Para que tal seja merecedor de atenção por parte do instituto, o facto terá de ser voluntário, excluindo-se desde logo danos causados por força maior ou pela atuação irreversível de situações fortuitas. Ora, um ato voluntário só albergará factos objetivamente controláveis e domináveis pela vontade humana, consubstanciando-se numa ação ou omissão⁴².

No estudo das *wrongful actions* o que importa como facto voluntário será uma ação ou omissão de um médico que, violando a *leges artis*⁴³, comete um erro⁴⁴.

No que à responsabilidade civil contratual respeita, sabemos que no caso das *wrongful actions* existe uma omissão por parte do devedor da prestação (o médico), que,

⁴¹ A responsabilidade médica poderá ser civil, penal ou disciplinar, *vd.* Pereira, 2015, p. 36.

⁴² Varela, 2000a, pp. 527-529 e Leitão, 2016, pp. 257-259.

⁴³ Será de realçar o que se encontra vertido no art.º 4.º da Convenção de Oviedo, onde somos informados que “qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efetuada na observância das normas e obrigações profissionais, bem como das regras de conduta aplicáveis ao caso concreto”.

⁴⁴ Como nos informa Germano de Sousa, antigo bastonário da ordem dos médicos, as condutas geradoras de erros médicos podem ser: “a “imperícia” – como inobservância das regras técnicas, insuficiência de conhecimentos, deficiente preparação ou inexperiência; a “imprudência” – mediante assunção, por ação ou omissão, de riscos desnecessários para o doente, sem suporte técnico científico bastante e a “negligência” – inobservância, por ação ou omissão, da conduta legalmente exigível na situação concreta”, in Sousa, 2012, pp. 127-142.

se atuasse na perfeita sabedoria da sua arte, não ocorreria. Logo, sempre que estamos perante um caso em que existe alguma informação que não foi comunicada, que foi transmitida erroneamente à mãe, ou, então, algum exame recomendado pela arte que não foi efetuado ou foi interpretado desacertadamente, sabendo-se que poderia ter detetado as malformações da criança, será considerado um comportamento dotado de mérito para desencadear uma ação por responsabilidade civil contratual.

Quanto à responsabilidade civil extracontratual, o art. 486.º CC elucida-nos que deve haver reparação dos danos quando era devido a prática, “por força da lei ou do negócio jurídico”, de um ato e tal não aconteceu. Portanto, sabendo que o dever de informação e o consentimento informado têm consagração legal⁴⁵, cabe-nos assumir que a sua violação se traduz num ato voluntário, passível de responsabilização.

4.2. A ilicitude da conduta do agente

A questão da ilicitude nas ações por *wrongful birth* e *wrongful life* está delimitada pela despenalização da IVG. Ainda assim, não nos parece concebível que a ilicitude que advém da atuação do médico emirja da violação do art. 142.º, n.ºs 1, al. c) e 2 do CP. Por outras palavras, no nosso entender, não será da sua infração que resultarão os casos de responsabilidade civil nas ações em estudo, pois o artigo em questão não foi destinado a criar deveres aos profissionais de saúde, mas tão somente a justificar a IVG⁴⁶. Deste modo, descartamos a violação do artigo que justifica a IVG como pressuposto apto a preencher a ilicitude da conduta do agente e iremos focar-nos nos deveres que foram violados durante o DPN.

A relação médico-paciente no âmbito do DPN baseia-se num contrato de prestação de serviços, ao abrigo do art. 1154.º CC, que prevê que “uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”. O contrato em estudo trata-se de um contrato civil e de consumo onde existem características análogas à globalidade dos contratos médico-paciente, no sentido em que é sinalagmático, gerando obrigações para as duas partes; oneroso, uma vez que o contrato compreenderá sacrifícios patrimoniais a ambos os contraentes; consensual, à luz do art. 219.º CC por existir liberdade de forma contratual; de execução continuada,

⁴⁵ Arts. 19.º e 20.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, aprovado pelo Regulamento n.º 707/2016 e publicado em Diário da República, 2.ª série – n.º 139 – 21 de julho de 2016 e ainda, o art. 3.º, n.º 2, al. a) da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

⁴⁶ De acordo com o pensamento de Paulo Mota Pinto, “A interpretação teleológica (com determinação do “fim de proteção”) do art. 142.º, n.º 1, al. c) do Código Penal, não nos parece decisiva porque apenas torna justificada a interrupção da gravidez, mas não impõe um dever específico ao médico; e, por sua vez, o n.º 2 prevê requisitos para aquela justificação (para a “verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção voluntária da gravidez”), mas a eventual responsabilidade civil do médico que pode estar em causa nos casos de *wrongful birth* e de *wrongful life* não resulta da violação dessa norma (que só pode ter lugar pela realização da interrupção voluntária da gravidez sem preenchimento dos requisitos em causa) mas antes de outros deveres”, *vd.* Pinto, 2021, p. 566.

não se tratando de um único ato, mas sim da realização de vários procedimentos ao longo da gravidez; e, ainda, é um contrato *intuitu personae*, pois gera-se uma relação de confiança pessoal entre os intervenientes, que se apresenta como aspeto imprescindível à manutenção do vínculo contratual⁴⁷.

Tendo por base o contrato de prestação de serviços, haverá ilicitude contratual quando exista incumprimento das obrigações a que os contraentes se comprometeram.

No caso do médico, a obrigação a que o mesmo se vincula é a de respeitar as *leges artis*. Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues define-as como “o conjunto de regras e princípios profissionais, aceites genericamente pela ciência médica num momento histórico determinado, e que são ajustáveis à realidade individual do paciente”⁴⁸⁻⁴⁹. Como sabemos, e já mencionámos supra, o que se percebe como violado nas *wrongful birth* e *wrongful life actions* é o dever de informação e a obtenção do consentimento informado.

Destarte, nas *wrongful birth actions* o médico viola o contrato de prestação de serviços quando não informa ou informa erroneamente a mãe acerca do estado de saúde do nascituro, tendo esta falha repercussões no esclarecimento da progenitora quanto ao *status* da gestação⁵⁰. Assim, contratualmente, o médico age ilicitamente ao não executar todas as suas obrigações, retirando a oportunidade de a mãe decidir entre continuar a gravidez ou recorrer à IVG.

Quanto às *wrongful life actions*, para preenchermos o pressuposto da ilicitude contratual teremos de verificar se o contrato também abrange o feto ou se visa unicamente proteger a mãe.

Primeiramente, quando estudámos o Acórdão do STJ de 19 de junho de 2001, em que estava *sub judice* uma ação por *wrongful life*, estabelecemos que uma das razões pela qual a ação não procedeu foi o desacordo entre o pedido e a causa de pedir. O tribunal justificou-se argumentando que o filho invocava danos por si sofridos, no entanto fundamentava a sua pretensão numa omissão que ocorreu na esfera jurídica dos pais. Segundo este acórdão, os juízes concluíram que o nascituro não fazia parte do

⁴⁷ Pedro, 2008, pp. 70 e ss.

⁴⁸ Rodrigues, 2007, p. 54.

⁴⁹ Ou seja, o verdadeiro significado de *leges artis* encontra-se em constante mutação, como nos lembra Paula Natércia Rocha quando nos diz que “(...) a definição do conteúdo das *legis artis* que integram os deveres profissionais é uma exigência cada vez mais difícil em virtude do progresso da medicina e da tecnologia aplicada às técnicas médicas, mas, cada vez mais, é auxiliada pelas regras que têm vindo a ser fixadas pelos profissionais da medicina, de declarações de princípios emanadas de organizações internacionais e nacionais de médicos, das denominadas *guidelines* resultantes de protocolos de atuação e de reuniões de consenso e dos pareceres das comissões de ética”, *vd* Rocha, 2018, p. 13.

⁵⁰ Como exemplos, Vera Lúcia Raposo elucida-nos dizendo que o incumprimento contratual poderá advir de uma “deficiente execução de um ato médico (imagine-se que a ecografia não segue os protocolos existentes), ou na circunstância de o médico não avaliar corretamente a situação e assim não prescrever a realização de um exame que se revelaria necessário”, *vd*. Raposo, 2012, p. 85.

contrato estabelecido entre a mãe e o médico, devendo a ação ter sido proposta pelos pais⁵¹.

O que tem vindo a ser discutido na doutrina é se não será possível a integração do nascituro na relação contratual ao recorrermos à figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros^{52/53}. Este instituto jurídico insere-se na designada terceira via da responsabilidade civil, não se baseando no seu âmbito delitual ou contratual. O que se pretende com a utilização da figura jurídica “é reconhecer que, para além dos deveres principais, secundários e acessórios do devedor para com o credor, aquele tem ainda, em função do círculo de proteção do contrato, deveres especiais de proteção e cuidado com terceiros”⁵⁴.

Dito isto, os terceiros que a figura procura proteger não podem ser alheios à relação contratual, pondo em risco os limites da contratação subjetiva. Sobre a questão do raio de aplicação desta figura, Sinde Monteiro afirma que “não parece existir qualquer objeção séria à eficácia em relação a terceiros, quando é desde o início claro que o conselho ou informação se destinam em primeira linha a influenciar a decisão de pessoa diferente do parceiro contratual”⁵⁵. Numa visão menos otimista, Carneiro da Frada entende que só poderá haver recurso à eficácia em relação a terceiros quando estes estejam intimamente ligados à prestação principal objeto do contrato, em especial a ligação com o credor da obrigação com o conhecimento do devedor, e ainda que esses terceiros tenham os seus interesses alinhados com os do credor⁵⁶. Nesta senda, recusa que o nascituro seja terceiro no contrato de prestação de serviço entre a mãe e o médico, pois como não temos método para prever a sua vontade, não podemos assumir que o mesmo irá querer não nascer⁵⁷.

Já Paulo Mota Pinto, em plena concordância com a aplicação do contrato com eficácia de proteção de terceiros, informa-nos que “os requisitos deste contrato consistentes na relação de sustento do credor (os pais) com a criança e na sua proximidade reconhecível ao credor, bem como a sua necessidade de proteção, estão

⁵¹ Também no Acórdão do STJ de 17 de janeiro de 2013 foi descartada a possibilidade de utilização da figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros.

⁵² Sinde Monteiro aponta como motivo de aplicação deste instituto jurídico a justiça material e a segurança do comércio jurídico, *vd.* Monteiro, 1997, p. 48.

⁵³ Para João Pires de Rosa, Juiz Conselheiro com voto de vencido no Acórdão do STJ de 17 de janeiro de 2013, não existe sequer necessidade de recurso ao instituto do contrato com eficácia de proteção de terceiros. Nas suas palavras, “Não pode assim, nem é preciso, se bem entendo, falar-se de um contrato em benefício de terceiro porque o contrato é ainda em benefício do próprio contraente e a contraparte – o médico ou a clínica – sabe bem quem é a contraente/mãe – sabe bem que é por estar grávida ou se pensar grávida que a mulher contratualiza consigo os exames destinados a permitir-lhe o exercício livre e consciente do seu direito ao planeamento familiar ou a uma maternidade consciente”, Rosa, 2013, p. 51.

⁵⁴ *Vd.* Rocha, 2018, p. 10.

⁵⁵ Monteiro, 1989, p. 523.

⁵⁶ Frada, 1997, pp. 91-92.

⁵⁷ Frada, 2008.

evidentemente verificados”⁵⁸. Menezes Leitão apresenta-se similarmente como um verdadeiro apoiante da utilização do contrato em benefício de terceiros, lembrando-nos que “a essência da Responsabilidade Civil é que qualquer pessoa tem no mínimo um dever de cuidado em relação a outrem e se esse dever é violado há dever de indemnizar. Ora, havendo essa indemnização não há razão para não atribuímos ao principal lesado – a criança! (...) ela é a principal atingida pela negligência médica e então a responsabilidade do médico para com a mãe deve estender-se a ela”⁵⁹.

Ainda sobre a aplicação desta figura jurídica, no acórdão do STJ de 13 de janeiro de 2013, a Ex.^{ma} Conselheira Ana Paula Boularot situou a criança fora do abrigo do contrato entre o médico e a mãe, não aceitando sequer que o mesmo fosse abrangido pela figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros por considerar que à data não tinha personalidade jurídica e, portanto, inexistia enquanto “ser humano”. Para nós, este juízo afigura-se como incompreensível pois, independentemente do facto de o nascituro não ter personalidade jurídica, o médico sabe que durante o DPN as suas ações irão influenciar tanto o estado de saúde da progenitora como o do feto.

Assim, sendo certo que concordamos com Carneiro da Frada, sob pena de violação do princípio da relatividade dos contratos (art. 406, n.º 2 CC), quanto ao limite de aplicabilidade do instituto jurídico na generalidade dos casos, discordamos em parte da sua tese relativamente à vontade do nascituro. Por um lado, parece-nos adequado considerar que a criança não terá uma vontade, nem presumida, de não existir. Porém, também se nos aparenta como legítimo considerar que a criança pretenderá que a mãe tenha acesso a toda a informação necessária durante a gestação e que o médico e outros intervenientes no contrato cumpram as suas funções segundo o mais alto rigor das artes medicinais. Se percecionarmos a questão pelo prisma da violação do direito de informação e de que as boas práticas médicas devem produzir bons resultados tanto para a mãe como para o feto, a utilização da figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros parece-nos preencher o requisito da ilicitude contratual⁶⁰ nas *wrongful life actions*.

⁵⁸ Pinto, 2007, p. 568 e, também neste sentido, Rocha, 2018, p. 13 e Vicente, 2009, pp. 129/132.

⁵⁹ Leitão, 2012, p. 11.

⁶⁰ Pergunta-se na doutrina se devemos aplicar à figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros as regras da responsabilidade contratual ou as da responsabilidade extracontratual. Na opinião de Menezes Leitão, o regime a utilizar quanto às figuras que preenchem a terceira via da responsabilidade civil, deverá ser híbrido, no sentido em que o lesado poderá valer-se das regras de ambas as modalidades que considere mais apropriadas ao caso em concreto, *vd.* Leitão, 2016, p. 353. Com uma visão distinta, Carlos Mota Pinto entende que só se deverá utilizar as regras de responsabilidade contratual por se tratar de uma extensão contratual para terceiros, *vd.* Pinto, 2003, p. 419.

Esclarecida a parte da ilicitude contratual, o estudo segue em busca de identificar, caso não seja possível o recurso a essa via, as normas legais⁶¹ que foram violadas durante o DPN, de modo a preenchermos o requisito da ilicitude extracontratual.

Primeiramente, quando estão em causa ações que visam ressarcir os pais pelo “nascimento indevido” de uma criança com malformações congénitas, é reconhecido doutrinariamente⁶² que a ilicitude extracontratual se consubstancia na violação de direitos subjetivos, como o direito à autodeterminação pessoal, constitucionalmente consagrado no art. 26.º CRP, e o direito à liberdade reprodutiva, aspeto integrante, se não no direito à liberdade, no direito geral de personalidade, art. 70.º CC.

A ilicitude extracontratual da conduta médica também poderá advir da violação de um dever profissional, nomeadamente da violação das *leges artis* adjacentes à profissão, por negligenciar o direito à informação e ao consentimento informado, consagrados no Código Deontológico da Ordem dos Médicos nos seus arts. 19.º e 20.º. Por conseguinte, podemos concluir que nas *wrongful birth actions* o direito de autodeterminação pessoal da mãe foi violado, por comprometimento da informação necessária à tomada de uma decisão esclarecida, justificando, assim, o direito à indemnização por esta via⁶³.

Para encontrarmos consenso quanto à ilicitude extracontratual nas ações por *wrongful life*, cabe-nos procurar pelos direitos subjetivos que a criança alega terem sido violados aquando da sua ocupação uterina. Desta forma, teremos de encontrar um direito que seja exclusivo do nascituro e não um direito dos pais, sob o risco de não haver conformidade entre o pedido e a causa de pedir como no acórdão do STJ de 19 de junho de 2001. Vera Lúcia Raposo⁶⁴ destaca a possível violação de dois direitos como hipóteses a preencher a ilicitude extracontratual: o direito a nascer saudável e o direito a não nascer.

Ora, quanto ao direito a nascer saudável, só poderemos dar valor à sua violação em casos onde as malformações advêm diretamente da atuação do médico, não sendo possível integrar este direito nas *wrongful life actions*⁶⁵. O que é discutido nestas ações é se o médico deveria ter proposto outros exames de modo a determinar se as malformações existem, ou, no caso de os exames terem sido efetuados, se houve uma interpretação claudicada dos mesmos.

⁶¹ Para haver preenchimento da ilicitude extracontratual há que ter em conta que o dano terá de resultar da violação de uma norma legal, demonstrando a sua existência e não apenas a sua lesão e que o interesse violado faça parte dos fins da norma violada, ou seja, que o interesse seja tutelado diretamente pela norma, afastando-se assim os interesses que são unicamente protegidos colateralmente. vd. González, 2013, pp. 113-114.

⁶² Rocha, 2018, p. 13 e Pinto, 2007, p. 16.

⁶³ De acordo com o nosso pensamento, vd. Vicente, 2009, p. 122.

⁶⁴ Raposo, 2010, p. 73.

⁶⁵ *Ibidem*.

Considerando, desta vez, o direito a não nascer ou o direito à não existência, a nossa jurisprudência tem entendido que tal não poderá ser invocado como fundamento das pretensões de *wrongful life*.

Assim, cabe-nos recordar que no acórdão do STJ de 19 de junho de 2001, António Pinto Monteiro, quanto ao direito subjetivo que foi violado, entendeu que “tem que se concluir que aquilo que está em causa é o direito à não existência”, acrescentando que esse direito “não encontra consagração na nossa lei”⁶⁶. Por sua vez, Carneiro da Frada também assume dificuldades na formulação de uma hipótese quanto ao direito subjetivo violado quando diz que “a responsabilidade civil é normalmente invocada como forma de proteção da vida e da sua qualidade contra lesões físicas. Poderá também ser chamada a intervir para tutelar um (suposto) interesse na morte?”⁶⁷. Com efeito, o direito à não existência não parece preencher o pressuposto da ilicitude extracontratual por dois motivos: em primeiro lugar, a criança em momento algum peticiona o fim da sua vida ou reclama um direito a não nascer e, em segundo lugar, temos o paradoxo inerente a este direito, pois para o mesmo ser reclamado será necessário que a criança já exista⁶⁸.

Findando, será complicado encontrar na esfera jurídica do nascituro um direito subjetivo que terá sido efetivamente violado, seja pelo não reconhecimento da personalidade jurídica do feto, seja pela enorme dificuldade em ter acesso aos demonstrativos da vontade do mesmo. No entanto, aquando do estudo da ilicitude extracontratual referente às *wrongful birth actions*, reconhecemos a violação das *leges artis*, mais precisamente o desrespeito pelo direito de informação e do consentimento informado como normas capazes de preencher o pressuposto da ilicitude extracontratual. A nossa opinião não difere nos casos de *wrongful life* no sentido em que cremos que tais normas não servem apenas a mãe como também o nascituro⁶⁹, devendo ser consideradas como aptas à legitimação das pretensões da criança no momento da propositura da ação, tanto como pessoa própria como quando é representada pelos pais⁷⁰.

4.3 Culpa (imputação subjetiva)

O nexó de imputação subjetiva serve como conexão entre o facto praticado e o agente. Para que tal seja alcançado, é essencial “que o autor da conduta tenha procedido

⁶⁶ Esta é a mesma dedução que existe desde os primórdios das *wrongful life actions*, como se pôde verificar durante o estudo da jurisprudência e direito comparado no capítulo anterior.

⁶⁷ Frada, 2008.

⁶⁸ Porém, João Pires de Rosa entende que existe um direito à não existência desde que admitimos a impunibilidade da IVG no nosso ordenamento jurídico, aceitando que o prosseguimento da gravidez dependa da vontade da mãe, respeitando os pressupostos do art. 142, n.º 1, al. c) CP, *vd.* Rosa, 2013, p. 50.

⁶⁹ Partilhando o nosso pensamento, *vd.* Rocha, 2018, p. 13 e Pinto, 2007, p. 16.

⁷⁰ Diferindo assim da posição de Carneiro da Frada quando afirma que “mesmo que fosse de afirmar um direito da criança à não existência, esse direito não poderia ser exercido pelos pais em sua representação. Apenas a criança poderia eventualmente fazê-lo, após atingir a maioridade”, *vd.* Frada, 2008.

de forma objetivamente inadmissível. É ainda indispensável que a atitude revelada pela conduta lesiva seja reprovável. E isso supõe e exige a formulação de um juízo de apreciação pelo qual se possa sustentar que tal pessoa ‘podia e devia ter agido de outro modo’⁷¹.

De modo a conseguirmos atribuir a culpa ao agente, teremos em primeiro lugar de medir o seu nível de imputabilidade. Segundo o art. 488.º, n.º 1, não responderá por facto danoso quem “no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer (...)”. Ora, de acordo com Antunes Varela⁷², “diz-se imputável a pessoa com capacidade natural para prever os efeitos e medir o valor dos atos que pratica e para se determinar a harmonia com o juízo que faça acerca deles. Exige-se assim, para que haja imputabilidade, a posse de certo discernimento (capacidade intelectual e emocional) e de certa liberdade de determinação (capacidade volitiva)”.

O que retiramos destas palavras é que não bastará que ao agente lhe seja imputável o facto ilícito, sendo também essencial que este o tenha praticado com culpa, ou seja, terá indispensavelmente de haver uma ligação entre a vontade do agente e a prática do ato. Torna-se, portanto, impreterível em sede de responsabilidade civil a verificação do elemento culposo, como a própria lei nos lembra no art. 483, n.º 2, quando diz que só existirá “obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados pela lei”.

Depois de verificada a imputabilidade do agente, terá de se fazer a aferição da culpa, segundo o art. 487, n.º 2. De acordo com a lei mencionada, o critério a utilizar será o do *bonus pater familias*, o homem médio⁷³. Já no que concerne a responsabilidade médica, o juízo a utilizar será o de um bom profissional médico, medianamente competente, prudente e zeloso, nas circunstâncias de cada evento⁷⁴⁻⁷⁵.

No que toca à censurabilidade da conduta lesiva, existem casos de dolo e de negligência ou de mera culpa. Embora ambos se apresentem como condutas censuráveis, o dolo é-o mais no domínio abstrato; no entanto, no que à responsabilidade civil importa, é indiferente esta graduação, uma vez que a indemnização será a mesma⁷⁶, excetuando o

⁷¹ González, 2013, p. 161.

⁷² Varela, 2000a, pp. 563-569.

⁷³ Afastando-se do conceito de homem médio, temos a Lei 67/2007, 31 de dezembro, responsável pelo regime da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas, que no seu art. 10.º nos diz que “A culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor”.

⁷⁴ Rocha, 2018, p. 14.

⁷⁵ Relativamente ao critério de aferição de culpa dos médicos, o acórdão do STA de 9 de outubro de 2014, processo n.º 0279/14, relatado por Costa Reis, entendeu que “age com culpa, violando o dever objetivo de cuidado, o médico cujo procedimento clínico fica aquém do standard técnico/científico da atuação exigível ao profissional médio, nas circunstâncias em concreto”.

⁷⁶ González, 2013, p. 173.

que nos diz o art. 494.º CC. Especificamente nas *wrongful birth/life actions*, a censurabilidade da conduta cairá, na esmagadora maioria dos casos, no plano da mera culpa ou negligência, isto porque, na crítica dos diversos casos que passaram por este estudo, a atuação danosa provém da não recomendação de exames ou tratamentos, ou então da falha em interpretar tais exames, violando, assim, o direito à informação e ao consentimento informado.

Cumpre-nos também discutir sobre a presunção de culpa, que variará consoante falemos de responsabilidade civil contratual ou de responsabilidade civil extracontratual. Na responsabilidade contratual caberá ao devedor da obrigação provar que o incumprimento do contrato ou o seu cumprimento defeituoso advém de fator que não envolve a sua culpa, art. 799.º, n.º 1 CC. Relativamente à responsabilidade extracontratual, terá de ser o lesado a demonstrar que o autor da lesão tem, efetivamente, culpa (art. 487.º, n.º 1 CC). Assim, esta espécie de responsabilidade rege-se pelo princípio de que “àquele que invocar um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado” (art. 342.º, n.º 1 CC).

Para além de todos estes aspetos, é igualmente crucial perceber se a cura ou, neste caso, a transmissão da informação sem erros, estão abrangidas pelo programa contratual entre a mãe e o médico. Relativamente a esta questão, a jurisprudência tem-se apoiado na dicotomia obrigação de meios *versus* obrigação de resultado. Tais definições servem para expor o que o credor poderá esperar aquando da subscrição do contrato de prestação de serviços e, como tal, irá ter repercussões num eventual pedido de responsabilidade civil. Quanto à obrigação de meios, Antunes Varela⁷⁷ define-a como “aquela em que o devedor, ao contrair a obrigação, se compromete a garantir a produção de certo resultado em benefício do credor ou de terceiro”, acrescentando relativamente à obrigação de resultado que “o cumprimento envolve já a produção do efeito a que tende a prestação ou de seu sucedâneo, havendo, assim, perfeita coincidência entre a realização da prestação devida e a plena satisfação do interesse do credor”.

Portanto, opostamente à obrigação de resultado, o que será expetável do devedor no caso de uma obrigação de meios é a prossecução de determinada atividade segundo os padrões normalizados da arte, empregando todos os seus esforços para atingir o fim desejado, sem, no entanto, garantir a produção efetiva de um resultado.

⁷⁷ Varela, 2000b, pp. 10 e ss.

Concretamente, no que toca às obrigações a que o médico está adstrito, a jurisprudência⁷⁸ e a doutrina⁷⁹ tendem, na generalidade dos casos, a considerá-las como obrigações de meios. Esta conceção advém do argumento de que ao médico só lhe poderá ser imposto o tratamento do doente e não a concretização da cura⁸⁰. Todavia, quando está em causa a realização de um exame (análise ou radiografia), a jurisprudência⁸¹ e a doutrina⁸² tendem a julgar a atuação do médico como uma obrigação de resultado.

Independentemente deste entendimento geral, no que ao estudo das *wrongful birth/life actions* concerne, partilhamos a opinião de que o resultado não se encontra abrangido pela obrigação do médico. Ainda que se considere que após a incrível evolução tecnológica e científica da medicina a margem de erro referente à análise de exames laboratoriais seja residual⁸³, a mesma ainda existe. Assim, não se poderá exigir um resultado pois o erro invocado (não deteção de malformações no feto) pode estar conectado com outros fatores que não a violação da *leges artis*⁸⁴, ou seja, alheias à performance do médico.

Esta definição tem importância na medida em que quando falamos de uma obrigação de meios o credor tem de “demonstrar a falta das adequadas medidas e o nexo causal entre a falta e o dano”⁸⁵, ao passo que nas obrigações de resultado existe “uma

⁷⁸ A título de exemplo, atentemos ao acórdão do STJ de 23 de março de 2017, processo n.º 296/07.7TBMCN.P1.S1, relatado por Tomé Gomes, quando nos diz que “de um modo geral, tem-se entendido que o resultado correspondente ao fim visado pelo contrato de prestação de serviços de ato médico não se reconduz a uma obrigação de resultado, no sentido de garantir a cura do paciente, mas a uma obrigação de meios dirigida ao tratamento adequado da patologia em causa mediante a observância diligente e cuidadosa das regras da ciência e da arte médica (*leges artis*)”. E ainda no acórdão do STJ de 22 de março de 2018, processo n.º 7053/12.7TBVNG.P1.S1, relatado por Maria da Graça Trigo: “No âmbito do contrato de prestação de serviços médicos, em geral, não recai sobre o médico o dever de promover a cura do doente com quem contrata ou a obrigação de lhe restituir a saúde, mas somente a obrigação de empreender todos os meios ajustados a conseguir tal resultado, considerando que a obrigação do médico é uma obrigação de meios, e não de resultado”.

⁷⁹ Segundo João Álvaro Dias, “a cura (sempre que se verifique) é decerto concebível como resultado, mas, uma vez que não depende necessária e exclusivamente da atuação do médico, não pode ser erigida em objeto de contrato”, *vd.* Dias, 1996, p. 251.

⁸⁰ No entanto, se o médico garantir a cura já se poderá falar em obrigação de resultado.

⁸¹ No acórdão do STJ de 4 de março de 2008, processo n.º 08A183, relatado por Fonseca Ramos – “Face ao avançado grau de especialização técnica dos exames laboratoriais, estando em causa a realização de um exame, de uma análise, a obrigação assumida pelo analista é uma obrigação de resultado, isto porque a margem de erro é mínima”, e neste sentido também o acórdão do STJ de 12 de março de 2015, processo n.º 1212/08.4TBBC.LG2.S1, relatado por Hélder Roque, “Uma das exceções, na área da Ciência Médica, em que se verifica a obrigação de resultado, situa-se no campo da realização dos exames laboratoriais”.

⁸² Destacamos João Álvaro Dias quando diz que “há certos casos que, atenta a sofisticação e alta fiabilidade das técnicas utilizadas, parecem fazer recair sobre o médico verdadeiras obrigações de resultado”, *vd.* Dias, 1996, p. 251. Quanto a esta problemática, André Dias Pereira, no que concerne o cit. acórdão de 4 de março de 2008, considera que “algumas técnicas no âmbito da bioquímica, da radiologia e mesmo das análises clínicas podem ser de grande complexidade e de resultado imprevisível em função de certas características do doente”, mas também assume que “casuisticamente podemos decidir que uma determinada intervenção médica deve ser sujeita ao regime das obrigações em resultado”, *vd.* Pereira, 2015, p.724.

⁸³ Neste sentido, João Pires de Rosa refere que “a obrigação do médico especialista (...) não é já apenas uma obrigação de meios, mas, verdadeiramente, uma obrigação de resultado, ainda que o resultado seja a afirmação de que o(s) concreto(s) exame(s) realizados(s) não permite(m) qualquer informação segura sobre a presença da doença ou da malformação”, *vd.* Rosa, 2013, pp. 51-52.

⁸⁴ Falamos de casos em que a não deteção das malformações no feto se deveu a circunstâncias alheias ao desempenho do médico. Por exemplo, não se detetou a malformação porque o feto se encontrava numa posição que não permitia que tal fosse observado.

⁸⁵ Castelo, 2019, p. 645.

presunção de *faute* do devedor”⁸⁶. No entanto, no que ao nosso estudo importa, ainda que consideremos estar perante uma obrigação de meios, depois do lesado provar que houve violação da *leges artis*, grande parte da jurisprudência⁸⁷ e da doutrina⁸⁸ tem entendido que a culpa se presume, nos termos do art. 799.º CC, recaindo sobre o médico o ónus da prova da falta de culpa, evidenciando que, naquelas circunstâncias, não podia nem devia ter atuado de outra forma. Existe ainda uma outra linha de pensamento⁸⁹ no sentido em que deverá ser o credor a provar que, para além de ter havido incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato, tal se ficou a dever a uma atuação reprovável do devedor.

Concluindo, ainda que a obrigação a que o médico está adstrito seja de meios, se a progenitora conseguir provar que houve violação das *leges artis*, a culpa deve-se presumir, nos termos do art. 799.º CC, permanecendo na esfera jurídica do médico o dever de fazer prova dos fatores que excluem a sua responsabilidade.

4.4 O dano

O dano apresenta-se como o elemento etiológico da responsabilidade civil, sem o qual não poderíamos falar dos deveres de ressarcir, indemnizar ou restituir. Por conseguinte, estes deveres só poderão surgir quando “o facto ilícito culposo tenha causado um prejuízo a alguém”⁹⁰.

Antes de mais, o dano não se patenteia por ser um pressuposto uno, desdobrando-se em diversas espécies. Primeiramente, cabe-nos produzir a distinção entre dano real e dano patrimonial: o primeiro espelha a lesão que foi efetivamente sofrida pelo lesado⁹¹, ao passo que o segundo representa o conjunto de repercussões que o dano real tem no seu património. Também poderemos fazer a distinção entre dano patrimonial e dano pessoal ou não patrimonial (em concordância com o art. 496.º CC). Ora, os danos patrimoniais serão aqueles que provocam uma diminuição de utilidade no bem jurídico violado, sendo possível a sua compensação em dinheiro ou equivalentes. Já os não patrimoniais, morais ou pessoais serão aqueles que envolvem uma lesão que não poderá ser compensada nem por dinheiro nem equivalentes⁹². Dentro do dano patrimonial existe ainda a distinção entre danos emergentes (“o prejuízo causado nos bens ou nos

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Como exemplar, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de dezembro de 2011, processo n.º 5485/09.7TVLSB.L1-2, relatado por Pedro Martins – “Provado o cumprimento defeituoso, cabe ao médico o ónus da prova de que o defeito não procede de culpa sua, por força da presunção do art. 799/1 do CC”.

⁸⁸ Pereira, 2015, p. 612.

⁸⁹ Um dos representantes desta linha de pensamento, *vd.* Sousa, 1996, p. 137.

⁹⁰ Varela, 2000a, p. 597.

⁹¹ Como exemplos podemos ter a destruição de um bem, o sofrimento causado por ferimento, a afetação da reputação e do bom nome, a utilização indevida de certa marca ou propriedade intelectual, entre outros.

⁹² “(...) todo el oro del mundo no basta para reemplazar el sufrimiento experimentado por el velocista que queda tetrapléjico como consecuencia de un accidente”, Pomar, 2000.

direitos já existentes na titularidade do lesado à data da lesão”⁹³) e os lucros cessantes (“os benefícios que o lesado deixou de obter por causa do facto ilícito, mas a que ainda não tinha direito à data da lesão”⁹⁴). Relativamente aos danos não patrimoniais, os mesmos também se podem fragmentar em dois tipos, nomeadamente o dano físico, que resultará de uma lesão à integridade física, e o dano psíquico, que se reproduzirá numa lesão sobre a integridade moral ou psicológica. Em último lugar, existe também dissemelhança entre dano direto e indireto, sendo o primeiro o efeito imediato da conduta lesante na esfera jurídica do lesado e o segundo uma consequência eventual ou remota da mesma conduta⁹⁵.

No contexto das *wrongful actions*, principalmente nas ações de “vida indevida”, sabemos que existe bastante controvérsia em redor do dano, levantando-se três grandes entraves ao preenchimento do pressuposto: o problema da “não identidade” ou da autocontradição “pragmática” ou “performativa”, que se prende com o facto de que o próprio sujeito que alega o dano não existiria se retirássemos da ordem de eventos a atuação do médico; o problema do *counterfactual test*, que consiste na impossibilidade de apuramento da diferença negativa em que consiste o dano, pois, independentemente da atuação do médico, a criança comportaria sempre as malformações congénitas; e ainda o obstáculo de considerarmos a própria vida como um dano⁹⁶⁻⁹⁷.

Portanto, relativamente ao paradoxo da “não identidade” ou autocontradição “pragmática” ou “performativa”, o cerne da questão encontra-se na suposta destruição dos pressupostos da responsabilidade civil, por se considerar que o interesse no não nascimento da criança põe retroativamente em causa a base da pretensão indemnizatória. É do nosso entendimento que tal argumento não se apresenta sustentável no nosso ordenamento jurídico.

Atentemos neste sentido ao Tribunal Constitucional, que se pronunciou sobre a questão no acórdão n.º 55/2016⁹⁸. Ora, neste acórdão, o tribunal entendeu não haver violação constitucional dos arts 483.º, 798.º e 799.º, em ações que os pais, em consequência de erro médico, procuram ser ressarcidos pela não informação, ou pela não deteção ou deteção intempestiva das deficiências que o feto acarreta. Considera o tribunal que o dano resulta da “privação do conhecimento dessas circunstâncias, quando

⁹³ Varela, 2000b, p. 599.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Para melhor entendimento do pressuposto, Varela, 2000a, pp. 597-628 e González, 2013, pp. 42-55. Existem também os danos puramente económicos. No entanto, por não serem trazidos à colação nos casos de *wrongful birth/life*, não foram abordados.

⁹⁶ Frada, 2008; Rocha, 2018, p. 15.

⁹⁷ Relativamente a este problema, no acórdão do STJ de 19 de junho de 2001 pode-se ler que “o direito à vida, integrado no direito geral de personalidade, exige que o próprio titular do direito o respeite, não lhe reconhecendo a ordem jurídica qualquer direito dirigido à eliminação da sua vida”.

⁹⁸ Acórdão n.º 55/2006 do Tribunal Constitucional, processo n.º 662/15, relatado por Teles Pereira, disponível em tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160055.html.

esse conhecimento ainda apresentava potencialidade para determinar ou modelar as mesmas opções”. Ora, o acórdão em mão, para além das ações de *wrongful birth*, demonstra igual relevo nas ações por *wrongful life* ao rejeitar o suposto paradoxo da “não identidade”⁹⁹, observando a questão pelo prisma do “apuramento da contrafactualidade relevante, e não na violação concreta da vida humana já existente”¹⁰⁰. Assim, nas ações de *wrongful life*, o fundamento em rejeitar a pretensão da criança por existir um suposto paradoxo em nada interessa ao caso em concreto, pois a existência da criança é um dado adquirido e, como tal, não se poderá pôr em causa a sua legitimidade em interpor a ação. Deste modo, consideramos que o autor das ações de “vida indevida” não tem interesse em autolimitar o direito à vida, simplesmente interpõe a ação por considerar que é sujeito de direito e, portanto, merecedor de tutela perante o mesmo¹⁰¹.

O segundo argumento para se rejeitar o preenchimento do pressuposto do dano baseia-se no *counterfactual test*, ou seja, na aplicação da teoria da diferença, art. 556.º, n.º 2 CC. Os defensores deste argumento enquanto impedimento à atribuição de indemnização nas *wrongful actions* entendem que, de acordo com a teoria da diferença, é impossível colocar o sujeito na situação que estaria caso o erro não ocorresse, pois implicaria “comparar a sua situação atual (de viver) com a situação hipotética de não viver”¹⁰².

No que concerne as *wrongful birth actions*, defendemos que, tendo em consideração que foi o erro médico que levou ao nascimento da criança, a medição deverá ser feita entre a diferença em ter uma criança saudável e uma criança com deficiência. Neste seguimento, será devido aos pais o ressarcimento pelos danos não patrimoniais, em compensação pelos encargos psíquicos que advêm da criação e educação de uma criança com deficiência, e ainda pelos danos patrimoniais que provêm das carências que a criança sofre, excluindo-se da indemnização as despesas ordinárias inerentes aos deveres parentais, consagrados no art. 1878.º, n.º 1 CC, por se entender que a gravidez foi desejada e, portanto, que esses encargos sempre foram expectáveis¹⁰³. Dentro dos danos patrimoniais, cabe-nos também propor a possibilidade de compensação por lucros cessantes, nomeadamente quando a deficiência da criança tenha um impacto exacerbado na vida profissional dos pais¹⁰⁴.

⁹⁹ No acórdão n.º 55/2006, do Tribunal Constitucional, “Trata-se, nesta visão das coisas, de sublinhar, enquanto verdadeira essência deste tipo de ações, a circunstância de se expressarem – de só expressarem – como dissemos, pretensões de compensação indemnizatória por má-prática médica. A circunstância de assentarem, de alguma forma, numa construção contendo algo de paradoxal, pouco ou nada muda a essência reparatória dos danos sofridos por pessoas determinadas em resultado do desvalor da conduta de outras pessoas”.

¹⁰⁰ Pinto, 2021, p. 550.

¹⁰¹ Rocha, 2018, p. 15.

¹⁰² Frada, 2008.

¹⁰³ Raposo, 2010, p. 88.

¹⁰⁴ Tendo a perfeita noção que qualquer criança tem impacto na vida profissional dos progenitores, falamos apenas das limitações que excedam as repercussões normais.

Quanto às ações de “vida indevida”, recusamos o argumento que compara a existência à não existência. A nosso ver, não será de adotar o fundamento de que a atuação do médico em nada influenciou as malformações congénitas e, portanto, só se poderá entender como ponto de comparação a não existência. Este entendimento parece-nos paradoxal na medida em que é indiscutível que o erro médico ocorreu, impossibilitando o acesso dos pais aos mecanismos de proteção contra o nascimento de crianças com deficiências graves. É também indiscutível que a criança existe, detém personalidade jurídica e merece tutela perante o erro cometido, apresentando-se como o sujeito que efetivamente apresenta limitações físicas e/ou psicológicas, tendo de suportar para o resto da vida – que já existe. Assim, rejeitamos a ideia de que não é possível encontrar um padrão contrafactual de comparação¹⁰⁵, propondo que a mesma seja feita entre a existência livre de limitações de saúde e a existência com limitações de saúde. Deste modo, pediríamos que nas pretensões de *wrongful life* fossem ressarcidos os danos não patrimoniais, atendendo ao sofrimento da criança, aferido em cada caso em concreto. E, ainda, a compensação patrimonial pelas despesas originadas pela deficiência¹⁰⁶, excluindo-se de igual modo as despesas que resultam do contexto de uma vida normal.

Por fim, quanto à qualificação da vida como um dano, a doutrina e a jurisprudência têm considerado que tal se apresenta como inadmissível, ainda que seja uma vida com deficiência, por contrariar o princípio da dignidade humana¹⁰⁷⁻¹⁰⁸. A respeito deste raciocínio, cabe-nos unicamente perguntar o que respeita mais a dignidade humana: rejeitar uma indemnização a uma criança que sofrerá para toda a vida devido a um erro médico, ou conceder-lhe a pretendida indemnização de modo a elevar o seu bem-estar¹⁰⁹?

No nosso entendimento, no mesmo trilha que Paulo Mota Pinto¹¹⁰, ao recusarmos a indemnização à criança, estamos a duplicar a ofensa, pois, para além de não terem evitado o seu nascimento (no caso de a IVG ser admitida juridicamente), o direito recusa-

¹⁰⁵ De acordo com o nosso pensamento, *vd.* Pinto, 2007, p. 17.

¹⁰⁶ João Pires de Rosa no voto de vencido do acórdão do STJ de 19 de janeiro de 2013 defendeu a atribuição da indemnização unicamente por danos não patrimoniais. Porém, será de realçar que tal decisão se baseia na “completa ausência de autonomia actual e futura” do autor e, portanto, a indemnização irá patrimonializar-se na esfera jurídica da mãe, devendo tal quantia ficar “constrangida em absoluto às necessidades” do filho.

¹⁰⁷ Neste sentido o acórdão do STJ de 19 de junho de 2001, relatado por Pinto Monteiro.

¹⁰⁸ Relativamente a este problema, Fernando Dias Simões lembra-nos que “há que reconhecer, desde logo, que o nosso ordenamento jurídico não atribui um valor absoluto e indiscutível à vida, uma vez que a sua proteção sofre algumas relativizações em alguns casos (por exemplo, na legítima defesa e no estado de necessidade). Estas relativizações também se manifestam ao nível da própria disponibilidade do direito por parte do seu titular, por exemplo, com a não punição do suicídio. O surgimento de algumas decisões sobre o direito a morrer com dignidade demonstra, por outro lado, que por vezes os princípios de ordem pública favorecem a não vida sobre a vida”, *vd.* Simões, 2010, pp. 187-203.

¹⁰⁹ Rosa, 2013, p. 53.

¹¹⁰ Pinto, 2007, p. 14.

lhes os meios que serão necessários a mitigar a diferença entre uma vida saudável e a vida com deficiência. Não queremos com isto dizer que não existe dignidade numa vida com deficiência¹¹¹, queremos tão só reafirmá-la, tornando-a mais tolerável.

Apesar de a vida ser o mais alto direito fundamental do nosso ordenamento jurídico, o que importa para a criança é a vida que ela tem em concreto, as deficiências que acarreta e o sofrimento que daí advém. Como João Pires de Rosa¹¹² nos ensina, “a vida que nos interessa, que interessa ao direito, é esta vida em concreto, esta vida que – sem qualidade – não pode todavia deixar de ser vivida, e não uma ideia abstrata de vida pela vida que esquece quem, podendo não ter nascido, tem todavia que suportar a vida – a sua vida. E como a vida pode ser uma sobrecarga!”. Para nós, o verdadeiro cerne da questão é este: a vida em concreto e não um respeito abstrato, seja por princípios morais ou religiosos, pela santidade da vida humana.

Deste modo, rejeitamos a ideia de que o dano se encontra na vida em si. Ao invés, consideramos que este está nas consequências do ato ilícito e culposo por parte do médico, que levou à materialização de uma vida sem condições a ser vivida na sua plenitude.

4.5 O nexos de causalidade (imputação objetiva)

O próximo pressuposto a ser preenchido é o nexos de causalidade ou imputação objetiva. Deste resulta a necessidade de estabelecermos um nexos causal entre a atuação do médico e a lesão da criança. Desta forma, chamamos a atenção para o que se encontra vertido no art. 563.º CC: “a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.

Prosseguindo, a teoria que mais tração tem na jurisprudência e na doutrina quanto à explicação do nexos de causalidade é a teoria da causalidade adequada. Inocêncio Galvão Teles¹¹³ define a teoria considerando que “determinada ação ou omissão será causa de certo prejuízo se, tomadas em conta todas as circunstâncias do agente conhecidas do agente e a mais que um homem normal poderia conhecer, essa ação ou omissão se mostrava, à face da experiência comum, como adequada à produção do referido prejuízo, havendo fortes possibilidades de o originar”.

Absorvendo esta explicação, parece-nos que a teoria da causalidade adequada se mostra apta a acolher as ações de “nascimento indevido”¹¹⁴. Julgamos como indiscutível

¹¹¹ É de realçar que a dignidade da vida com deficiência em nada se distingue da dignidade de uma vida saudável. No entanto, como nos lembra José Faria da Costa, existem casos em que “a qualidade de vida atinge níveis de humilhação e o sofrimento é para lá de razoável”, *vd.* Faria, 2003, p. 794.

¹¹² Rosa, 2013, p. 48.

¹¹³ Teles, 1997, p. 405.

¹¹⁴ “Imaginemos o caso do mesmo radiologista, num comportamento ilícito (violador da *leges artis*) e censurável (negligente), não detetar um cancro e assim não informar o paciente do correto diagnóstico. Em consequência desta omissão, o cancro – de que o paciente era portador (que não foi “causado” pelo médico)

a não interferência da atuação do médico com o surgimento das malformações congénitas na criança. Não obstante, tal não pode ser dito relativamente ao prejuízo causado na esfera jurídica dos pais. É sabido que os pais, nas ações de *wrongful birth*, tendem a culpar o médico por não lhes ter sido possível recorrer à IVG. Logo, parece-nos existir umnexo causal adequado entre a violação do direito à informação e ao consentimento informado e o prejuízo patrimonial e não patrimonial evidenciado na esfera jurídica dos pais, preenchendo-se assim todos os pressupostos necessários à atribuição de uma indemnização.

Relativamente às *wrongful life actions*, a teoria da causalidade adequada não parece ter relevância jurídica. Como mencionámos supra, as lesões que o feto desenvolve não resultam da conduta do médico, nem tão pouco identificamos um direito subjetivo do nascituro que tenha sido violado. Deste modo, cabe-nos perceber se só será possível o preenchimento do nexocausal entre a atuação do médico e a lesão quando tal se evidencie diretamente. Guilherme de Oliveira¹¹⁵ afirma que será possível encontrar umnexo causal entre a atuação do médico e a lesão da criança através da causalidade mediata ou indireta. Assim, segundo os parâmetros da causalidade mediata, poderemos admitir uma relação de causalidade entre o facto e o dano mesmo quando intervenham outros fatores, sendo apenas essencial que tais fatores tenham origem no facto inicial.

Recorrendo, assim, à teoria da causalidade mediata, podemos concluir que o médico, apesar de não produzir o dano diretamente, através do erro cometido, não preveniu que a gravidez se materializasse num ser humano com deficiência¹¹⁶.

Outra hipótese que se poderá apresentar como apta a preencher o nexocausal é a teoria do escopo da norma violada. Menezes Leitão¹¹⁷ informa-nos relativamente a esta teoria que “é apenas necessário averiguar se os danos que resultam do facto correspondem à frustração das utilidades que a norma visava conferir ao sujeito através do direito subjetivo ou da norma de proteção. Assim, a questão da determinação do nexocausalidade acaba por se reconduzir a um problema de interpretação do conteúdo e fim específico da norma que serviu de base à imputação dos danos”. Assim, também poderemos encontrar umnexo causal nas ações de *wrongful life* recorrendo a esta teoria, no sentido em que as normas que foram violadas têm como fim de proteção os pacientes. Deste modo, entendemos que tal também abrange o feto por ser dever do médico obstetra prevenir o nascimento de crianças com deficiência grave.

– desenvolve-se e conduz à morte do paciente. Pode o Direito deixar de responsabilizar o comportamento ilícito e culposo e causador do dano morte... apesar de o médico não ter estado na origem do cancro? Todos concordamos que a omissão ilícita e negligente foi a causa adequada do dano morte, pelo que se impõe a responsabilidade do médico”, *vd. Pereira, 2015, p. 228.*

¹¹⁵ Oliveira, 2005, p. 230.

¹¹⁶ A favor da teoria da causalidade mediata nos casos de *wrongful life*, *vd. Rocha, 2018, pp. 18-19 e Raposo, 2010, pp. 85-87.*

¹¹⁷ Leitão, 2016, p. 313.

5. Conclusão

Como pudemos evidenciar, a responsabilidade civil médica em sede de *wrongful actions* tem sido um assunto gerador de extrema controvérsia nas últimas quatro décadas. Como nos foi possível constatar, o percurso que foi estabelecido nos Estados Unidos da América influenciou de modo inquestionável a percepção sobre os deveres a que os profissionais de saúde estão adstritos, alastrando-se aos países europeus.

O objetivo central deste estudo residiu na construção de um molde de preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil de modo a albergarem as *wrongful birth e wrongful life actions*, centrando os nossos maiores esforços nestas últimas.

Assim, concluímos desde logo que o facto voluntário do agente se consubstanciou no erro médico. Este erro advém da violação da *leges artis* a que o médico está adstrito, materializando-se na interpretação errónea de exames cujo fundamento seria a descoberta de malformações congénitas no feto, ou na falha de comunicação da informação necessária ao esclarecimento da mãe sobre o *status* da gestação.

Quanto à ilicitude contratual, concluímos que a relação médico-paciente se traduz num contrato de prestação de serviços cuja violação poderá desencadear uma ação de responsabilidade civil contratual. Assim, no âmbito das *wrongful birth actions*, a ilicitude contratual resulta da violação das obrigações a que o médico se vincula aquando da subscrição do contrato de prestação de serviços, incumprindo o dever de informação e violando o consentimento informado da mãe. No que concerne as *wrongful life actions*, identificámos que parte da doutrina e da jurisprudência não enquadra o feto na relação contratual entre o médico e a mãe. Como solução, recorreremos à figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros, onde reconhecemos que existem deveres laterais de conduta a que o médico se vincula em sede de DPN cuja inobservância será geradora de uma obrigação a indemnizar.

Relativamente à ilicitude extracontratual, referimos que a mesma emerge da violação de uma norma legal que visa proteger um princípio geral de direito. Nas *wrongful birth actions*, concluímos que o direito à autodeterminação pessoal e o direito à liberdade reprodutiva foram violados através do comprometimento da informação necessária à tomada de uma decisão esclarecida quanto ao prosseguimento da gravidez. Reconhecemos, ainda, as normas presentes no Código Deontológico da Ordem dos Médicos, cujo fim de proteção será a segurança e o esclarecimento dos pacientes, como normas legais que visam proteger um direito geral. Em sede de *wrongful life action*, equacionámos a possibilidade de recorrer aos direitos de nascer saudável e a não nascer, rejeitando tanto a existência de um como de outro. Concluímos, portanto, que a ilicitude extracontratual nas ações de “vida indevida” advém da violação das normas

referenciadas aquando do estudo das ações de “nascimento indevido” por considerarmos que as obrigações a que o médico se vincula albergam não só a mãe como o nascituro.

Em sede de culpa, reconhecemos que o erro médico nas *wrongful birth/life actions* provém de um ato negligente. Deste modo, concluímos também que as obrigações violadas são de meios, sendo que após o lesado provar a violação da *leges artis*, a culpa do médico deve presumir-se.

Quanto ao dano, e em âmbito de ações de *wrongful birth*, defendemos a atribuição de indemnização pelos danos patrimoniais em tudo que excede os gastos na educação de uma criança saudável e possíveis perdas (lucros cessantes) no que concerne as profissões dos pais, e, por outro lado, por danos morais, pelo sofrimento e angústia de criar um filho naquelas condições. Nas *wrongful life actions*, argumentámos que a teoria da diferença deveria ser equacionada entre uma vida com limitações de saúde e uma vida sem imitações de saúde, excluindo os gastos referentes ao prosseguimento de uma vida normal. Em relação à violação do princípio da dignidade humana por se considerar a vida como um dano, rejeitámos tal ideia por entendermos que a não atribuição de indemnização danificaria o princípio em maior escala.

Por fim, estabelecemos que onexo causal nas *wrongful birth actions* poderá ser estabelecido através da teoria da causalidade adequada, ao passo que nas *wrongful life actions* o pressuposto seria preenchido pela teoria da causalidade indireta ou através da teoria do escopo da norma violada.

Concluindo, na nossa opinião, com a redação dos arts. 142.º, n.ºs 1, al. c) e 2 do CP, reconhecemos enquanto ordenamento jurídico que existem certas carências físicas e mentais que não deveriam ser suportadas enquanto ser humano e, como tal, no caso de a negligência médica ser o fator que leva à materialização de um indivíduo em tais condições, o mesmo merece tutela perante esse erro. Desta forma, tendo em conta que o ato lesivo é o mesmo, parece-nos contraditório a jurisprudência dar procedência às ações de *wrongful birth* e não às de *wrongful life*.

6. Bibliografia

- CASTELO, H. (2019) De que falamos, quando falamos de contratos de serviços? – Ainda os conceitos de meios e de resultado. *Revista da Ordem dos Advogados*.
- DIAS, J. A. (1996). *Procriação assistida e responsabilidade médica*. Coimbra Editora.
- FARIA, J. C. (2003). O fim da vida e o direito penal. In *Liber discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*. Coimbra Editora.
- FRADA, C. (2008). A própria vida como um dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 1.
- FRADA, C. (1997). *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*. Almedina.
- FRATI, P. (2017). Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: A global view of bioethical and legal controversies. *Human Reproduction Update*, vol. 23, n.º 3.
- GONZÁLEZ, J. A. (2013). *Responsabilidade civil, quid juris*, 3.^a ed. Sociedade Editora.
- LEITÃO, M. (2016). *Direito das obrigações*, vol. 1, 13.^a ed. Almedina.
- LEITÃO, M. (2012). O dano da vida. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 2 – Especial.
- MARKENSINIS, B. & UNBEARATH, H. (2002). *The German law of torts: A comparative treatise*. Hart Publishing.
- MONTEIRO, J. S. (1989). *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coleção Teses. Almedina.
- MONTEIRO, J. S. (1997). Responsabilidade por informações a terceiros. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*.
- OLIVEIRA, G. (2005). *Temas de direito da medicina*. Coimbra Editora.
- PEDRO, R.T. (2008). A responsabilidade civil do médico: Reflexões sobre a noção de perda da chance e a tutela do doente lesado. Coimbra Editora.
- PEREIRA, A. D. (2015). *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*. Coimbra Editora.
- PINTO, C. M. (2003). *Cessão da posição contratual*. Almedina.
- PINTO, P. M. (2021). Ainda a indemnização por “nascimento indevido” (wrongful birth) e “vida indevida” (wrongful life). In *Responsabilidade civil em saúde: Diálogo com o Prof. Sínde Monteiro*, coordenado por André Dias Pereira, Filipe Miguel Albuquerque Matos, Javier Barceló Domenech e Nelson Rosenvald. Instituto Jurídico FDUC.
- PINTO, P. M. (2007). Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”). *Lex Medicinæ*, n.º 7.
- POMAR, F. G. (2000). *Daño moral*. InDret. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/006_es.pdf.
- RAPOSO, V. L. (2010). As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 21.
- RAPOSO, V. L. (2012). Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal. *Revista do Ministério Público*, n.º 132.
- ROCHA, P. N. (2018). Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas wrongful life actions ou de “vida indevida” e tentativas para a sua superação. *Revista JULGAR*, n.º 21.

- RODRIGUES, A. C. G. (2007). *Responsabilidade médica em direito penal: Estudo dos pressupostos sistemáticos*. Almedina.
- ROSA, J. P. (2013). “Não existência – um direito!”. Revista *JULGAR*, n.º 21.
- SIMÕES, F. D. (2010). As ações de wrongful life e dignidade da pessoa humana. *Revista de Estudos Politécnicos*, vol. VIII.
- SOUSA, G. (2012). Negligência e erro médico. *Boletim da Ordem dos Advogados*, vol. 6, n.º 1, pp. 127-142.
- SOUSA, M. T. (1996). Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade médica. In *Direito da saúde e bioética*. AAFDL.
- TELES, I. G. (1997) *Direito das obrigações*, 7.ª ed. Coimbra Editora.
- VARELA, J. A. (2000a). *Das obrigações em geral – volume I*, 10.ª ed. revista e atualizada. Almedina.
- VARELA, J. A. (2000b). *Das obrigações em geral – volume II*, reimp. 7.ª ed. Almedina.
- VICENTE, M. N. (2009) Algumas reflexões sobre as ações de wrongful life: A jurisprudência Perruche. *Lex Medicinæ*, n.º 6.

7. Jurisprudência nacional

- Acórdão do STA de 9 de outubro de 2014, processo n.º 0279/14.
- Acórdão do STJ de 12 de março de 2015, processo 1212/08.4TBBCL.G2.S1.
- Acórdão do STJ de 17 de janeiro de 2013, processo n.º 9434/06.6TBMETS.P1.S1.
- Acórdão do STJ de 19 de junho de 2001, processo 01A1008.
- Acórdão do STJ de 22 de março de 2018, processo n.º 7053/12.7TBVNG.P1.S1.
- Acórdão do STJ de 23 de março de 2017, processo n.º 296/07.7TBMCN.P1.S1.
- Acórdão do STJ de 4 de março de 2008, processo n.º 08A183.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19 de junho de 2012, processo 1212/08.4TBBCL.G1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de dezembro de 2011, processo n.º 5485/09.7TVLSB.L1-2.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de abril de 2014, processo 57/11.9TVLSB.L1-7.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de abril de 2015, processo 2101-11.0TVLB.L1-8.
- Acórdão n.º 55/2006 do Tribunal Constitucional, processo n.º 662/15, relatado por Teles Pereira, tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160055.html.

8. Jurisprudência estrangeira

- Becker v. Schwartz* (1978) 46 N. Y.2d, 401, <https://casetext.com/case/becker-v-schwartz>.
- Cour de Cassation v. Assemblée plénière*, de 17 de novembro de 2000, 99-12.701, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXTTo00007041543/>.
- Curlender v. Bio-Science Laboratories* (1980) 106 cal.app.3d 811, <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/106/811.html>.
- Gleitman v. Cosgrove* (1967), 227 A.2d 689, <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-o.html>.
- Macfarlane and Another v. Tayside Health Board (Scotland)*, <https://publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-1.htm>.
- Mckay v. Essex Area Health Authority* (1982) EWCA Civ Jo219-3, <https://vlex.co.uk/vid/mckay-v-essex-area-793227361>.
- Park v. Chessin* (1977) 60 A.D.2d 80 [400 N.Y.S.2d 110], <https://casetext.com/case/park-v-chessin-1>.
- Procanik v. Cillo* (1985) 206 N.J. Super. 270, 502 A.2d 94, <https://law.justia.com/cases/new-jersey/appellate-division-published/1985/206-n-j-super-270-o.html>.
- Roe v. Wade* (1973) 410 U.S. 113, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>.
- Turpin v. Sortini* (1982) 31 Cal. 3d 220, 182 Cal. Rptr. 337, 643 P.2d 954, <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/31/220.html>.
- Zepeda v. Zepeda* (1963) 41 Ill. App.2d 240, 190 N.E.2d 849, <https://casetext.com/case/zepeda-v-zepeda-1>.

A ESG e o direito societário
Avanços, recuos e objetivos do processo legislativo

Ana Raquel Mendes Salgado

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria de Fátima Ribeiro

Agradecimentos

Ao longo da vida apercebemo-nos que mais do que qualquer conquista aquilo que verdadeiramente importa no momento de ultrapassagem da meta é o caminho até aí percorrido, como tal importa agradecer a todos que me acompanharam até então e celebraram as minhas vitórias como se deles fossem.

Aos meus pais, por serem patrocinadores de todos os sonhos, por me apoiarem em todos os desafios e estarem sempre na fila da frente a aplaudir, o maior agradecimento é para eles.

À minha irmã, que me motiva a ser melhor.

À minha prima Isabel, por estar sempre pronta a ajudar-me, seja qual for a tarefa.

À Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro, pela orientação e por todos os conhecimentos transmitidos.

Às minhas companheiras da dissertação: à Joaquina, por todo o apoio, pelas palavras que me motivaram e por todas as vezes que me acolheu e à Margarida, por ter tornado os domingos de escrita mais leves.

Por fim, a todos que comigo se cruzaram nos últimos anos curriculares, fizeram com que este caminho fosse mais fácil de percorrer.

O meu obrigada.

Resumo

Encontra-se a correr na União Europeia um processo legislativo que visa estabelecer um dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade, fazendo-lhe corresponder um regime de responsabilidade civil harmonizado no espaço comunitário. Estando em causa um processo legislativo, foram claramente encontradas algumas dificuldades ao longo do presente trabalho, nomeadamente com a revisão do texto pelo Conselho da União Europeia, que veio alterar alguns dos pontos que já se pressupõem como adquiridos.

A presente dissertação analisará o processo legislativo no que concerne às políticas de *Environmental, Social and Governance*, explorando a proposta de Diretiva, e os eventuais efeitos que uma Diretiva Europeia acarretará para as diversas matérias do direito societário. Num breve capítulo refletir-se-á ainda sobre a forma como deverá ser abordada a transposição da (eventual) Diretiva.

Será de concluir que o processo legislativo é essencial à efetiva alteração da racionalidade empresarial, uma vez que, só desta forma, se poderá transitar para uma economia sustentável e neutra, minimizando as repercussões da atividade das empresas no mercado global.

Palavras-chave: deveres, Diretiva, *ESG*, remuneração, responsabilidade, sustentabilidade.

Abstract

Currently, in the European Union, a legislative process is running. The main goal is to establish a corporate sustainability due diligence, that sets out a harmonized regime of corporate liability in the community space.

Having to deal with an ongoing legislative process, during the current essay, some clear struggles emerged, such as the revision of the text by the Council of the European Union, which changed some of the points that were previously accepted.

The current essay will therefore be of great use to analyse the legislative process concerning the ESG politics by analysing the Directive proposal and the eventual effects that a European directive may have for different matters of corporate law.

To conclude one must state that the legislative process is essential to the effective change of the corporate rationality, since that is the only way we can transit for a sustainable and neutral economy, minimizing the corporate's activities' repercussions in the global market.

Keywords: duties, Directive, *ESG*, liability, remuneration, sustainability.

Lista de siglas e abreviaturas

Al.	Alínea
Art.	Artigo
BJR	<i>Business Judgement Rule</i>
CC	Código Civil
CEO	<i>Chief Executive Officer</i>
CFO	<i>Chief Financial Officer</i>
CSC	Código das Sociedades Comerciais
Disp.	Disponível
DL	Decreto-Lei
EM	Estado-Membro
<i>ESG</i>	<i>Environmental, Social and Governance</i>
EU	União Europeia
<i>Idem, ibidem</i>	Mesma obra, mesmo autor, mesma página
IDET	Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho
N.º	Número
Ob. cit.	Obra citada
ONU	Organização das Nações Unidas
Vd.	<i>Vide</i>

Índice

Introdução	7
1. Processo legislativo	10
1.1. Âmbito de aplicação	10
1.2. Deveres das empresas	11
1.3. Papel dos Estados-Membros	13
1.4. Não cumprimento das obrigações	13
2. As sociedades e o seu fim	14
2.1. O interesse social	14
3. Os deveres dos órgãos de administração	18
3.1. O Código das Sociedades Comerciais e os deveres dos órgãos de administração	19
3.2. A opção europeia	20
3.3. Um (eventual) novo dever dos órgãos de administração	21
4. Remuneração	25
4.1. Políticas de remuneração e a sua função. A remuneração variável	25
4.2. O papel que assume a remuneração na adoção de políticas ESG	26
5. A responsabilidade civil	29
5.1. Responsabilidade extracontratual e responsabilidade subjetiva	29
5.2. Responsabilidade na cadeia de atividades	31
5.3. Ónus da prova, obrigação de meios, e eventual impacto na concorrência	32
6. O futuro legislativo	35
6.1. Decreto-lei ou alteração do código das sociedades comerciais?	35
6.2. Comply or explain	36
Conclusão	37
Bibliografia	38

Introdução

Em março de 2021, o Parlamento Europeu, através de Resolução, recomendou a criação de um regime harmonizado de responsabilidade civil das empresas. Surgiu daí uma proposta de Diretiva que foi aprovada em fevereiro de 2022¹, ainda que com algumas alterações significativas, em comparação com os primeiros passos dados em 2020 com o início da iniciativa de *corporate due diligence*². A proposta de Diretiva aprovada refere-se ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e terá influência no modo de atuação e posicionamento no mercado das empresas, tanto europeias como externas à União Europeia, dependendo das suas dimensões.

Surge, no entanto, no final de 2022, a Orientação Geral do Conselho da União Europeia³, que contém o texto revisto da proposta de Diretiva em fevereiro aprovada, e que vem fazer algumas alterações relevantes. Estas alterações têm como propósito atingir a segurança jurídica necessária para o sucesso do processo legislativo que se encontra a ser percorrido.

Começamos, desde já, por realçar a importância desta iniciativa europeia, iniciativa esta que se espera que termine com a aprovação de uma Diretiva que deverá ser transposta por todos os Estados Membros. Este processo permitirá uma transição da União para a sustentabilidade, sendo que esta apenas será possível com a intervenção de todas as entidades, sejam públicas ou privadas, e só uma iniciativa europeia poderá prosseguir e garantir esta transição para a sustentabilidade ambiental e social.

Com os objetivos de sustentabilidade estipulados, bem se percebe o porquê de as empresas terem um papel crucial na prossecução dos mesmos. Principalmente, a nível ambiental, mas também a nível social, são as empresas que têm o maior impacto nestes setores, comparadas com pessoas singulares, devido à sua atuação nos mercados, às políticas por si adotadas, às suas formas de governação, bem como pela legislação que se veem incumbidas de cumprir.

Sabemos que na maioria das vezes as empresas podem escolher o ordenamento jurídico em que se constituem e têm a sua sede de forma a aproveitarem a legislação que mais lhes convém, é o chamado *forum shopping*⁴. Uma eventual Diretiva que seja aprovada assumirá um papel importante para a harmonização das legislações, quanto aos objetivos de sustentabilidade delimitados. Para além do mais, tendo em conta os interesses em causa, a ação individual dos Estados nunca conseguiria, de forma

¹ Disp. em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0071&from=PT>.

² Disp. em https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance_en.

³ Disp. em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/pt/pdf>.

⁴ “Forum shopping is a dirty word; but it is only a pejorative way of saying that, if you offer a plaintiff a choice of jurisdictions, he will naturally choose the one which he thinks his case can be most favourably presented: this should be a matter neither for surprise nor for indignation”. *Vd. Lowenfeld, 1997, pp. 314-324.*

aproveitável, salvaguardar os objetivos determinados, tendo em conta a ordem mundial dos problemas ambientais e sociais que se pretendem acautelar.

Pretende-se assegurar que as empresas ativas no mercado interno, não se circunscrevendo apenas às empresas dos Estados-Membros, mas sim a todas que desenvolvam atividades num volume que possa impactar no seio da União Europeia, contribuam para o desenvolvimento sustentável e “transição das economias e sociedades para a sustentabilidade, através da identificação, prevenção, atenuação, cessação e minimização dos efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos e no ambiente associados às próprias operações, às operações das suas filiais e dos seus parceiros empresariais nas cadeias de atividades das empresas”⁵.

Os critérios de sustentabilidade *ESG* são cada vez mais tidos em conta por investidores e consumidores e, como tal, é do interesse das empresas terem as suas práticas alinhadas para o desenvolvimento de produtos e serviços mais sustentáveis, conciliando assim a sua prática com investidores, consumidores e com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável definidos pela Organização das Nações Unidas na Agenda 2030⁶.

O objetivo é que as políticas das empresas se coadunem mais com os direitos humanos, sociais e com a proteção do ambiente. Estes são, nos dias de hoje, e na sociedade desenvolvida e informada em que vivemos, pontos fulcrais que devem ser tidos em conta para o sucesso das empresas. Para isto é necessário o reforço dos sistemas de governação e gestão das empresas tendo em conta, por um lado, o interesse de todas as partes interessadas, surgindo assim a figura dos *stakeholders*, por outro, obstar à inércia das empresas quanto ao impacto que as suas atividades têm nas sociedades. A otimização destes pontos passará, de forma inevitável, pela reformulação dos deveres das empresas, dos seus administradores e da remuneração dos mesmos ⁷.

Este dever de diligência das empresas, com a harmonização pretendida por todo o processo legislativo, deverá promover condições de concorrência equitativas e a segurança jurídica de atuação das empresas no mercado comum.

Será, no entanto, um erro considerarmos que as sociedades passarão a existir como entidades filantrópicas na sociedade, haverá este esforço adicional de trazer benefício

⁵ Cfr. Considerando n.º 14 da Proposta de Diretiva, na versão adoptada pelo Conselho, a 1 de dezembro de 2022. Na proposta de Diretiva aprovada em março de 2022 falava-se em relações empresariais estabelecidas, sendo o conceito definido na alínea f) do artigo 3.º. No desenrolar de todo o processo, foram sendo levantadas preocupações quanto ao sentido que poderia assumir este conceito, o que levou a que o mesmo fosse excluído no texto revisto apresentado na Orientação Geral do Conselho da EU, *vd.* proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da EU, p. 6.

⁶ A consultar em: <https://globalcompact.pt/index.php/pt/agenda-2030>.

⁷ Cfr. proposta de Diretiva apresentada em março de 2022, p. 23. Pese embora, a proposta apresentada pelo Conselho da UE tenha suprido o artigo n.º 3 do artigo 15.º, o 25.º e 26.º da proposta apresentada em março, artigos estes que abordavam pontos cruciais como o dever dos administradores e a sua remuneração, cremos que continuam estes a ser pontos essenciais para a alteração da forma de atuação das empresas.

económico para as mesmas⁸, não podendo esta obrigação de alteração do *business as usual* ser visto como um encargo que não se repercutirá nos resultados económicos positivos das empresas.

No fundo, os motivos adjacentes para as empresas serão sempre egoísticos. Reforçando os objetivos a longo prazo, considerando interesses que não o dos seus *shareholders*, tendo em consideração políticas ambientais e sociais, otimizando as cadeias de atividades, tudo isto impactará positivamente nas empresas, gerando o objetivo sempre prosseguido por estas: o lucro.

1. Processo legislativo

Começamos com uma análise à proposta de Diretiva de março de 2022, tendo em conta a Orientação do Conselho da União Europeia, o que posteriormente nos permitirá densificar os pontos que causam mais incertezas e os que potencialmente poderão impactar mais no direito societário e na governação das sociedades.

Estabelecem-se aqui obrigações para as empresas quanto aos efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos e no ambiente, no que diz respeito às suas próprias operações, das suas filiais e às operações efetuadas pelos seus parceiros empresariais nas cadeias de atividades das empresas.

1.1. Âmbito de aplicação

Com a Orientação Geral do Conselho da UE, embora o enquadramento geral das empresas a quem se aplicará o dever de diligência se tenha mantido, foi aditada uma cláusula de introdução progressiva, acompanhada de um período de *vacatio legis* gradual, a fim de se assegurar a proporcionalidade das normas. Para indagar o âmbito de aplicação pessoal da proposta de Diretiva temos então de analisar não apenas o artigo 2.º, mas também mobilizar o artigo 30.º, relativo à transposição.

Da leitura destas, conseguimos extrair que as obrigações estabelecidas na Diretiva aplicar-se-ão em fases distintas tendo em conta a nacionalidade das empresas e o seu volume de negócios⁹:

- (i) Três anos após a entrada em vigor da Diretiva aplicar-se-á a empresas constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro que tenham mais de 1000 trabalhadores e mais de 300 milhões de euros de volume

⁸ Matos, 2022, p. 290.

⁹ A forma de cálculo do volume de negócios para efeitos da Diretiva deve basear-se na Diretiva 2013/34/EU, isto é assim pois só desta forma podemos trazer certeza jurídica, tanto para as empresas dos países terceiros, como para as empresas europeias que com elas atuam. Razão pela qual, no que diz respeito a empresas não europeias se deixou de fora o número de trabalhadores, visto que este é um conceito europeu o que acabaria por causar alguma incerteza jurídica, cfr. considerando n.º 24 da proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da UE.

de negócios líquido a nível mundial¹⁰ e ainda a empresas de países terceiros com volume de negócios líquido superior a 300 milhões de euros gerados na União Europeia.

- (ii) Quatro anos após a entrada em vigor da Diretiva terão as empresas dos EM com mais de 500 trabalhadores e um volume de negócios líquido superior a 150 milhões de euros a nível mundial no último ano financeiro e as empresas de países terceiros que tenham gerado um volume de negócios líquido superior a 150 milhões de euros na UE no último ano financeiro de cumprir os deveres de diligência estabelecidos.
- (iii) A última fase será a que diz respeito às empresas com atuação em setores de alto risco, e aplicar-se-á cinco anos após a entrada em vigor da Diretiva, a empresas dos EM com mais de 250 trabalhadores e um volume de negócios líquido superior a 40 milhões de euros a nível mundial no último ano financeiro, desde que pelo menos 20 milhões tenham sido gerados num dos setores classificados como de alto risco¹¹, e a empresas de países terceiros que tenham gerado um volume de negócios líquido superior a 40 milhões de euros na União Europeia no último ano financeiro, desde que 50% provenha das mencionadas atividades em setores de alto risco.

Foi então elencado que empresas com maior dimensão, tanto a nível de recursos humanos como a nível de volume de negócios, terão de seguir estas obrigações, uma vez que os seus efeitos negativos potenciais ou reais se apresentam em maior escala. Com os interesses que se pretendem salvaguardar, não se poderia deixar de parte certos setores, mesmo que as empresas pelas quais atuam não atingissem os recursos humanos e volume de negócios estabelecidos. Foi assim que surgiu, então, além do critério da dimensão, o critério do setor de atividade.

Na proposta apresentada pela Comissão, o setor financeiro, mesmo que abrangido pelos guias setoriais da OCDE, não era classificado como um setor de grande impacto no âmbito de aplicação da proposta de diretiva. A inclusão da prestação de serviços financeiros por empresas financeiras reguladas era um dos pontos que levantava preocupações, o que acabou por se refletir no texto revisto pelo Conselho da UE. O artigo 2.º, n.º 8 permite que cada EM decida se pretende aplicar a diretiva às empresas financeiras reguladas aquando da transposição da diretiva¹².

¹⁰ Surgiu aqui o conceito de “Empresas de muito grande dimensão”, cfr. ponto 14: “Principais Elementos do Compromisso” da Proposta apresentada pelo Conselho da UE.

¹¹ Com a Orientação Geral do Conselho da UE foi completado o texto com a lista anexa II, de forma a clarificar o âmbito de aplicação, que contém os códigos NACE correspondentes aos setores de alto risco.

¹² Faça-se apenas uma nota para sublinhar a importância deste setor no que diz respeito à sustentabilidade. Como se sabe, as empresas funcionam a crédito, o que faz com que o setor financeiro possa ter um impacto muito relevante em questões ambientais e sociais. Pense-se, desde já, em algumas medidas como abertura de linhas de crédito específicas e com taxas de juro mais baixas para projetos e investimentos sustentáveis,

O âmbito de aplicação é um ponto muito importante da proposta de diretiva, e sem o mesmo não seria possível alcançar os objetivos que a mesma visa. Questões como sustentabilidade ambiental e até social jamais poderão ser atingidas se isso não envolver um compromisso global. A verdade é que as empresas podem escapar das regulações governamentais, uma vez que podem escolher a jurisdição mais conveniente, considerando as diversas linhas empresariais, optando, desde logo, pela ordem jurídica que mais vantagens lhes trouxer¹³. Esta Diretiva surgirá aqui como uma forma de colmatar a discricionariedade das empresas de escolherem, conforme os seus interesses, qual o país em que se vão sediar. A harmonização e o âmbito de aplicação mais alargado da legislação poderá, então, prosseguir convenientemente os objetivos de sustentabilidade que a proposta de diretiva atesta.

Não obstante, este âmbito de aplicação não será estanque, uma vez que, o mais tardar, sete anos depois da entrada em vigor da Diretiva, deverá ser apresentado um relatório que analise os efeitos produzidos pela mesma, sendo um dos pontos a avaliar os limiares relativos ao número de trabalhadores e volume de negócios líquido¹⁴.

1.2. Deveres das empresas

Prosseguindo na análise, os artigos 4.º a 8.º referem aquelas que são as orientações principais a ser tidas em conta pelas empresas, e que devem ser promovidas pelos EM, referindo-se ao dever de diligência e à sua integração nas políticas das empresas, a identificação dos efeitos negativos potenciais ou reais prevenindo-os e fazendo-os cessar.

Quanto ao dever de diligência, este deve abranger matéria de direitos humanos e do ambiente, integrando-o nas políticas empresariais, sendo que estas políticas terão sempre de incluir a abordagem a longo prazo, códigos de condutas a aplicar a todas as funções e operações empresariais pertinentes, tendo ainda de ser assegurada uma descrição dos processos que permitam instaurar este dever de diligência, uma vez que, se assim não fosse, resultaria facilmente deste dever de diligência um *lip service*¹⁵. As políticas em matéria de dever de diligência devem ser atualizadas anualmente, pois só desta forma se garante a adequação das mesmas ao propósito por si prosseguido.

Ponto mais difícil de se densificar será o da identificação, prevenção e cessação de efeitos negativos potenciais e reais, uma vez que se refere que devem ser tomadas “medidas adequadas” para a prossecução desta obrigação. O artigo 3.º, alínea q) define

fazer depender a remuneração de depósitos de critérios de sustentabilidade cumpridos pelas empresas, criar linhas de crédito específicas para cidadãos em situação de desemprego criarem as suas próprias empresas, *vd.* Matos, 2022, pp. 289-290.

¹³ Paccès, 2022.

¹⁴ *Vd.* art. 29.º da proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da UE.

¹⁵ Serra, 2022, p. 42.

medida adequada como: “uma medida capaz de alcançar os objetivos do dever de diligência, proporcional ao grau de severidade e à probabilidade do efeito negativo, e de que a empresa possa razoavelmente dispor, tendo em conta as circunstâncias do caso específico, incluindo a natureza e a extensão das operações comerciais da empresa e as características do setor económico e do parceiro empresarial específico”.

Por muito que nos seja dada uma definição do que é uma medida adequada, a verdade é que só poderemos fazer uma correta avaliação de adequação de medidas adotadas casuisticamente envolvendo isto uma avaliação discricionária da parte de quem adota tais medidas.

No que diz respeito aos grupos de empresas, é introduzido pela Orientação Geral do Conselho o artigo 4.º-A, que promove um cumprimento mais eficaz do dever de diligência nos grupos de empresas, permitindo que a empresa-mãe¹⁶ cumpra as obrigações estabelecidas na diretiva que incumbam às suas filiais se estas estiverem abrangidas pelo âmbito de aplicação da mesma, pese embora a responsabilidade das filiais não possa ser afastada. Isto só será assim se tanto a empresa-mãe como a filial forem abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva; se a filial, por sua vez, não for abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva, a empresa-mãe deverá abranger as operações da filial no âmbito das suas próprias obrigações no que ao dever de diligência diga respeito.

Todas as medidas adotadas relativas ao dever de diligência das empresas devem concertar-se com as partes interessadas¹⁷. A audição das partes interessadas é essencial para o cumprimento dos objetivos que se visam alcançar, o abandono da prática empresarial usual só será possível tendo em consideração todos os interesses relacionados com as atividades desenvolvidas por cada empresa.

¹⁶ Definido no artigo 3.º, alínea r) como “uma empresa que controla uma ou mais filiais na aceção da alínea d)”.

¹⁷ Cfr. considerando n.º 26-A da proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da UE.

1.3. Papel dos Estados-Membros

A par das obrigações das empresas surge uma necessidade de supervisão de cumprimento das mesmas, assim como sanções associadas ao não cumprimento.

Cada EM terá então de designar uma ou mais autoridades nacionais de supervisão para garantir o cumprimento das obrigações das empresas. Quando se trate de uma empresa de um país terceiro, a autoridade competente é a do país onde a empresa tem sucursal, e no caso de a empresa ter sucursais em mais do que um EM, deve ser responsável a autoridade de supervisão do EM onde gerou maior parte do seu volume de negócios líquidos na União Europeia¹⁸.

Nos termos dos artigos 18.º e 19.º da proposta de Diretiva, as investigações promovidas por estas autoridades podem dar-se por iniciativa própria ou na sequência de preocupações fundamentadas apresentadas por pessoa singular ou coletiva.

Da verificação do não cumprimento deve ser concedido um prazo para adoção de medidas corretivas ¹⁹, não obstante, no entanto, que se imponham sanções ou se ative a responsabilidade civil se preenchidos os seus pressupostos.

No caso de ser apresentada uma preocupação fundamentada por pessoa singular ou coletiva com interesse legítimo na questão tem o EM de garantir, nos termos do direito nacional, acesso a um tribunal ou organismo público independente e imparcial competente para a fiscalização da legalidade processual e material da atuação da autoridade de supervisão responsável (19.º, n.º 5).

É ainda criada uma rede europeia de autoridades de supervisão de forma a facilitar a cooperação, coordenação, práticas de regulação, de investigação, de sanções e de supervisão das autoridades de supervisão e, até, partilha de informações entre as mesmas²⁰.

1.4. Não cumprimento das obrigações

O não cumprimento das obrigações acarretará para as empresas a aplicação de sanções e a ativação de responsabilidade civil²¹.

As sanções pela violação das normas de direito nacional adotadas nos termos da Diretiva deverão ser efetivas, proporcionais e dissuasivas, balizadas pelo esforço demonstrado pela empresa em cumprir as medidas corretivas que possam ter sido aplicadas.

Só associando consequências ao não cumprimento das obrigações estabelecidas se conseguirá o efetivo cumprimento das mesmas. Mais se poderá dizer ainda, só a fixação

¹⁸ Cfr. considerando n.º 24 da proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da UE.

¹⁹ Cfr. considerando n.º 39 da proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da UE.

²⁰ Cfr. considerando n.º 55 da proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da UE.

²¹ Ver capítulo V.

de consequências que afetem patrimonialmente as empresas poderá garantir o efetivo cumprimento das obrigações e a consequente prossecução da sustentabilidade. Por essa razão, as sanções devem ser pecuniárias e proporcionais ao volume de negócios líquido da empresa a nível mundial²².

2. As sociedades e o seu fim

A transição para uma economia sustentável implica uma transformação fundamental dos nossos mercados. A proposta de Diretiva é uma tentativa de ultrapassar este desafio, regulamentando a forma como as empresas devem gerir os seus impactos ambientais, sociais e de governação ²³.

Os atos das sociedades estão limitados à prossecução do seu fim, como é afirmado no artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais. Este artigo remete-nos, inevitavelmente, para o art. 980.º do Código Civil, onde é estabelecido o escopo lucrativo das sociedades. Ora, parece claro que os custos empresariais aumentarão com a transformação fundamental exigida para a transição para a economia sustentável. Para a obtenção de iguais resultados, terão de ser adotados meios mais dispendiosos alinhados com os critérios de sustentabilidade, deixando assim de lado o princípio da economia de meios²⁴. No entanto, não se pense que isto subverterá o art. 980.º do CC. A verdade é que as empresas podem usar mecanismos mais sustentáveis como forma de autopromoção, melhorando a sua competitividade e, conseqüentemente, obtendo melhores resultados económicos.

Vivemos numa nova era, os consumidores e investidores são mais interessados, preocupados, e têm mais conhecimento do que alguma vez tiveram, havendo inevitavelmente uma consciencialização das compras e das empresas com que “trabalham” e onde investem, sendo um dos fatores de pressão para a mudança do paradigma²⁵. Parece, efetivamente, que a fixação de objetivos a longo prazo que promovam a sustentabilidade social e ambiental podem, na verdade, ser benéficos para as empresas.

Um exemplo da preocupação dos consumidores com as condições sociais e ambientais das empresas é o escopo da Lei Neerlandesa de 2019 quanto ao trabalho infantil. A ideia por detrás da mesma era permitir aos consumidores adquirir produtos e serviços em “paz de espírito” sabendo que não eram resultado de trabalho infantil²⁶.

²² Cfr. considerando n.º 54 da proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da UE.

²³ Ringe, 2022, pp. 4 a 5.

²⁴ Este é um princípio que reflete a consecução de um determinado fim com o mínimo de dispêndio de meios possíveis. Cfr. Costa, 2022, p.126.

²⁵ Câmara, & Morais, 2022, p. 442 a 444.

²⁶ Bright, & Sequeira, 2022, pp. 1421 a 1422.

2.1. O interesse social

Todo o percurso a ser percorrido com o processo legislativo levar-nos-á a levantar questões que carecem da mobilização do conceito de interesse social.

Sabemos que as sociedades são entidades com personalidade jurídica, ou seja, são entidades com aptidão para serem titulares autónomas de relações jurídicas²⁷. Nas palavras de António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, “constituem centros autónomos de relações jurídicas autónomas mesmo em relação aos seus membros ou às pessoas que atuam como seus órgãos”²⁸, o que nos pode levar a afirmar que o exercício da sua atividade se dá em volta do seu interesse social, de interesses sociais próprios.

O interesse social é, no entanto, um conceito muito discutido na doutrina e, embora a referência ao mesmo seja feita inúmeras vezes ao longo do Código das Sociedades Comerciais²⁹, o conceito de interesse social não se encontra positivado na lei, sendo que a formulação mais completa do mesmo acaba por ser feita no artigo 64.º do CSC, que diz respeito aos deveres fundamentais de que estão encarregues os órgãos de administração das sociedades³⁰.

As teorias institucionalistas e contratualistas ocupam-se da tentativa de densificação do conceito de interesse social.

Da teoria institucionalista podem distinguir-se duas correntes: por um lado, a da empresa em si mesma (*Unternehmen*) e, por outro, da pessoa em si (*Person in sich*)³¹. A primeira, no essencial, faz derivar o interesse social do interesse comum, não apenas dos sócios, mas também de outros sujeitos, nomeadamente trabalhadores, credores sociais e até a coletividade nacional. Reconhece-se um interesse próprio da empresa, não se identificando o mesmo com a consecução de maior lucro, mas sim com a eficiência produtiva da empresa em si³². Por sua vez, na segunda corrente, o interesse social é o interesse da própria pessoa coletiva, pessoa jurídica, ou seja, um interesse diferente e superior ao dos sócios – reduz-se o mesmo à atividade da empresa, ao seu objeto social, tem em conta a própria pessoa jurídica³³.

As teorias contratualistas fazem coincidir o interesse social com um interesse coletivo ou comum de todos os sócios, “os sócios enquanto tais (não enquanto vendedores, mutuantes, assalariados da sociedade)”³⁴.

É ainda de considerar que o próprio conceito de empresa não é consensual, o que, invariavelmente, faz com que a definição de interesse social seja ainda menos pacífica.

²⁷ Monteiro, & Pinto, 2020, p. 193. Neste sentido *vd.* Antunes, 2020.

²⁸ Monteiro & Pinto, 2020, p. 269.

²⁹ A título de exemplo, artigos 328.º, n.º 2, al. c), 410.º/6, 460.º, n.º 2 (...).

³⁰ Ribeiro, 2009, p. 530.

³¹ Abreu, 2006, pp. 108-109.

³² Abreu, 2007, p. 31.

³³ Abreu, 2006, pp. 111-112.

³⁴ Abreu, 2007, p. 31.

Para o estudo do dever de diligência das empresas, a proposta de diretiva, no artigo 3.º, alínea a), delimita o sentido de empresa.

A verdade é que, tradicionalmente, o interesse social é visto de uma perspetiva económica, definido como o interesse da coletividade dos sócios³⁵ em que a sociedade obtenha o maior lucro possível (lucro objetivo) para se distribuir pelos mesmos (lucro subjetivo)³⁶. Claro está que este interesse dos sócios é satisfeito através da distribuição dos lucros, sendo que, para isso, e conforme as regras de distribuição constantes no CSC, importará o interesse social da sociedade enquanto sociedade, isto porque só gerando a própria sociedade valores poderão os sócios ver os mesmos serem repartidos.

Daqui sempre poderemos concluir que o dever geral dos administradores³⁷ é a gestão da sociedade tendo em vista a satisfação dos interesses comuns dos sócios, criando riqueza para os mesmos (*shareholder value*)³⁸. Extraímos daqui a afinidade existente entre a prossecução do interesse social e a criação de riqueza para os *shareholders*, não obstante a prossecução do bom desempenho económico da sociedade em si mesma, dado que só assim se poderão distribuir os lucros, fazendo-se corresponder o bom desempenho financeiro da sociedade à satisfação económica dos sócios.

A questão que importa verdadeiramente destrinçar aqui é se este conceito tradicional/conservador de interesse social se poderá manter tendo em conta os objetivos da proposta de Diretiva.

Nos dias de hoje, os investidores institucionais são uma realidade muito presente no meio económico, isto é, são empresas profissionais que gerem o capital de terceiros para realização de investimentos. Nestes casos em específico, e em virtude de uma grande maioria das empresas ser detida por investidores institucionais³⁹, é importante percebermos se há aqui espaço para os investidores institucionais assumirem deveres de responsabilidade social nas decisões de investimento⁴⁰. Há autores que negam, à partida, esta possibilidade⁴¹, considerando que o objetivo será sempre o de gerar os maiores retornos monetários possíveis. Japp Winter refere no seu trabalho⁴² que este pensamento de Friedman se tornou a prática das empresas, referindo que o direito societário e o *corporate governance* são construídos como forma de assegurar a primazia dos interesses dos seus acionistas, concluindo que interesses externos, nomeadamente dos trabalhadores, clientes, ou mesmo preocupações ambientais e sociais, não são

³⁵ Ribeiro, 2009, pp. 509-510. Revelam-se aqui as teorias shareholderistas, em que se sustenta que os interesses da sociedade acabam sempre por coincidir com os interesses dos titulares das participações sociais.

³⁶ Cfr. Xavier, 1998, p. 242, nota 116.

³⁷ Questão esta desenvolvida em capítulo próprio, *vd.* Capítulo III.

³⁸ Abreu, 2022, pp. 14-15.

³⁹ Enriques, 2022, p. 134, nota 14.

⁴⁰ *Idem, idibem.*

⁴¹ *Idem, ibidem.* Cfr. Friedman, 1970.

⁴² Winter, 2020.

fatores considerados pelos órgãos de administração das empresas, privilegiando-se os interesses dos *shareholders* em detrimento dos valores humanos e ambientais⁴³.

Como parece natural de se concluir, os objetivos dos investidores serão necessariamente económicos e não nos pode estranhar que assim o seja. O que importa verdadeiramente refletir é se este objetivo de gerar rendimento para os titulares das participações sociais será compatível com a sustentabilidade ambiental e social que se pretende alcançar.

A reflexão deve ser feita em torno do interesse social que reflete os interesses dos sócios como um todo olhando para os possíveis efeitos que cada decisão pode trazer a longo prazo, ou seja, o interesse que deve ser tido em conta é o interesse a longo prazo dos sócios⁴⁴. A única forma de realização destes interesses é aumentando o valor global da empresa, mesmo quando isto não signifique um impacto direto e imediato na esfera dos sócios. Por outras palavras, as relações que a empresa estabelece, a forma como se posiciona no mercado, as políticas que a mesma adota, terão invariavelmente impacto no desempenho da mesma e desta feita, no chamado *decision-making process*. Para realização do “interesse social iluminado”, quem atua pela sociedade deve promover relações estáveis com os trabalhadores, credores, clientes e fornecedores, melhor dizendo, devem também ser ponderados os interesses dos *stakeholders*⁴⁵.

A verdade é que os investidores institucionais olham os critérios *ESG*⁴⁶ e seguem os mesmos considerando que estes têm uma influência positiva nas empresas e, sendo assim, podemos olhar para a aplicação destes critérios numa perspetiva ética, isto é, *‘doing well by doing good’*, tentando resolver problemas atuais; podemos ainda ter em vista uma perspetiva financeira, uma vez que a sintonização das empresas com estes fatores contribui para o crescimento a longo prazo das mesmas⁴⁷; também é necessário olhar para a consideração destes fatores de um ponto de vista reputacional, atendendo às preocupações, principalmente das gerações mais novas, com questões ambientais e sociais⁴⁸. A adoção de políticas *ESG* nos últimos anos tem mostrado um enorme crescimento e, nas palavras de Guido Ferrarini, constituem um *“game changer”*⁴⁹, até pelo fluxo de investimento direcionado para o *ESG* e políticas *ESG*.

⁴³ Winter, 2020, pp. 2-3.

⁴⁴ Serra, 2011, p. 247.

⁴⁵ Serra, 2011, pp. 247-251.

⁴⁶ Estes critérios embora não harmonizados devem ter em consideração a mitigação dos efeitos das alterações climáticas, prevenção e controlo da poluição, proteção e restauração da biodiversidade e ecossistemas, direitos humanos, condições de trabalho ao longo das cadeias de fornecimento, trabalho infantil e escravo, a segurança no local de trabalho, o acesso a cuidados médicos, proteção dos consumidores, a estrutura dos conselhos de administração, diversidade, informação disponível, ética empresarial, corrupção, controlo interno, etc. Cfr. Câmara, 2022, pp. 13-14.

⁴⁷ Fink, 2017.

⁴⁸ Câmara, 2022, p. 13.

⁴⁹ Ferrarini, 2022, pp. 41-43.

Em suma, e face ao exposto, facilmente percebemos que quanto mais sustentável for a empresa, mais frutíferos serão os resultados económicos da mesma. Se as empresas não atenderem a interesses sociais, criando por exemplo boas condições de trabalho, segurança, estabilidade, sofrerão inevitavelmente com falta de mão de obra, produtividade e até falta de competitividade. O mesmo se diga a nível ambiental: sabemos que a consciência dos consumidores e, em consequência, dos investidores é cada vez maior, transferindo as suas opções de consumo para empresas com perceção ambiental e social.

Daqui só podemos concluir que o interesse social, como tradicionalmente conhecido, e ao contrário do que se poderia pensar tendo em conta o possível carácter revolucionário da proposta de Diretiva, não tem necessariamente de ser alterado, mas sim articulado com as novas exigências dos mercados.

3. Os deveres dos órgãos de administração

Como já foi referido, o projeto europeu sobre a governação empresarial sustentável iniciou-se em 2020, tendo sido sustentado por um relatório da Ernest & Young⁵⁰ sobre os deveres dos diretores na governação empresarial sustentável.

Neste relatório foram identificados alguns fatores que contribuem para a prossecução de objetivos a curto prazo e que impedem a sustentabilidade das empresas. Estes objetivos a curto prazo não são compatíveis com a almejada sustentabilidade ambiental e social, desde logo, porque os mesmos não conseguem evitar violações de direitos e condições de trabalho ao longo de toda a cadeia de abastecimento, nem tampouco a nível ambiental o *short-termism* poderá articular-se com os objetivos europeus, uma vez que são necessários investimentos iniciais elevados, mudanças organizacionais, que empresas focadas na maximização do lucro imediata não estão dispostas a prosseguir⁵¹.

Ora, um dos fatores que foi identificado como contributo do *short-termism* foi o facto de os deveres dos órgãos de administração e o interesse das empresas ser muitas vezes interpretado restritamente e tenderem a favorecer a maximização de valores para os titulares das participações sociais⁵².

O que vamos agora analisar é qual o papel dos órgãos de administração na prossecução da sustentabilidade das empresas das quais são titulares dos poderes de gestão.

⁵⁰ European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, 2020.

⁵¹ European Commission, Directorate-General ... p. 31.

⁵² European Commission, Directorate-General ... pp. 40-42.

3.1. O Código das Sociedades Comerciais e os deveres dos órgãos de administração

Estritamente ligado à realização do interesse social está o dever dos administradores das sociedades, uma vez que são estes que têm de gerir as atividades da sociedade, tendo de orientar a sua conduta de forma a não colocar em causa a realização do interesse social.

Aos administradores/gerentes incumbe a tarefa de gestão e administração das empresas, sendo que as decisões que os mesmos tomam no processo de decisão são essenciais para a sustentabilidade das mesmas.

Analisaremos o ordenamento jurídico português no que diz respeito aos deveres a que os gestores/administradores estão adstritos, sendo que se, de um lado, há deveres que derivam da lei, configurando-se como deveres legais, por outro, há deveres que acabam por ser subtraídos das regras que dizem respeito à responsabilidade dos administradores⁵³.

O artigo fundamental do Código das Sociedades Comerciais relativo aos deveres dos administradores é, inatacavelmente, o artigo 64.º que tem como epígrafe “Deveres fundamentais”. A alínea a) estabelece o dever que reconhecemos como dever de cuidado, e a alínea b) o intitulado dever de lealdade. Primeiramente, é necessário esclarecer que estes deveres são tendencialmente classificados como deveres fiduciários, porquanto a gestão da sociedade que lhes é incumbida diz respeito a bens alheios, ou seja, os deveres que lhes incumbem são guiados pelos interesses de quem lhes incumbe a gestão⁵⁴. É neste ponto que, inevitavelmente, percebemos que os órgãos de administração terão sempre como horizonte os interesses dos *shareholders*, dado que são os titulares das participações sociais que nomeiam os órgãos de administração das sociedades, conforme os artigos 295.º e 391.º do CSC.

Começamos por analisar sucintamente os deveres expressos no artigo 64.º CSC. Quanto ao dever de cuidado, o mesmo reflete a necessidade de o gestor/administrador ter disponibilidade, competência técnica e conhecimentos da atividade da sociedade adequados às suas funções e empregando no exercício destas a diligência de um gestor criterioso e ordenado. Destrinçando melhor, exige-se que os órgãos de administração detenham no cumprimento das suas funções a disponibilidade necessária à prossecução das finalidades da sociedade, nomeadamente a realização do seu escopo lucrativo, assim como conhecimentos necessários relativamente à gestão da mesma e, ainda, a última referência, no que concerne ao conhecimentos da atividade da sociedade, só pode ser de se concluir que os mesmos devem procurar informar-se sobre os assuntos da sociedade,

⁵³ Pinto, 2018. p. 2.

⁵⁴ Pinto, 2018, p. 3.

nomeadamente tendo em conta a atividade desenvolvida pela empresa⁵⁵. Em suma, os gestores/administradores devem ser capazes de conhecer os assuntos que lhes são entregues, perceber se têm conhecimentos sobre os mesmos e, quando não os tenham, procurar saber sobre os mesmos⁵⁶. A isto acresce a necessidade de no desempenho da sua atividade profissional de gestão atuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, ou seja, devem ter em conta as exigências da empresa que gerem, conseguindo responder às necessidades da empresa a curto, médio e longo prazo, assegurando uma conduta compatível com a complexidade da atividade pela sociedade desenvolvida⁵⁷.

Passemos agora para a destrição do dever de lealdade previsto na alínea b) do artigo 64.º do CSC. Esta refere que os administradores devem observar na sua atividade deveres de lealdade, tendo em conta o interesse da sociedade e atendendo, ainda, aos interesses de longo prazo dos sócios, ponderando também os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores. Surge aqui o conceito de *stakeholders*.

Começemos já por referir que, nas palavras de Coutinho de Abreu, “formulações como a que aquela alínea contém são em grande medida, quanto aos interesses dos não sócios, expressão de retórica normativa balofa e potencialmente desresponsabilizadora dos administradores”⁵⁸. É verdade que o dever de lealdade parece unilateral, não parece ser possível ser-se leal à sociedade e também aos *stakeholders*. Desta reflexão parece ser possível retirar algumas conclusões, nomeadamente que o dever de lealdade deve ser definido primacialmente como o interesse da sociedade, devendo deslocar-se a referência aos interesses a longo prazo dos sócios e demais *stakeholders* referidos no artigo 64.º, alínea b) para o dever de cuidado⁵⁹, uma vez que nada se estranharia que um gestor criterioso e ordenado considerasse o interesse dos vários *stakeholders* nas suas decisões de gestão, não se incompatibilizando assim esta ponderação com a prossecução do interesse da sociedade.

Importará agora perceber qual será o papel dos órgãos de administração das sociedades em matéria de dever de diligência, nomeadamente na identificação, prevenção, cessação de efeitos negativos e adoção de políticas ESG.

3.2. A opção europeia

Na proposta apresentada pela Comissão regulava-se nos artigos 25.º e 26.º o dever dos administradores relativos à criação e supervisão de ações em matéria de dever de

⁵⁵ Pinto, 2015, pp. 91-92.

⁵⁶ Pinto, 2015, p. 92.

⁵⁷ Cunha, 2019, pp. 566-567.

⁵⁸ Abreu, 2021, p. 287.

⁵⁹ Duarte, 2018, pp. 12-13.

diligência e à adaptação da estratégia empresarial de forma a terem em conta os efeitos negativos identificados e as medidas adotadas em matéria de dever de diligência⁶⁰.

O artigo 25.º referia que os EM deviam assegurar que os administradores, no cumprimento do seu dever de agir no interesse da empresa, tinham em conta as consequências das suas decisões em matéria de sustentabilidade, incluindo aqui os impactos nos direitos humanos, nas alterações climáticas e no ambiente, ao passo que o artigo 26.º pretendia assegurar que os próprios administradores eram responsáveis pela aplicação e supervisão das medidas adotadas relativas ao dever de diligência, devendo assegurar-se que eram tomadas medidas de adaptação da estratégia das empresas como forma de obstar aos efeitos negativos reais ou potenciais que as mesmas refletem.

O texto revisto da proposta de Diretiva que surgiu da Orientação Geral do Conselho da União Europeia supriu, no entanto, estes artigos, dadas as preocupações que os EM manifestaram quanto à configuração destes deveres, considerando que os mesmos interferiam em demasia com as disposições internas e poderiam ingerir com atuação dos administradores na prossecução dos interesses das empresas⁶¹.

Embora as preocupações pareçam legítimas, tendo em conta que são os administradores responsáveis pelo *decision-making process*, é necessário refletir sobre a necessidade ou dispensabilidade destas normas.

É utópico falar-se de uma empresa sustentável alinhada com os interesses dos *stakeholders* com más políticas governação, deduzindo-se que empresas “mal governadas”, isto é, com fracas políticas de *corporate governance*, jamais poderão ser empresas sustentáveis⁶², ou seja, se o processo de tomada de decisão é incumbido aos administradores das sociedades, estes terão, indubitavelmente, um papel fundamental na prossecução da sustentabilidade das empresas.

3.3. Um (eventual) novo dever dos órgãos de administração

Chegámos já à conclusão de que os órgãos de administração terão um papel fundamental na prossecução da sustentabilidade das empresas. Teremos agora de perceber como deve ser guiada a atuação dos mesmos de forma a não comprometer os objetivos de sustentabilidade traçados.

A proposta de Diretiva agora apresentada afastou os artigos que previam especificamente o dever de diligência dos administradores. Todavia, sendo inegável o papel dos mesmos, só podemos tentar compatibilizar esta nova realidade com os deveres que cada EM impõe aos órgãos de gestão das sociedades.

⁶⁰ Orientação Geral do Conselho da União Europeia, III, ponto F, n.º 30.

⁶¹ Orientação Geral do Conselho da União Europeia, III, ponto F, n.º 31.

⁶² Câmara, 2022, pp. 17-18.

À luz do direito português, percebemos logo que teremos de integrar estas obrigações de prossecução da sustentabilidade empresarial num dos deveres fundamentais previstos no artigo 64.º do CSC, isto porque os administradores terão de considerar as questões de sustentabilidade nas suas decisões.

Tendo em conta a redação das alíneas do 64.º CSC, pode parecer que o mais adequado seria incluir esta nova obrigação no que concerne ao dever de lealdade, até porque nessa alínea é já feita uma referência a *stakeholders*. Pode, no entanto, não ser a opção mais ajuizada. Começemos por referir que, embora a configuração que o dever de lealdade assume nos leve a considerar que são ponderados os interesses dos *stakeholders*, esta não parece ser uma opção viável, uma vez que é impossível dever lealdade a mais do que uma entidade/pessoa simultaneamente.

Assim, o mais razoável será deslocar a ponderação dos interesses dos *stakeholders* para a esfera do dever de cuidado, até porque é aqui que pode funcionar a *Business Judgement Rule*, prevista no artigo 72.º, n.º 2 do CSC⁶³.

A BJR é uma causa de exclusão de responsabilidade perante a sociedade que protege os administradores e gerentes por atos ou omissões que no exercício das suas funções tenham causado dano à sociedade, se for demonstrado que a sua opção foi livre de qualquer interesse pessoal, procedimentalmente informada e, ainda, se tomada tendo em conta os critérios de racionalidade empresarial.

Ou seja, não podemos de forma alguma negar que estarão em causa decisões complicadas para os administradores e gerentes das sociedades, desde logo, porque terão de romper com o costume. Essas mesmas opções podem acabar por não surtir os efeitos esperados, até porque o que está em causa com a proposta de Diretiva são obrigações de meios e não de resultados⁶⁴ e, sendo esse o caso, a BJR poderá balançar conflitos que poderão surgir⁶⁵.

A verdade é que, com a configuração atual dos deveres dos administradores, não é vinculativo que sejam ponderados os interesses dos *stakeholders*⁶⁶, havendo discricionariedade por parte dos mesmos na ponderação dos interesses a considerar nas decisões de gestão tomadas⁶⁷.

Há autores que referem a necessidade de surgir um novo dever dos administradores que possa completar o dever de cuidado e de lealdade, nomeadamente

⁶³ Ferreira & Sequeira, 2022, pp. 277-280.

⁶⁴ Orientação Geral do Conselho da União Europeia, ponto 20, p. 20.

⁶⁵ Ferreira & Sequeira, 2022, pp. 284-285.

⁶⁶ É preciso antes de mais ter em conta que apesar de os *stakeholders* referidos no artigo 64.º/1/b sejam apenas trabalhadores, clientes e credores, este conceito não é taxativo e na questão que estamos a analisar, devem ser tidos em conta não só os *stakeholders* referidos como também os demais, nomeadamente as comunidades que envolvem as atividades desenvolvidas pelas empresas, os reguladores, as próprias cadeias de fornecimento, etc. Cfr. Câmara, 2022, pp. 21-23.

⁶⁷ Costa, 2022, pp. 126-127.

Japp Winter, que refere a necessidade de surgir um dever de responsabilidade social dos conselhos de administração⁶⁸. Um dos princípios deste novo dever seria a avaliação da conduta dos administradores tendo em conta a conduta que seria expectável por parte de outros administradores nas mesmas circunstâncias, percebendo se são ou não razoáveis as decisões tomadas. A segunda orientação deste novo dever de responsabilidade social seria a premissa de que os interesses não poderiam ser prejudicados de forma desproporcionada. A terceira premissa reflete a necessidade de os órgãos de administração terem em conta a equidade processual, tendo sempre presente os conceitos de razoabilidade, proporcionalidade e equidade. A inserção de um novo dever dos administradores teria sempre como horizonte a realização do bem social, da sustentabilidade ambiental, procurando resolver problemas como as alterações climáticas, o trabalho precário, desigualdade económica⁶⁹...

Há ainda quem refira o dever de salvaguarda do planeta para as gerações futuras ou o dever de cuidado ambiental⁷⁰.

Acontece que a ponderação dos interesses dos *stakeholders*, independentemente da norma onde se encontra prevista ou da discricionariedade gestória da mesma, já é possível. Os administradores têm já onde sustentar as suas decisões quando as mesmas envolvam a ponderação dos interesses dos *stakeholders*⁷¹, dado que a verdadeira lealdade que os administradores devem é à sociedade, com o dever de prosseguir a maximização do valor da empresa⁷². Ao passo que, no dever de cuidado, um gestor criterioso e ordenado poderá tomar inúmeras decisões com a devida racionalidade empresarial que podem ir ao encontro dos interesses dos *stakeholders*, nomeadamente privilegiar a saúde e segurança no trabalho, considerar a posição de parceiros empresariais de forma a diminuir o prejuízo ambiental, e interagir com as populações e comunidades de onde se inserem as empresas exploradas⁷³. Todas estas medidas podem, no nosso ordenamento jurídico, serem adotadas sem daqui resultarem consequências para os órgãos de administração, visto que tudo isto são medidas que importam à realização do interesse social. Todas estas medidas teriam repercussões positivas nas empresas, seja pela promoção do valor social das mesmas, ou até mesmo pela lógica concorrencial⁷⁴. Esta “coligação de interesses plurais” realizará convenientemente o interesse social⁷⁵.

⁶⁸ Winter, 2020, pp. 11-16.

⁶⁹ *Idem, ibidem*.

⁷⁰ Câmara, 2022, p. 20.

⁷¹ Costa, 2022, p. 140.

⁷² Serra, 2011, p. 250.

⁷³ Costa, 2022, pp. 135-140.

⁷⁴ Costa, 2022, pp. 135.

⁷⁵ Costa, 2022, pp. 135-136.

Mais importante do que tentarmos perceber em que dever podemos incluir o dever de diligência dos órgãos de administração em matéria de sustentabilidade será, indiscutivelmente, perceber como podemos instruir estes órgãos de forma a consciencializá-los para a importância da alteração da forma de gerir as empresas. Um dos pontos que terá de ser incontestavelmente desenvolvido será o da composição dos órgãos de administração e as competências técnicas e conhecimentos que os mesmos detêm⁷⁶. É sem dúvida fundamental ter conhecimentos na área da atividade desenvolvida pela empresa, no entanto, neste momento, e para garantir a existência de uma verdadeira transição para uma economia sustentável através da atividade das empresas, precisamos de capacitar os órgãos de administração de forma a estes integrarem os processos de decisão mais amplos⁷⁷, é necessário garantir que existe conhecimento destes em determinadas matérias, nomeadamente literacia climática, literacia *ESG*, *ESG skills*⁷⁸.

Esta qualificação dos órgãos de administração poderá passar pela substituição dos mesmos, pela criação de programas de formação, grupos de trabalho *ESG*, e *Chief ESG Officer*⁷⁹.

Em suma, os gerentes/administradores têm um papel crucial naquela que será a conduta das empresas quanto à alteração da forma como as mesmas se comportam nos mercados, de forma a identificarem, reduzirem e cessarem os seus impactos negativos a nível ambiental e social. Não significa isto que seja impreterível a previsão de novos deveres que incumbam aos administradores. Essencial para a alteração das políticas empresariais é garantir que os órgãos de administração conhecem e compreendem a necessidade de alteração das suas opções, consciencializando-os de que, seguindo critérios *ESG*, estão a realizar o interesse social, não desrespeitando, de forma alguma, os interesses dos sócios, nem os seus deveres para com a sociedade.

Abreviadamente, a realização do interesse social passará inevitavelmente por uma alteração da ponderação dos interesses a ter em conta ao longo do *decision-making process*, pressupondo uma “renovada racionalidade empresarial”⁸⁰.

⁷⁶ Câmara, 2022, pp. 21-23.

⁷⁷ Ringe, 2022.

⁷⁸ Câmara, 2022, p. 22.

⁷⁹ *Idem, ibidem*.

⁸⁰ Antunes, 2022, pp. 2015-2016.

4. Remuneração

4.1. Políticas de remuneração e a sua função. A remuneração variável

A política de remuneração dos órgãos de administração das sociedades comerciais tem de permitir à sociedade atrair profissionais qualificados, induzindo o alinhamento de interesses, tendo em consideração a riqueza efetivamente criada, devendo promover um fator de desenvolvimento de uma cultura de profissionalização, sustentabilidade, de promoção de mérito e de transparência da sociedade⁸¹.

No fundo, a remuneração dos órgãos de administração reveste um papel fundamental na sua atuação, dado que a mesma deve ser apta a estimular os mesmos a gerirem as empresas de modo eficiente, captando e fidelizando os gerentes/administradores mais capazes⁸².

Esta é, ainda assim, uma questão que causa muitas vezes discussão e indignação pública. A remuneração dos órgãos de administração das empresas tende a ser (muito) superior a qualquer outra remuneração de qualquer outra entidade ou trabalhador da mesma empresa⁸³, o que acaba por se justificar, uma vez que a remuneração destes órgãos é fundamental para o desenvolvimento da empresa. Só uma remuneração adequada poderá garantir que os gerentes e administradores se encontram devidamente estimulados para se dedicarem em absoluto à empresa societária⁸⁴.

O artigo 399.º do CSC permite-nos verificar que a remuneração é constituída por um valor fixo e pode também consistir numa parte variável.

A parte variável deve ser estabelecida em função do desempenho e contributo dos membros dos órgãos de gestão para os resultados atingidos pela empresa: é o conhecido princípio *pay for performance*. Funciona, então, como um incentivo aos administradores, pelo seu trabalho, pela prossecução dos interesses societários e pelos bons resultados que a empresa apresente. A remuneração variável obsta à inércia dos administradores, que tenderiam a não tomar decisões de gestão importantes se corresse riscos, ou seja, não se sentiriam estimulados a tomar decisões mais ousadas, a dedicar-se inteiramente à gestão da empresa, se soubessem que, independentemente dos resultados que apresentassem, a sua remuneração seria sempre a mesma⁸⁵.

Como sabemos, o risco é necessário à estratégia empresarial, ao avanço e ao sucesso das empresas, e cabe aos órgãos de administração, dadas as competências neles

⁸¹ Instituto Português de Corporate Governance, 2020, p. 26.

⁸² Ribeiro, 2015, p. 18.

⁸³ Cunha, 2019, p. 58.

⁸⁴ Ribeiro, 2015, p. 18.

⁸⁵ Ribeiro, 2018, p. 58.

delegadas, as decisões de gestão das empresas; não obstante, deve a parte variável da remuneração dos órgãos de administração estar alinhada com os interesses da sociedade e dos próprios administradores/gerentes, ou seja, deve refletir o desempenho sustentado da sociedade, não estimulando a assunção de riscos excessivos⁸⁶.

É necessário para isso uma boa política de remuneração dos membros do conselho de administração, CEOs, CFOs, bem definida, delineada em traços palpáveis e transparente, porque é através daí que os “trabalhadores”⁸⁷ conseguem perceber quais as ações e resultados que são recompensados e quais serão penalizados, podendo desta forma o próprio “trabalhador” definir a sua metodologia de trabalho⁸⁸.

Ou seja, definir claramente políticas de remuneração é essencial, pois a remuneração, principalmente na sua vertente variável, é um mecanismo utilizado para demarcar o desempenho da empresa em consequência da atividade de gestão desenvolvida pelos seus administradores.

4.2. O papel que assume a remuneração na adoção de políticas ESG

As práticas de remuneração têm já vindo a ser afetadas pelos objetivos ESG, visto que são uma componente fundamental na estratégia de sustentabilidade empresarial de cada empresa⁸⁹.

O reforço da sustentabilidade nos sistemas de gestão e governação das empresas tem, obrigatoriamente, de passar pelo tema da remuneração. Principalmente nas sociedades europeias, há uma relação muito grande entre as administrações e os acionistas, visto que são estes últimos que podem nomear e substituir os órgãos de administração⁹⁰, ou seja, para a transição para uma economia verde e um impacto neutro da atuação das empresas no clima, importa uma gestão diligente dos órgãos decisórios que deve ser independente dos seus *shareholders*. É, então, preciso perceber o caminho a trilhar no que diz respeito à remuneração dos órgãos executivos para estes objetivos serem alcançados.

⁸⁶ Instituto Português de Corporate Governance, 2020, p. 27.

⁸⁷ Há autores que conseguem identificar os administradores das empresas como trabalhadores dos proprietários das empresas, isto é, dos seus *shareholders*, *Vd.* Friedman, 1970. Não nos parece que se deva categorizar os administradores das empresas como trabalhadores, seja pela função decisória que ocupam, seja por não existir subordinação jurídica, como tipicamente é conhecida nas relações laborais. Podemos dizer, convictamente, que os administradores tendem a adotar políticas que vão de encontro aos interesses dos *shareholders*, isto é, a maximização dos lucros, conforme o princípio da economia de meios, desde logo, porque são os *shareholders* que nomeiam os órgãos executivos, o que faz com que inevitavelmente exista uma interdependência entre os mesmos.

⁸⁸ Jensen, & Murphy & Wruck, 2004.

⁸⁹ Câmara, 2022, pp. 34-35.

⁹⁰ Ringe & Gözlügö, 2022, p. 2.

A verdade é que a proposta de Diretiva em março aprovada acabava por não se debruçar muito sobre o tema da remuneração, mesmo tendo-o identificado como essencial⁹¹ para a resolução dos principais problemas que a Diretiva pretende colmatar. O artigo 15.º da proposta de Diretiva apresentada em março de 2022 tinha como epígrafe “Combate às alterações climáticas”, e o seu número 3 referia que:

“Os Estados Membros devem assegurar que as empresas têm devidamente em conta o cumprimento das obrigações a que se referem os n.ºs 1 e 2 ao fixarem a remuneração variável, se esta estiver associada ao contributo de um administrador para a estratégia empresarial da empresa, bem como para os interesses e a sustentabilidade a longo prazo”.

Embora sucinta, esta norma previa a fixação da parte variável da remuneração em função da contribuição dos órgãos de administração para a estratégia empresarial e para a promoção da sustentabilidade a longo prazo. Acontece que esta foi eliminada com a orientação geral da UE. Foram, mais uma vez, lançadas preocupações por parte dos EM quanto a esta configuração, sendo realçado pelos mesmos que tal previsão poderia interferir com os diversos sistemas de governação das empresas da União Europeia, que refletem as diferentes perspetivas das empresas e dos seus órgãos na determinação da remuneração dos seus gerentes/administradores⁹².

Isto terá inevitavelmente de se refletir na forma de avaliação da *performance* dos administradores para efeitos de remuneração. A Comissão Europeia, na sua Comunicação de 2018 “Plano de Ação: Financiar um crescimento sustentável”, refere que tanto as instituições públicas como as privadas têm de ter em conta a remuneração dos seus executivos, visto que esta terá um papel fundamental para garantir que considerações ambientais e sociais são incluídas nos processos de tomada de decisão⁹³.

É certo que as políticas de remuneração têm cada vez mais refletido as preocupações de “adequação social”, considerando os interesses dos vários *stakeholders*⁹⁴. Este assunto não é, portanto, uma novidade, ganha é maior relevo em função da iniciativa europeia.

Cada vez mais, os órgãos de administração são constituídos por profissionais, ou seja, a administração das sociedades, são tendencialmente conduzidos por pessoas altamente competentes e especializadas⁹⁵. Atendendo ao âmbito de aplicação da proposta de Diretiva, e estando em causa empresas com maiores dimensões, os órgãos de administração deverão necessariamente ser profissionais capacitados para o exercício

⁹¹ Cfr. Proposta de Diretiva da Comissão Europeia 2022/0051, Avaliação de impacto, Ponto 51, p. 21.

⁹² Cfr. proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da UE, p. 9.

⁹³ Cf. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM:2018:0097:FIN>. p. 2.

⁹⁴ Ribeiro, 2018, p. 59.

⁹⁵ Cunha, 2019, p. 875.

das suas funções. Esta profissionalização dos órgãos de administração é extremamente importante, dado que tenderão a ser profissionais mais atentos às mudanças nos sistemas de gestão que deverão ser adotadas.

A verdade é que, embora seja impreterível o alinhamento das políticas de remuneração com objetivos prosseguidos pelos órgãos de administração, os objetivos ESG privilegiam especialmente a sustentabilidade a longo prazo, ou seja, as medidas que os administradores devem adotar como forma de realização da sustentabilidade repercutir-se-ão tendencialmente a longo prazo, e isto significa que uma análise a curto prazo do desempenho dos administradores poderá levar a conclusões imprecisas e precipitadas. É então necessário perceber que as métricas ESG adotadas poderão apenas surtir efeitos a longo prazo, devendo, ainda assim, ser tidas em consideração nas políticas de remuneração⁹⁶.

A proposta de Diretiva constitui uma mudança total do paradigma do *business as usual*, sendo que se prevê a consideração de interesses não financeiros no momento de tomada de decisões, o que faz com que seja imperativa uma alteração dos critérios de remuneração tidos em consideração no que diz respeito à prossecução de objetivos ESG, uma vez que, sem a integração dos critérios ESG nas políticas de remuneração, nunca passaremos de um bom conjunto de princípios sem muita aplicação prática⁹⁷.

Em forma de conclusão, aquilo que podemos afirmar é a necessidade de ponderação de interesses ambientais e sociais, uma redefinição de horizontes e prioridades⁹⁸ nas decisões tomadas pelos órgãos de administração. Só desta forma conseguiremos reduzir o impacto das atividades das empresas, proporcionando a transição para uma economia verde e neutra.

Não podemos exigir a todos os órgãos executivos os mesmos princípios éticos e morais, nem tampouco as mesmas preocupações ambientais; contudo, podemos sempre concluir que a remuneração dos administradores funciona como forma de colocar a remuneração ao serviço de um fim global – uma maior prossecução de interesses não financeiros⁹⁹ –, motivo pelo qual podemos afirmar convictamente a necessidade de articulação das políticas remuneratórias com os critérios ESG.

⁹⁶ Na Alemanha existe já uma norma que manda alinhar as políticas de remuneração com o desenvolvimento a longo prazo, cfr. Câmara, 2022, pp. 36-37.

⁹⁷ Matos, 2022, p. 289.

⁹⁸ Matos, 2022, p. 289.

⁹⁹ *Idem, ibidem.*

5. A responsabilidade civil

Entre os artigos 4.º e 11.º da proposta de Diretiva, agora revista pelo Conselho da União Europeia, estabelece-se o dever de diligência em matéria de direitos humanos e do ambiente das empresas abrangidas no âmbito de aplicação, onde se estabelece que estas devem adotar comportamentos necessários, nomeadamente, implementar medidas, estratégias e procedimentos que previnam e façam cessar os efeitos negativos das suas operações nos direitos humanos e no ambiente, não podendo, para este efeito, a iniciativa europeia não tutelar a responsabilidade civil das empresas que não cumpram esse dever de diligência¹⁰⁰.

A responsabilidade civil é o conjunto de factos que dão origem à obrigação de indemnizar os danos sofridos por outrem¹⁰¹, sendo tradicional a dicotomia entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, surgindo das mesmas a obrigação de indemnizar¹⁰²

5.1. Responsabilidade extracontratual e responsabilidade subjetiva

O artigo 22.º, com a epígrafe “Responsabilidade Civil”, refere-se ao regime de responsabilidade civil a que as empresas ficam sujeitas no caso de não cumprirem o seu dever de diligência, normas estas que devem ser asseguradas pelos EM. Este foi um artigo alterado significativamente com a Orientação do Conselho da UE como forma de garantir clareza jurídica e segurança para as empresas, evitando ingerências irrazoáveis nos sistemas nacionais de responsabilidade civil¹⁰³. Com esta alteração foi esclarecido que para se considerar a empresa responsável é necessário o preenchimento de quatro pressupostos¹⁰⁴:

- i) Verificação de um dano causado a uma pessoa singular ou coletiva (“... tenham sido lesados os interesses jurídicos protegidos da pessoa singular ou coletiva...”);
- ii) Violação dos deveres impostos (“Em resultado do incumprimento a que se refere a alínea a) ...”);
- iii) Nexo de causalidade entre o dano e a violação do dever (“Em resultado do incumprimento tenham sido lesados ...”);
- iv) Um incumprimento, com dolo ou negligência (“A empresa, deliberadamente ou por negligência...”).

¹⁰⁰ Antunes, 2022, pp. 2001-2002.

¹⁰¹ Leitão, 2017, p. 275.

¹⁰² Monteiro & Pinto, 2020, pp. 128-137.

¹⁰³ Cfr. proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da EU, p. 9.

¹⁰⁴ Cfr. proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da EU, p. 9.

Com esta configuração foram clarificados os pressupostos necessários para responsabilização das empresas, confirmando os traços que identificam a responsabilidade extracontratual e evidenciando o elemento da culpa, sendo que, desta feita, tornou-se claro que estamos perante responsabilidade subjetiva, isto é, é exigida uma atuação ou omissão que implique a culpa da empresa¹⁰⁵. Esta configuração teria sempre de acontecer, uma vez que “o primado da culpa no nosso sistema de responsabilidade civil é estabelecer assim uma ligação com o conceito de responsabilidade moral. No núcleo da responsabilidade jurídica estará assim a ideia da responsabilidade moral”¹⁰⁶.

Considerando os valores em causa, não há como negar que, alinhada à culpa, surgirá sempre a questão da responsabilidade moral, isto é, a consciencialização “prescindindo da consideração das consequências externas da conduta e estando sujeita apenas às sanções do ordenamento ético”¹⁰⁷. Sabemos também que, no que diz respeito à responsabilidade extracontratual e conforme as regras nosso CC, nomeadamente o 487.º: “É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa”. Na responsabilidade extracontratual, a culpa não é presumida e, como tal, caberá ao lesado a prova da culpa da empresa na ação ou omissão dos deveres de diligência. Inevitavelmente, este ónus constituirá um entrave à mobilização do mecanismo da responsabilidade civil, desde logo, em função da assimetria informativa entre as empresas e os lesados.

Continuando a análise do pressuposto da culpa, existe um outro ponto que deve ser levantado. O Conselho da EU, na sua Orientação Geral, esclareceu que, no âmbito da proposta de Diretiva apresentada, estamos perante uma responsabilidade subjetiva, contudo, não podemos ignorar o facto de os EM consagrarem nas legislações nacionais o instituto da responsabilidade objetiva, isto é, a responsabilidade pelo risco, que não envolve culpa. Analisando o artigo 22.º, n.º 4 da proposta de Diretiva, pode acontecer que o direito nacional dos EM consagre responsabilidade objetiva para as empresas em função dos efeitos negativos que as mesmas causem nos direitos humanos ou ambientais, ainda que as mesmas tenham cumprido o seu dever de diligência¹⁰⁸.

Esta dicotomia pode perpetuar a insegurança jurídica, retraindo as empresas, isto é, os seus administradores, e “tornando inabarcáveis os riscos associados às atividades económicas”¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Monteiro & Pinto, 2020, p. 132.

¹⁰⁶ Monteiro & Pinto, 2020, p. 133.

¹⁰⁷ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁸ Abreu, 2022, p. 19.

¹⁰⁹ Martins, 2022, p. 67.

5.2. Responsabilidade na cadeia de atividades¹¹⁰

Na proposta de diretiva apresentada pela Comissão em março de 2022, tornavam-se as empresas abrangidas pelo âmbito de aplicação responsáveis pelo não cumprimento das obrigações de diligência devida, sendo que a inovação trazida era a responsabilização das empresas pelos danos causados pelas suas filiais e pelas empresas com quem tivessem relações comerciais estabelecidas ¹¹¹, fosse qual fosse a parte do mundo em que estas se encontrassem, resultando isto claramente da configuração do 22.º, n.º 2: “Não obstante o disposto no n.º 1, os Estados-Membros devem assegurar que, se uma empresa tiver tomado as medidas referidas no artigo 7.º, n.º 2, alínea b), no artigo 7.º, n.º 4, ou no artigo 8.º, n.º 3, alínea c), e no artigo 8.º, n.º 5, não é responsável pelos danos causados por um efeito negativo resultante das atividades de um parceiro indireto com o qual tenha uma relação empresarial estabelecida, a menos que, tendo em conta as circunstâncias do caso, não seja razoável esperar que as medidas efetivamente tomadas, nomeadamente no que diz respeito à verificação do cumprimento, sejam adequadas para prevenir, atenuar, fazer cessar ou minimizar a extensão do efeito negativo”.

Este era um dos pontos importantes da proposta de Diretiva, a responsabilização ao longo das suas cadeias de valores, isto é, a empresa podia também ser responsável pelo incumprimento das suas filiais ou com quem tivesse relações comerciais estabelecidas¹¹². Isto teria como efeito, pelo menos teórico, que a empresa tivesse em conta as empresas com quem estabelecia relações comerciais, e até impulsionaria uma maior fiscalização das políticas das suas filiais, fomentando o comportamento diligente por parte de todos os intervenientes nas relações comerciais. Evitava-se, assim, que concentrassem determinadas atividades em empresas descapitalizadas e, em virtude da responsabilidade limitada, se impedisse assim a responsabilização, configurando essas empresas aquilo a que se chama “*judgment-proof subsidiaries*”¹¹³.

Pese embora as boas intenções da norma, a verdade é que problemas derivariam daqui, nomeadamente do conceito de relações comerciais estabelecidas. O facto de as empresas serem responsáveis também pelos danos que as empresas com quem tivessem relações comerciais estabelecidas causassem, e para além da falta de precisão do termo, poderia facilmente encorajar as empresas a predefinir um grupo restrito de empresas com que trabalhavam ou até a dispersar as relações de forma a não caberem as mesmas

¹¹⁰ Importa esclarecer que este não é um conceito jurídico, sendo o mesmo definido no artigo 3.º, alínea g), tendo substituído o conceito “cadeia de valor”, que suscitava dúvidas e problemas uma vez que havia divergência se se deveria englobar toda a “cadeia de valor” ou cingir-se apenas à “cadeia de abastecimento”.

¹¹¹ Conceito abandonado com a Orientação do Conselho da UE, sendo substituído pelo conceito de “parceiro empresarial” definido no art. 3.º, al. e).

¹¹² Este conceito foi também abandonado, sendo agora estabelecido apenas o conceito de parceiro empresarial no art. 3.º, al. e).

¹¹³ Paces, 2022, p. 2.

no conceito de “relação comercial estabelecida”¹¹⁴, ou ainda reorganizarem as suas cadeias de abastecimento de forma a minimizar os impactos da responsabilidade das cadeias de abastecimento¹¹⁵. Veja-se ainda a seguinte hipótese: uma empresa-mãe com sede num país terceiro, que não se integra no âmbito de aplicação da Diretiva, mesmo tendo filiais e cadeias de abastecimento europeus com os volumes necessários para se aplicar a Diretiva: não estaria em causa aqui a responsabilização, estaríamos perante uma lacuna, e uma forma fácil de contornar o regime da responsabilidade estatuído¹¹⁶.

No entanto, como vimos, este foi um dos artigos alterados, sendo que a configuração atual da proposta com o texto revisto apresentado pelo Conselho da UE acaba por ser diferente, merecendo uma análise distinta quanto ao assunto *sub judice*.

O art. 22.º estabelece, na sua versão mais recente, alterada e alinhada com os novos conceitos do artigo 3.º¹¹⁷, que “A empresa não pode ser responsabilizada se os danos forem causados apenas pelos seus parceiros empresariais na sua cadeira de atividade”. Esta solução pode resolver algumas das questões em cima apresentadas, mas, ao mesmo tempo, poderá levar a uma inércia das empresas quando saibam que empresas com quem trabalham não respeitam as obrigações estabelecidas nos artigos 7.º e 8.º.

É ainda esclarecido outro ponto essencial, no atual n.º 3 do art. 22.º: caso os danos tenham sido causados em conjunto com as filiais e parceiros empresariais, deverá a empresa ser solidariamente responsável, embora isto não prejudique o direito de regresso nos termos da legislação nacional¹¹⁸.

5.3. Ónus da prova, obrigação de meios, e eventual impacto na concorrência

Existe, ainda assim, um ponto de extrema importância que não foi resolvido com a Orientação do Conselho da EU: a questão do ónus da prova.

“As empresas deverão tomar as medidas adequadas para instituir e aplicar medidas relativas ao dever de diligência, no que diz respeito às suas próprias operações, às suas filiais, bem como aos seus parceiros empresariais diretos e indiretos ao longo das suas cadeias de atividades, em conformidade com o disposto na presente diretiva. (...) Por conseguinte, as principais obrigações previstas na presente diretiva deverão ser ‘obrigações de meios’. A empresa deverá tomar as medidas adequadas que se possa razoavelmente esperar que resultem na prevenção ou minimização do efeito negativo nas circunstâncias do caso específico”¹¹⁹. Desta leitura, podemos retirar duas ilações:

¹¹⁴ Roessingh, 2022.

¹¹⁵ Paces, 2022, p. 2.

¹¹⁶ *Idem, ibidem*.

¹¹⁷ Antunes, 2022, p. 2009.

¹¹⁸ Cfr. considerando n.º 60 da proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da UE.

¹¹⁹ Cfr. considerando n.º 15 da proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da UE.

- i) Estamos perante uma obrigação de meios;
- ii) O mecanismo da responsabilização apenas será mobilizado se, razoavelmente, não se puder esperar que das medidas adotadas pelas empresas resulte prevenção ou mitigação dos seus efeitos negativos.

Este preceito trará certamente alguns problemas. Começemos por referir que, embora seja concedido um conceito de “medida adequada” no art. 3.º, al. q), só através de uma análise casuística se poderá perceber a efetiva adequação da mesma. Esta análise poderá gerar alguma insegurança jurídica e até decisões que poderão contrariar-se, uma vez que serão avaliadas por diferentes EM.

Isto significa que as empresas só serão responsabilizadas se não for razoável considerar-se as medidas adequadas nas circunstâncias do caso em apreço.

Levar-nos-á o exposto à questão: a quem caberá provar que as medidas eram razoavelmente adequadas ao caso concreto?

O ponto 58¹²⁰ esclarece que cabe a cada Estado Membro determinar a quem cabe provar que a ação da empresa era razoavelmente adequada às circunstâncias do caso em concreto. Vimos já que, em função das regras relativas à responsabilidade extracontratual, e se não for estabelecida uma regra especial, será o lesado que terá de fazer prova da culpa da empresa e, neste caso, será cada EM a definir a quem cabe provar o ilícito, isto é, cada EM definirá a quem cabe provar que foi violado o dever de adotar medidas que razoavelmente se esperassem adequadas ao caso concreto. Parece que é este o “erro fatal” do processo legislativo: se colocassem o ónus da parte do lesado, invariavelmente seria prejudicada a eficácia da aplicação do mecanismo da responsabilidade, por outro lado, as regras nacionais serão diferentes entre si, ou seja, arbitrárias, o que fará com que se reorganizem as empresas de forma a minimizar a exposição à responsabilidade¹²¹.

Destruída a questão do ónus da prova, falta refletir sobre a obrigação de meios e a influência que poderá ter na confiança das empresas.

A obrigação de meios, segundo Almeida da Costa, “existe quando o devedor apenas se compromete a desenvolver, prudente e diligentemente, certa actividade para a obtenção de um determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza”¹²². Reflete-se no facto de os obrigados, neste caso as empresas, se comprometerem a um comportamento cuidadoso para alcançar determinados objetivos, mas não assegurando que os mesmos serão conseguidos¹²³.

¹²⁰ Cfr. considerando n.º 58 da proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da UE.

¹²¹ Paces, 2022, p. 2.

¹²² Costa, 2010, p. 733.

¹²³ Abreu, 2022, p. 17.

A verdade é que o facto de estarmos perante uma obrigação de meios pode trazer alguma insegurança jurídica e até alguma assimetria na aplicação das normas de responsabilidade civil. Sendo uma obrigação de meios, não estão as empresas obrigadas a conseguir cessar os eventuais efeitos negativos que as mesmas produzam com a sua atividade, tendo apenas de ter um comportamento diligente.

Como reflete Coutinho de Abreu, no campo da responsabilidade civil as consequências podem ser diferentes em função do cumprimento ou não cumprimento das obrigações a que estão adstritas¹²⁴. Equacionemos uma empresa que não cumpre o seu dever de diligência, no entanto, a sua inércia não causa qualquer dano. Tendo em conta os pressupostos da responsabilidade civil, não existindo dano não poderemos aplicar o artigo 22.º. Se, por sua vez, uma empresa diligente cumpriu as suas obrigações, e não sobrando a responsabilidade para os órgãos de administração porque os mesmos agiram conforme os seus deveres, ainda assim, poderá a empresa ser responsabilizada por danos causados, desde logo, porque o cumprimento do dever de diligência não a exonera de eventual responsabilidade nos termos do direito nacional¹²⁵.

De tudo o que foi exposto, podemos concluir que a proposta de Diretiva constitui, de modo inegável, um avanço considerável na responsabilização das empresas, obrigando as mesmas a diligenciarem por uma melhor atuação, tendo em consideração todos os efeitos que as suas atividades podem acarretar, e mesmo estando perante uma obrigação de meios, sempre as obrigará a adotar uma conduta que lhes permita identificar, prevenir e fazer cessar os seus efeitos negativos reais ou potenciais.

Não poderá, ainda assim, negar-se os eventuais impactos negativos, em termos de segurança jurídica, que estas obrigações podem gerar para a atividade empresarial na UE, nomeadamente no que diz respeito à concorrência entre empresas, já que empresas que não são abrangidas pelo âmbito de aplicação da diretiva poderão continuar a atuar nos mesmos mercados, em concorrência com empresas que terão de cumprir as obrigações estabelecidas pela Diretiva, o que poderá colocar as mesmas em desigualdade concorrencial¹²⁶.

¹²⁴ *Idem, ibidem.*

¹²⁵ *Idem, ibidem.*

¹²⁶ Roessingh, 2022, p. 3.

6. O futuro legislativo

6.1. Decreto-lei ou alteração do código das sociedades comerciais?

É importante perceber qual será a opção do legislador português. Deverá a lei das sociedades comerciais manter-se inalterada? Será mais adequado um DL no momento de transposição da (eventual) Diretiva?

Ainda que sem prescindir das reflexões apresentadas preteritamente, não deverá pelo menos o Código das Sociedades Comerciais definir claramente o *corporate purpose* e enunciar princípios-base de orientação para os administradores¹²⁷?

A proposta de Diretiva traz-nos indubitavelmente algumas soluções inovadoras, como, por exemplo, a integração do dever de diligência nas políticas e nos sistemas de gestão de risco das empresas, a obrigação de os EM assegurarem que as empresas tomam medidas adequadas para identificar os efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos e no ambiente, causados das suas próprias operações ou das operações das suas filiais e, quando relacionadas com as suas cadeias de atividades, das operações dos seus parceiros empresariais¹²⁸, sendo que as empresas que não cumpram os seus deveres de diligência ficam sujeitas a sanções e responsabilidade civil, conforme o estabelecido nos artigos 20.º e 22.º, respetivamente.

Acarretará a transposição da diretiva a alteração do CSC ou será opção a aprovação de um DL que transponha a Diretiva? Sem considerar a questão das competências processuais, que claramente se desviariam para a transposição através de DL própria, parece-nos que fará mais sentido uma alteração do próprio CSC. Uma Diretiva introduzirá uma nova forma de posicionamento das empresas na sociedade no que diz respeito aos objetivos a prosseguir, o interesse social, os deveres da sociedade e a responsabilidade social. Há, portanto, uma nova configuração daquilo que deve ser a atuação das sociedades na sociedade e como tal, esta nova forma de ver as empresas na sociedade acarretará necessariamente uma alteração daquele que é o diploma legislativo pelo qual as mesmas se regem, o Código das Sociedades Comerciais.

6.2. *Comply or explain*

Será o *comply or explain* uma solução a apresentar? Reforçará o mesmo o impacto positivo dos acionistas/administradores no cumprimento das medidas que apelam à sustentabilidade¹²⁹?

¹²⁷ Sjaafjell & Mahonen, 2022.

¹²⁸ Conceito este definido no artigo 3.º, alínea e).

¹²⁹ Och, 2022.

É preciso perceber, antes de mais, em que consiste o *comply or explain*. Podemos, desde já, adiantar que é uma técnica muito usada em matéria de *corporate governance*, constituindo *soft law*¹³⁰ e permitindo uma atuação mais flexível das sociedades, obrigando a dar notícia do grau de cumprimento das normas e ficando obrigadas a fundamentarem a omissão dos deveres estabelecidos. O que está verdadeiramente em causa é um dever de prestar informação quanto ao grau de cumprimento das normas, ou seja, devem as empresas declarar quais os preceitos que cumprem e justificar o não cumprimento dos demais.

É importante compreender o porquê de esta ser uma questão levantada. Desde logo, o paradigma adotado pretende que a questão da sustentabilidade empresarial “deixe de repousar apenas em normas internacionais voluntárias”¹³¹. Partir-se-á do princípio de que o objetivo é efetivamente uma alteração do direito das sociedades, da responsabilização das empresas de forma a entrelaçar-se melhor a atuação das mesmas com as questões sociais e ambientais e, como já foi enunciado, uma redefinição dos horizontes e prioridades.

É aqui que surge a ponderação entre as normas mais permeáveis ou imposições rígidas, de conteúdo fechado, que poderão conduzir mais facilmente à existência de brechas legais, o que daria margem de manobra aos operadores do mercado a agirem conforme os trâmites legais, mas contrariamente ao cerne dos mesmos.

Não fará, então, sentido implementar esta técnica mais flexível que permite que, quando não sejam cumpridas determinadas normas, possa o não cumprimento das mesmas ser justificado, evitando assim o mero cumprimento formal das regras?

Nas palavras de Catarina Serra, “O ideal seria mesmo constituir um sistema em que as empresas fossem simultaneamente persuadidas da desejabilidade das condutas e dissuadidas de se desviarem delas, o que implica, simultaneamente, uma certa firmeza (monitorização, comunicação, instrumentos de alerta, fiscalização, prestação de contas, responsabilização e sanções pecuniárias) e uma certa flexibilidade (aconselhamento e assistência e admissibilidade de condutas alternativas do tipo *comply or explain*)”¹³².

A proposta de Diretiva constitui um importante avanço naquele que é o *corporate purpose* das sociedades e, como tal, devem ser criados e fomentados todos os mecanismos que permitam o efetivo cumprimento material das novas medidas, sendo que é sabido que medidas demasiado rígidas fomentam o *lip service* e esse não é, de todo, o fim a que se propõe o projeto europeu.

¹³⁰ Efigénia, 2015, pp. 4-5.

¹³¹ Antunes, 2022, p. 2000.

¹³² Serra, 2022, p. 41.

Conclusão

Depois de todas as matérias abordadas ao longo dos últimos capítulos, chegou o momento de retirarmos algumas conclusões.

O processo legislativo em curso constitui um ponto de partida necessário e imprescindível para a transição para uma economia sustentável e neutra, transição esta que só feita à escala global poderá surtir os efeitos pretendidos, tendo em conta que uma efetiva proteção dos direitos humanos e do ambiente apenas poderá ser atingida se prosseguida através de um compromisso universal. Só através de uma harmonização legislativa, como a que a proposta de Diretiva ambiciosa, poderemos atingir os objetivos estabelecidos, obstando assim ao mecanismo do *forum shopping*, que poderia ser mobilizado pelas empresas para fugirem às obrigações que o processo legislativo pretende estatuir.

Os avanços e recuos ao longo do processo legislativo pretendem alcançar a clareza e segurança jurídica necessárias à efetiva mudança do paradigma empresarial, sendo que a Orientação Geral permite que se avance para o início das negociações com o Parlamento Europeu.

Questões como o dever dos órgãos de administração e a remuneração dos mesmos têm de ser esclarecidas, como forma de alinhar a atuação dos administradores/gerentes à sustentabilidade ambicionada.

Para se atingir a segurança jurídica essencial ao cabal cumprimento das obrigações agora propostas, é crucial que, nos próximos passos, se esclareçam as dúvidas que ainda subsistem, nomeadamente no que concerne ao ónus da prova relativo ao ilícito, ponto que consideramos ser capital para se atingir a estabilidade necessária para o impulso das empresas se coadunarem com os objetivos ambientais e sociais.

Por fim, cumpre-nos apenas concluir que não basta esta (tentativa de) mudança legislativa, já que aquilo que mais vemos são alterações em que tudo termina da forma que começou.

Aquilo em que precisamos de investir é na qualificação dos órgãos de administração no que diz respeito a temas ambientais e sociais, é colocar na ordem do dia a discussão do tema da sustentabilidade. Só desta forma os titulares de participações sociais e os órgãos de administração interiorizarão a importância do alinhamento das políticas de governação empresariais com a sustentabilidade almejada, deixando de olhar para políticas empresariais alinhadas com critérios *ESG* como um mero gasto económico, mas visualizando as mesmas como estas devem ser vistas: um verdadeiro investimento.

Bibliografia

- ABREU, J.M.C (2006). *Do abuso de direito*. Coimbra: Almedina.
- ABREU, J.M.C (2007). Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social. In *Reformas do Código das Sociedades, IDET*, n.º 3. Coimbra: Almedina.
- ABREU, J.M.C (2021). *Direito das sociedades comerciais*, vol. II, 7.^a ed. Coimbra: Almedina.
- ABREU, J.M.C (2022). Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil (A propósito do projeto de Diretiva do Parlamento Europeu de 10/3/2021). *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 27.
- ANTUNES, A. F. M. (2022). ESG, racionalidade empresarial, e novos contenciosos. *Revista Direito Comercial*. <https://www.revistadedireitocomercial.com>.
- ANTUNES, J. E. (2020). *Direito das sociedades*, 9.^a ed. Demand Liberis.
- BRIGHT, C. & SEQUEIRA, B. (2022). Rumo a uma obrigatoriedade de diligência ambiental e de direitos humanos. *Revista Direito Comercial*. <https://www.revistadedireitocomercial.com>.
- CÂMARA, P. & MORAIS, F. (2022). Conclusion: ESG and challenges ahead. In CÂMARA, P. & MORAIS, F. (eds.). *The Palgrave handbook of ESG and corporate Governance*. Springer Nature Switzerland AG.
- CÂMARA, P. (2022). The systemic interaction between corporate governance and ESG. In CÂMARA, P. & MORAIS, F. (eds.). *The Palgrave handbook of ESG and corporate governance*. Springer Nature Switzerland AG.
- COSTA, M. J. (2010). *Direito das obrigações*, 5.^a edição. Coimbra: Almedina.
- COSTA, R. (2022). *Responsabilidade social na (ir)racionalidade das decisões dos administradores de sociedades*. In COSTA, R. (coord.). *Direito das empresas, reflexões e decisões*. Coimbra: Almedina.
- CUNHA, P. O. (2019). *Direito das sociedades comerciais*, 7.^a ed. Coimbra: 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/catolicalawreview.2018.2004>.
- EFIGÉNIA, A. S. F.M. (2015). O princípio “comply or explain” e a “soft law”. *Revista Eletrónica de Direito*, n.º 1. <https://cije.up.pt/pt/red/edicoes-antiores/2015-nordm-1/o-principio-lidquocomply-or-explainrdquo-e-a-lidquosoft-lawrdquo/>.
- ENRIQUES, L., (2022). ESG and shareholder primacy: Why they can go together. In CÂMARA, P. & MORAIS, F. (eds.). *The Palgrave handbook of ESG and corporate governance*. Springer Nature Switzerland AG.
- EUROPEAN COMMISSION, Directorate-General for Justice and Consumers, (2020). *Study on directors’ duties and sustainable corporate governance: Final report*, Publications Office. <https://data.europa.eu/doi/10.2838/472901>.
- FERRARINI, G. (2022). Sustainable governance and corporate due diligence. In CÂMARA, P. & MORAIS, F. (eds.). *The Palgrave handbook of ESG and Corporate Governance*. Springer Nature Switzerland AG.

- FERREIRA, B. & SEQUEIRA, M. (2022). Business judgement rule as a safeguard for ESG minded directors and warning for others. In CÂMARA, P. & MORAIS, F. (eds.). *The Palgrave handbook of ESG and corporate governance*. Springer Nature Switzerland AG.
- FRIEDMAN, M. (1970). A Friedman doctrine – The social responsibility of business is to increase its profits. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>.
- INSTITUTO PORTUGUÊS DE CORPORATE GOVERNANCE (2020). *Código de Governo das Sociedades*. https://cam.cgov.pt/images/ficheiros/2020/revisao_codigo_pt_2018_ebook-05.11.2020.pdf.
- JENSEN, M. & MURPHY, K. & WRUCK, E. (2004). *Remuneration: Where we've been, how we got to here, what are the problems, and how to fix them*. Harvard NOM Working Paper no. 04-28; ECGI – Finance Working Paper No. 44/2004. <https://ssrn.com/abstract=561305>.
- LEITÃO, L. M. (2017). *Direito das obrigações*, vol. I, 14.^a edição. Coimbra: Almedina.
- LOWENFELD (1997). Forum shopping, antisuit injunctions, negative declarations, and related tools of international litigation. *The American Journal of International Law*. <https://doi.org/10.2307/2954213>.
- MARTINS, M. I. O. (2022). Proposta de Diretiva relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial – Os pressupostos da responsabilidade civil. *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 27..
- MONTEIRO, A.P. & PINTO, P.M. (2020). *Teoria geral do direito civil*, 5.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- OCH, M. (2022). *The case of the missing shareholders in the proposed corporate sustainability due diligence Directive*. <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/03/case-missing-shareholders-proposed-corporate-sustainability-due>.
- PACCES, A. (2022). *Supply chain liability in the corporate sustainability due diligence Directive proposal*. <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/supply-chain-liability-corporate-sustainability-due-diligence>.
- PINTO, F. N. (2015). A responsabilidade civil dos administradores das sociedades – A concretização dos administradores das sociedades. *Revista de Direito Societário*, n.º 1.
- RIBEIRO, M.F. (2009). *Tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*. Tese de Doutoramento em Direito. Porto: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.
- RIBEIRO, M.F. (2014). Remunerações dos administradores e boa governação das sociedades: O Acórdão do STJ de 27 de março de 2014. *Ab Instantia*, n.º 5.
- RIBEIRO, M.F. (2018). Os modelos de remuneração dos membros dos órgãos de administração das sociedades comerciais e as comissões de remunerações. In *A Emergência e o futuro do corporate governance em Portugal, Volume comemorativo do 10.º aniv. do Instituto Português de Corporate Governance*. Coimbra: Almedina.
- RINGE, W.G. & GÖZLÜGÖ, A. (2022). *The EU sustainable corporate governance initiative: Where are we and where are we headed?* Harvard Law School Forum on Corporate

- Governance. <https://corpgov.law.harvard.edu/2022/03/18/the-eu-sustainable-corporate-governance-initiative-where-are-we-and-where-are-we-headed/>.
- RINGE, W.G. (2021). Investor-led sustainability in corporate governance European Corporate Governance Institute. *LawFin Working Paper no. 36, Annals of Corporate Governance*. <https://ssrn.com/abstract=3958960>.
- ROESSINGH, D. (2022). *The proposed CSDD won't end our societal sustainability stalemate*. <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/07/proposed-csdd-wont-end-our-societal-sustainability-stalemate>.
- SERRA, C. (2022). Empresas e human rights due diligence – Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes. *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 27.
- SERRA, C., (2011). Entre corporate governance e corporate responsibility: Deveres fiduciários e interesse social iluminado. In *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra: Almedina.
- SERRANO, I.M. (2022). ESG and executive remuneration. In CÂMARA, P. & MORAIS, F. (eds.). *The Palgrave handbook of ESG and corporate governance*. Springer Nature Switzerland AG.
- SJÅFJELL, B., & MÄHÖNEN, J., (2022). *Corporate purpose and the EU corporate sustainability due diligence proposal*. <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/02/corporate-purpose-and-eu-corporate-sustainability-due-diligence>.
- WINTER, J. (2020). *Addressing the crisis of the modern corporation: The duty of societal responsibility of the board*. <https://ssrn.com/abstract=3574681>.
- XAXIER, V. L. (1999). *Anulação da deliberação social e deliberações conexas*. Tese de Doutoramento. Coimbra: Almedina.

**A desvinculação do sócio face à garantia prestada
através de “aval em branco”**

Ana Sofia Silva Gomes

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria de Fátima Silva Ribeiro

“Petite, et dabitur vobis: quaerite, et
invenietis: pulsate, et aperietur
vobis.” (Matthaeus 7:7)

Agradecimentos

À minha mãe, por todo o apoio, por toda a confiança depositada, e acima de tudo, por todo o amor que me demonstras. Acredita quando te digo que a maior sorte que tenho é ser tua filha, amar-te-ei para todo o sempre.

Ao meu pai, por me ensinar que um silêncio às vezes vale mais do que mil palavras.

Ao meu irmão e à minha cunhada, por toda a cumplicidade.

Ao Francisco e ao Bernardo, porque com eles o tempo passa mais depressa e a vida torna-se leve.

Às minhas queridas Teresas e ao Delfim, por serem incansáveis e por acreditarem em mim, por vezes mais do que eu mesma.

Ao meu Pedro, por todos os dias me demonstrar e ensinar o que é amor incondicional. Obrigada.

À minha orientadora, Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro, por ter despertado em mim, nas suas aulas, um gosto especial pelo Direito Comercial.

Por último, mas não menos importante, aos meus avós, por me terem proporcionado a melhor infância que podia ter.

A todos,

Sou-vos eternamente grata.

Resumo

A prestação de garantias pessoais tornou-se indissociável da concessão de financiamento externo, pelo que é extremamente recorrente a utilização do aval em branco, que, pelas suas características, se adequa aos diferentes contratos de financiamento.

Ora, com o presente estudo, pretendemos facultar uma maior compreensão quanto à utilização do aval em branco, mas também possibilitar uma análise crítica da tutela dos sócios avalistas, que acabam por permanecer vinculados, enquanto garantes, por tempo indeterminado. Assim, iremos procurar expor uma possibilidade que confere uma maior proteção a estes garantes e que, como tal, lhes permite reavaliar o seu interesse em permanecerem vinculados ao aval em branco.

Palavras-chave: Aval em branco; garantias pessoais; financiamento externo; vinculação.

Abstract

The use of personal guarantees has become indissociable from the concession of external financing. In this regard, the use of the so-called “aval em branco” – a personal guarantee in the form of a promissory note which is issued in blank, without reference to the monetary amount nor the due date –, is extremely recurring, since, given its characteristics, it is well suited to the many different financing contracts.

Thus, with this study, we intend to provide a better understanding of the use of the “aval em branco” and perform a critical analysis of guarantors’ protection, which end up being bound as guarantors for an indefinite amount of time. From here, we will bring up a possibility that confers a better protection to said guarantors and as such, allows them to reconsider their interest in staying bound to the “aval em branco”.

Keywords: *Aval em branco*; personal guarantees; external financing; vinculation.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Anot.	Anotação
Art(s)	Artigo(s)
A.U.J	Acórdão Uniformizador de Jurisprudência
CC	Código Civil
C.Com.	Código Comercial
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DL	Decreto-lei
Ed.	Edição
LUC	Lei Uniforme relativa aos Cheques
LULL	Lei Uniforme relativa às Letras e Livranças
N.º(s)	Número(s)
Nt	Nota
P. /Pp.	Página
Reimp.	Reimpressão
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

Índice

Introdução	7
1. Aval: generalidades	8
1.1 Origem e definição	8
1.2 Natureza jurídica	9
1.3 Regime	10
1.4 Pacto de Preenchimento	13
2. Livrança em branco: enquadramento geral	15
2.1 A violação do princípio da responsabilidade limitada	16
2.2 Principais características e respetivas funções	17
2.3 Análise da tutela conferida ao fiador omnibus	19
2.3.1 A tutela do fiador omnibus: análise dos arts. 646.º e) e 654.º do CC	20
2.3.2. A tutela do avalista omnibus	21
3. O sócio que permanece na sociedade: contextualização	23
3.1 A necessidade de tutela do sócio que permanece na sociedade	25
3.1.1 O princípio da proibição dos vínculos obrigacionais perpétuos	26
3.1.2 Fatores característicos da dinâmica societária	27
3.2 Modo de desvinculação unilateral pelo avalista	27
3.2.1 Período de duração mínima	30
3.2.2 A necessidade do pré-aviso	30
4. Caracterização da operação bancária que poderá justificar a desvinculação	31
5. Tutela dos interesses do credor	32
6. A violação do dever de lealdade	32
6.1 Repercussões na relação entre o sócio e a sociedade	34
6.2 Repercussões nas relações com os restantes sócios	34
6.3 Repercussões gerais da desvinculação	35
Conclusão	37
Bibliografia	39

Introdução

A realidade empresarial portuguesa é caracterizada por pequenas e médias empresas que se encontram incapazes de levar a cabo uma atividade estável e duradoura por se encontrarem fortemente descapitalizadas¹. Para além dessa descapitalização, acresce o benefício da responsabilidade limitada que foi atribuído às sociedades, possibilitando que o risco inerente ao desempenho de uma atividade comercial fosse transferido para a esfera dos credores societários.

Conjugando ambos os fatores, os credores societários, como forma de salvaguardarem as suas posições creditórias, acabaram por condicionar a concessão de financiamento à prestação de garantias pessoais por parte dos sócios. Deste modo, o risco comercial voltou a ser transferido para a esfera dos sócios. Ora, uma das garantias pessoais recorrentemente prestada é o aval em branco, que, tal como o nome indica, é o aval subscrito num título ainda por completar, cujo preenchimento ocorrerá nos termos do pacto de preenchimento.

O problema surge relativamente ao caráter temporalmente em aberto do aval em branco; isto, pois, sendo o aval em branco utilizado como garantia de contratos de financiamento assentes numa relação duradoura e sucessivamente renovável, ou mesmo até sendo utilizado para a prestação de uma garantia *omnibus*, o sócio acaba por ficar vinculado por tempo indeterminado, o que entra em conflito direto com o princípio da proibição dos vínculos obrigacionais perpétuos. Desta maneira, caberá ao presente estudo analisar se poderá ser concedida a possibilidade ao sócio avalista de se desvincular do acordo de preenchimento subjacente ao aval em branco.

Neste sentido, começaremos por abordar o regime do aval, referindo algumas questões problemáticas, como a pluralidade de avalistas e o aval *omnibus*; posteriormente, abordaremos os argumentos que poderão sustentar a necessidade de uma maior tutela do sócio avalista, nomeadamente: a possível violação do princípio da proibição dos vínculos perpétuos e as características próprias da dinâmica societária. Finalmente, refletiremos acerca da possibilidade de desvinculação do aval em branco por parte do sócio, que poderá consubstanciar numa solução que assegurará uma maior tutela deste sócio.

¹ A utilização do termo “descapitalizadas” querará dizer que as pequenas e médias empresas apresentam capitais próprios insuficientes, quer para levar a cabo uma atividade comercial estável e duradoura, quer para satisfazer as suas obrigações com terceiros.

Aval: generalidades

Origem e definição

A origem do aval remonta ao século XVI e, de acordo com Menezes Leitão, surge num momento em que se tornou necessário “reforçar a solvabilidade dos títulos mediante a prestação de garantias”², ou seja, a utilização e a própria origem do aval estão intimamente relacionadas com o desenvolvimento dos títulos de crédito. Por sua vez, um “título de crédito” consiste num documento que incorpora um direito literal e autónomo e que serve de suporte à sua circulação e mobilização, o que inclui as letras e livranças, cujo regime está previsto na LULL.

Ambas desempenham uma função de garantia em sentido amplo, pois, caso não ocorra o cumprimento voluntário da obrigação, o credor “dispõe de um meio expedito para, com economia de tempo e de despesas, obter a satisfação do seu direito”³. Assim, não há necessidade de provar o incumprimento do devedor ou a existência do crédito, pois, nos termos do art. 703.º, n.º 1 al. c) do CPC, a letra ou livrança funciona como título executivo, bastando ao credor mover uma execução.

Considerando o regime das letras e livranças⁴ presente na LULL, nomeadamente, os arts. 1.º e 75.º, verifica-se que há determinados requisitos obrigatórios que devem ser analisados para que se possa afirmar a existência de um título de crédito. Todavia, é possível existirem livranças que não possuam todos os requisitos indicados no art. 75.º da LULL, sendo que nesses casos podemos estar na presença de uma livrança em branco, em que existe uma assinatura que foi elaborada com intenção de contrair uma obrigação cambiária⁵.

No que diz respeito à definição de aval, nas palavras de Pedro Pais de Vasconcelos, “o aval é o negócio cambiário unilateral e abstrato que tem por conteúdo uma promessa de pagar e por função a garantia desse pagamento”⁶. Assim, o avalista garante o pagamento da livrança assumindo uma obrigação direta e pessoal perante o credor cambiário, garantindo-lhe que o título será pago, mesmo que o avalizado não pague⁷.

Ora, o aval pode surgir tanto da subscrição de um título completo, como da subscrição de um título em branco; o primeiro diz respeito àquele que permite que o

² Menezes Leitão, 2019, p. 130.

³ Cunha, 2022, p. 23.

⁴ Na presente dissertação, a utilização dos termos “letra” ou “livrança” é feita sem diferenciação, sendo que, daqui em diante, apenas se utilizará o termo “livrança”.

⁵ Considerando o Ac. do STJ de 03-05-2005, Proc. n.º 05A1086: “A livrança em branco pode definir-se como sendo aquela a que falta algum dos requisitos indicados no art. 75.º da Lei Uniforme sobre Letras e Livranças, mas que incorpora, pelo menos, uma assinatura que tenha sido feita com intenção de contrair uma obrigação cambiária”.

⁶ Vasconcelos, 1988/1989, p. 74.

⁷ Neste mesmo sentido Cunha, 2022, p. 387.

avalista conheça “previamente o montante pelo qual poderá vir a ter de responder”⁸, assim como a data de vencimento do título de crédito; já o segundo é aquele que comporta um direito de crédito ainda por definir, uma vez que pode faltar determinar o respetivo montante e/ou a respetiva data de vencimento. Desta maneira, entende-se que o avalista em branco tem de suportar três riscos diferentes: o risco de avalizar algo sem saber o montante concreto da dívida, o risco de o conteúdo que vier a ser inserido no título ser divergente da vontade inicialmente manifestada por si e, ainda, o risco de a garantia prestada ser acionada em momento incógnito.

Em suma, e considerando a definição feita por Menezes Leitão:

“O aval consiste numa garantia pessoal das obrigações cartulares, mais precisamente das resultantes de letras e livranças (arts. 30.º e ss. da LULL) e dos cheques (arts. 25.º e ss. da LUC), sendo prestado por um terceiro, (...), em ordem a garantir o pagamento, por algum dos co-obrigados no título, da obrigação nele incorporada ou de parte dela (art. 30.º da LULL e art. 25.º da LUC)”⁹.

Natureza jurídica

A natureza jurídica do aval tem sido bastante discutida na doutrina, podendo referir-se as seguintes teorias: a teoria do aval-fiança¹⁰, segundo a qual o aval tem uma natureza idêntica à da fiança, consistindo numa garantia pessoal acessória da obrigação do avalizado. Esta acessoriedade encontra fundamento na forma como está redigido o art. 32.º da LULL, já que o avalista será responsável nos mesmos termos do avalizado, e no art. 632.º, n.º 2 do CC, já que a fiança, tal como o aval, subsiste em certos casos de invalidade da obrigação garantida. Existe ainda a teoria do aval-garantia híbrida, defendida pela maioria da doutrina, nomeadamente por Paulo Cunha e Ferrer Correia¹¹, de acordo com a qual, apesar de o aval apresentar certas semelhanças com o regime da fiança¹², não pode ser qualificado como tal, uma vez que a obrigação do avalista é autónoma e não acessória. Por último, segundo a teoria do aval-garantia autónoma¹³, o

⁸ Aleixo, 2016, p. 625.

⁹ Menezes Leitão, 2019, pp. 130-131.

¹⁰ Neste sentido, Olavo, 1959, pp. 402 e ss. *apud* Menezes Leitão, 2019, p. 136.

¹¹ Neste sentido, Correia, 1975, pp. 522-523 *apud* Menezes Leitão, 2019, p. 137.

¹² Tal como está presente no Ac. do STJ de 1-07-2003, Proc. n.º 03A1942: “o aval, embora com natureza jurídica semelhante à da fiança, não pode confundir-se com esta”.

¹³ Neste sentido, Gonçalves, 2003, pp. 27-29 *apud* Menezes Leitão, 2019, p. 137.

aval consiste numa garantia unilateral, “que surge mediante declaração não receptícia, abstrata, independente e autónoma”¹⁴.

Regime

Primeiramente, é necessário considerar o art. 30.º da LULL, segundo o qual caberá ao avalista assegurar o pagamento da livrança “ao destinatário da ordem de pagar”¹⁵, pois tal advém da obrigação assumida enquanto avalista.

Já nos termos dos arts. 32.º da LULL e 27.º da LUC, conseguimos visualizar a autonomia tão característica do aval, uma vez que a obrigação do avalista se mantém mesmo quando a obrigação que garantiu seja “nula por qualquer razão que não seja um vício de forma”¹⁶, ou seja, a obrigação do avalista não é afetada por circunstâncias externas, nomeadamente por razões que possam emergir da relação subjacente que lhe deu origem. Não obstante, há determinadas circunstâncias que, quando verificadas, permitem concluir que esta autonomia não é plena, pois quando ocorre um vício de forma ou um preenchimento abusivo do título e o portador está de má-fé ou cometeu falta grave, não se justifica a proteção conferida ao portador através do art. 32.º e, como tal, a autonomia da obrigação do avalista não irá prevalecer, sendo oponível ao portador a violação do pacto de preenchimento.

Assim sendo, “a obrigação do avalista é materialmente autónoma, ainda que formalmente dependente da obrigação do avalizado”¹⁷, ao passo que a fiança é uma garantia de natureza acessória, visto que a nulidade da obrigação principal implica a desobrigação do fiador. Além do mais, a fiança possui uma subsidiariedade característica, pelo que o fiador poderá fazer uso do benefício da excussão prévia e recusar o cumprimento da obrigação até o credor executar todos os bens do devedor que possam satisfazer o seu crédito, o que não ocorre com o aval, já que o credor cambiário pode optar por acionar o avalista ou avalizado sem que o primeiro possa exigir a excussão prévia dos bens do avalizado.

No que concerne à pluralidade de avalistas, a doutrina não é unânime relativamente ao regime a adotar. Ora, nos termos do art. 49.º da LULL, apenas será conferido direito de regresso ao obrigado cambiário que proceda ao pagamento da livrança, podendo obter ressarcimento junto dos seus garantes; acontece que os diversos avalistas não são garantes uns dos outros, pelo que entre estes não há pretensões

¹⁴ Aleixo, 2016, p. 619.

¹⁵ Mendes, 2015, p. 592.

¹⁶ Art. 32.º da LULL.

¹⁷ Ac. do STJ de 01-07-2003, Proc. n.º 03A1942.

cambiárias, daí que se possa concluir que a LULL não prevê qualquer direito de regresso conferido ao avalista *solvens* face aos restantes avalistas.

Assim, surgem diversas correntes doutrinárias que tentam dar resposta a esta questão; por um lado, há quem defenda a aplicação do regime civilista da pluralidade de fiadores, em específico do art.650.º do CC; por outro lado, há quem defenda a necessidade de existir uma convenção extracartular que consagre o direito de regresso. Ora, o art. 650.º do CC, se aplicado, provocaria uma série de complicações: primeiramente, permitiria ao avalista acionar cambiariamente os restantes avalistas, possibilidade essa que não é conferida na LULL; por conseguinte, a aplicação do n.º 3 do art. 650.º do CC acabaria por negar ao avalista *solvens* o direito de regresso contra os demais avalistas antes de haver previamente executado todos os bens do devedor principal, o que não é possível, já que não é conferida ao avalista a subsidiariedade ou o benefício da divisão característicos da fiança.

Um outro prisma é-nos dado por autores como Menezes Leitão¹⁸, que refere que havendo pluralidade de avalistas e tendo um procedido ao pagamento na totalidade da obrigação cambiária, este detém sobre os restantes avalistas um direito de regresso, sendo a responsabilidade destes solidária¹⁹.

Em sentido contrário temos Pedro Pais de Vasconcelos²⁰, que refere que apenas “com um acordo extracambiário é que o avalista que pagou poderá exigir dos outros avalistas a compensação total ou parcial do que tiver pago”²¹. Melhor dizendo, se os avalistas nada estipularem entre si, então nada poderão exigir uns dos outros. Carolina Cunha acaba por contestar esta mesma posição, já que o direito de regresso encontra a sua fonte na lei e não numa qualquer convenção extracartular, tal como se conclui através de uma análise conjunta dos arts. 47.º da LULL, 524.º do CC e 100.º do C.Com.

Assim, além de estar presente na LULL a solidariedade dos avalistas e no CC o direito de regresso, consta do C.Com. que todas as obrigações comerciais, como é o caso das obrigações cambiárias²², tornam os coobrigados solidariamente responsáveis. Desta forma, pela interpretação dos três artigos confirma-se a plausibilidade de aplicar o regime da solidariedade passiva.

Ademais, equacionando os casos em que não foi elaborada convenção extracartular e, como tal, os avalistas não estabeleceram qualquer acordo relativamente

¹⁸ Menezes Leitão, 2019, p. 133; Solução também defendida por Cunha, 2010, pp. 304 e ss.

¹⁹ Seguindo assim o regime das obrigações solidárias, nos termos dos arts. 516.º e 524.º do CC.

²⁰ Solução que aflorou no Ac. do STJ de 23-11-2010, Proc. n.º 1955/09.5T2AGD-B.C1.S1 e no Ac. do STJ de 25-03-2010, Proc. n.º 482/1999.C1.S1.

²¹ Vasconcelos, 2014, p. 26.

²² As obrigações cambiárias são obrigações comerciais pelo facto de resultarem de negócios jurídicos cambiários, que consistem em atos de comércio objetivos, de onde deriva a aplicação do regime da solidariedade passiva.

ao pagamento da dívida, se um deles proceder ao pagamento integral da dívida, a negação do direito de regresso introduz várias dificuldades. Por um lado, estaria a ser introduzido um elemento de aleatoriedade, já que a responsabilidade cambiária recairia apenas sobre um avalista (escolhido aleatoriamente pelo avalizado), apesar de os restantes terem aceite o risco inerente à ocupação de tal posição; por outro lado, estar-se-ia a condenar comportamentos diligentes, pois havendo direito de regresso poderia existir algum avalista que propusesse proceder ao pagamento de forma voluntária, mas sem a salvaguarda conferida por esse direito certamente não quererá arriscar a sua estabilidade financeira.

A verdade é que, considerando o A.U.J. de 5 de junho de 2012, o mesmo concluiu o seguinte:

“A não ser que os interessados tenham prevenido um tal resultado, não deve ser negada ao avalista que tenha suportado o pagamento da quantia avalizada (ou que tenha suportado uma parte mais elevada do que aquela que lhe competia) o direito de regresso relativamente aos demais avalistas, considerando mais ajustada uma solução em que se assuma, como regra, a distribuição interna da responsabilidade patrimonial nos termos que vigoram para as obrigações solidárias (arts. 524.º e 516.º do Código Civil), à semelhança do que especificamente está previsto no art. 650.º do Código Civil para a pluralidade de fiadores”²³.

Com a presente decisão, o STJ afastou-se quer da posição que sustenta a aplicação do regime da pluralidade de fiadores, quer da que defende a necessidade de existir uma convenção extracambiária para fundamentar a existência de um direito de regresso do avalista *solvens* sobre os restantes. O Supremo Tribunal decidiu pela aplicação do regime geral da solidariedade passiva, sendo concedido ao avalista *solvens* o direito de regresso contra os demais avalistas, através dos arts. 516.º e 524.º do CC²⁴.

²³ Ac. do STJ de 05-06-2012, Proc. n.º 2493/05.0TBBCL.G1.S1.

²⁴ Não obstante, os avalistas poderão decidir os termos concretos em que tencionam repartir o encargo económico, através de convenções extracartulares.

Pacto de preenchimento

É cada vez mais comum os avalistas deixarem explícita a forma como é regulado e suportado o custo da execução dos avales, já que os avales são prestados para “caucionar uma mesma responsabilidade da sociedade”²⁵. Além de que, sendo prestados os avales, há sempre a possibilidade de os sócios-avalistas virem a ser executados, sendo comum optarem por realizar convenções extracambiárias, podendo ser explícitas ou tácitas, escritas ou orais.

O pacto de preenchimento é definido pelo STJ como um “contrato firmado entre os sujeitos da relação cambiária e extracartular que define em que termos deve ocorrer a completude do título cambiário”²⁶, ou seja, é através dele que as partes ajustam os detalhes da obrigação cambiária, nomeadamente a fixação do seu montante, a fixação de juros e o tempo de vencimento²⁷. Por conseguinte, será através deste pacto que “o portador ficará com o poder de completar o documento”²⁸, fazendo com que nasça a garantia cambiária.

Ora, a forma mais simples de regular o peso suportado pelos coavalistas será através da partilha “na proporção das suas participações”²⁹, isto é, o custo suportado por estes, em consequência da cobrança do aval, será de acordo com as suas participações sociais. Por outro lado, poderão vir a ser estipuladas determinadas especificidades, nomeadamente a desoneração de algum avalista em caso de ocorrer a execução do aval, podendo os motivos invocados consistir no facto de não concordarem com a operação ou não se sentirem financeiramente capazes de assegurar o cumprimento da obrigação. Mesmo assim, aceitam prestar o aval, por saberem que, se não aceitarem, provavelmente haverá um prejuízo para a sociedade, visto que o financiamento poderá vir a ser recusado³⁰.

Se, porventura, nada for expressamente definido, não quer isso dizer que o regime de partilha entre os avalistas seja indeterminável, pois nos termos do art. 217.º do CC será possível uma “estipulação tácita”³¹, através da participação social de cada um.

É de sublinhar que o preenchimento da livrança não é um requisito da sua existência, mas apenas “da exigibilidade do seu pagamento”³², uma vez que, antes de estar

²⁵ Vasconcelos, 2014, p. 25.

²⁶ Ac. do STJ, 25-05-2017, Proc. n.º- 9197/13.9YYLSB-A.L1.S1.

²⁷ A utilização do pacto de preenchimento é extremamente vantajosa para todos os envolvidos, quer para o avalizado, avalista ou portador, pois prevendo as consequências de determinadas circunstâncias, serão evitadas situações menos vantajosas e imprevisíveis para todos.

²⁸ Mendes, 2015, p. 599.

²⁹ Vasconcelos, 2014, p. 25.

³⁰ Nestes casos, a convenção extracambiária será inoponível ao credor, não obstante, é assegurado que os demais avalistas assumirão os custos inerentes à prestação do aval.

³¹ Vasconcelos, 2014, p. 24.

³² Vasconcelos, 2018, p. 381.

completamente preenchida, as assinaturas dos intervenientes cambiários já os vinculam perante quem vier a ser o portador.

Ao preencher o título, o portador está obrigado a respeitar este pacto, caso contrário o avalizado pode opor-lhe a exceção de preenchimento abusivo e, havendo preenchimento abusivo³³ nos termos do art. 10.º da LULL, cabe ao subscritor em branco o ónus de provar a má-fé ou falta grave do portador da letra, assim como “a desconformidade do conteúdo inserido com a vontade por si inicialmente manifestada”³⁴.

Com o pacto de preenchimento da livrança em branco, há doutrina que defende o surgimento do chamado pacto de aval em branco³⁵, que consiste também numa convenção executiva subjacente ao aval. Esta convenção compreende um acordo entre o avalista e o avalizado sobre o caráter gratuito ou oneroso do aval, o modo como o avalizado deve responder perante o avalista em regresso, qual o montante e tempo máximo de vigência do aval e, ainda, se será ou não possível uma futura desvinculação por parte do avalista.

De forma a entender-se melhor: se, por exemplo, tiver sido convencionado, num contrato de financiamento, com o avalista, que o valor em dívida não poderá ultrapassar um determinado montante, então o avalizado está extracambiariamente vinculado perante o avalista e o não cumprimento originará um direito de indemnização por parte deste último pelos danos que lhe tenham sido causados devido ao aumento do montante para lá do estabelecido.

São evidentes as semelhanças que existem com o pacto de preenchimento. Logo, acreditamos que apenas será defensável a utilização deste termo nas situações em que os avalistas são pessoas diferentes daquelas que vinculam a sociedade que subscreveu a livrança em branco. Isto justifica-se, pois, na maioria dos casos, no próprio contrato celebrado entre o banco e o cliente consta que a entidade bancária fica autorizada a preencher a livrança em branco “no valor e na data de vencimento pelo saldo em dívida daquela operação bancária”³⁶. Nestes casos, o pacto de preenchimento e o pacto de aval em branco confundem-se, pois quer o avalizado, quer o avalista participam e assinam o mesmo pacto de preenchimento³⁷.

³³ Menezes Leitão, 2019, p. 135: “tem-se considerado ser necessário a interpelação prévia ao avalista antes do preenchimento do título, de forma a ter conhecimento da data de vencimento e do montante exato da garantia prestada”; nesse sentido, Ac. do TRL de 11-10-2016, Proc. n.º 4233.10.3TBVFX-A.L1-7.

³⁴ Cunha, 2013, p. 95.

³⁵ Nome proposto pelo autor Pedro Pais de Vasconcelos.

³⁶ Vasconcelos, 2018, p. 390.

³⁷ Se, por acaso, o pacto for celebrado apenas entre o avalista e o avalizado, tal não poderá ser oposto ao portador da livrança, já que este não participou na elaboração do pacto.

Resumidamente, poder-se-á dizer que o subscritor em branco se vincula em termos condicionais: “apenas ‘se’, ‘quando’ e por ‘quanto’ estiver previsto no acordo de preenchimento”³⁸.

Livrança em branco: enquadramento geral

A livrança em branco é normalmente prestada num contexto em que o direito de crédito em questão não está inteiramente definido, sendo prestada, sobretudo, no âmbito de relações contratuais duradouras. Assim, o recurso à livrança em branco é caracterizado por dois fatores essenciais: por um lado, a incerteza, que deriva do “caráter eventual e quantitativamente indeterminado”³⁹ da responsabilidade do avalista, e, por outro, a garantia, que permite o acesso imediato à via executiva, permitindo simultaneamente ao credor deter o título em branco.

É esta adaptabilidade característica da subscrição em branco que dá azo a que o aval prestado sobre livrança em branco seja recorrentemente utilizado pelas instituições bancárias para garantir contratos de financiamento, o que acaba por constituir “um reflexo da descapitalização generalizada do tecido empresarial português”⁴⁰; isto é, as empresas apresentam um volume de capitais próprios desajustado em relação ao volume de negócios. De facto, caso se tratasse de uma sociedade adequadamente capitalizada, esta deveria conseguir negociar com as entidades bancárias e até colocá-las em competição umas com as outras, culminando na obtenção de crédito sem a necessidade de prestar aval, ou, então, poderiam exigir a subscrição de livranças em branco “não necessariamente avalizadas pelos sócios”⁴¹.

No entanto, não é isto que se verifica em Portugal, pois as empresas não conseguem demonstrar aos bancos o grau de solvabilidade⁴² necessário para obter financiamento sem garantias, acabando por recorrer às instituições bancárias para resolver situações de crise, em vez de investirem no desenvolvimento da atividade comercial.

³⁸ Cunha, 2013, p. 96.

³⁹ Cunha, 2022, p. 180.

⁴⁰ Vasconcelos, 2018, p. 371.

⁴¹ *Ibidem*, p. 369. Deste modo, a livrança passaria a ter como função principal facilitar a cobrança em caso de incumprimento e não uma função de índole compulsória.

⁴² A solvabilidade consiste nos meios que a sociedade dispõe para fazer face aos seus compromissos a médio e a longo prazo.

A violação do princípio da responsabilidade limitada

O princípio da responsabilidade limitada encontra-se consagrado no ordenamento jurídico português nos arts. 197.º, n.º 3 e 271.º do CSC e, segundo este princípio, havendo dívidas da sociedade, responderá apenas o património da sociedade e não o património pessoal dos sócios. Este privilégio foi concedido no pressuposto de que não existiria uma transferência total do risco resultante da exploração económica de determinada atividade para terceiros, pois a partir do momento em que tal ocorre, surge a necessidade por parte dos credores de protegerem os seus financiamentos e conseguirem obter o retorno daquilo que prestaram. Assim sendo, é frequente os credores exigirem como requisito *sine qua non* para a celebração de determinados contratos “a prestação de garantias pessoais pelos sócios, cujos patrimónios passam, assim, a responder por alguma vicissitude da atividade societária”⁴³. Por sua vez, os sócios acabarão por aceitar estas exigências, já que o principal objetivo é garantir o financiamento e, deste modo, “prosperar na sua atividade social”⁴⁴.

Fazendo parte da *praxis* bancária a exigência de garantias, há quem considere que tal irá “deixar os sócios-garantes de uma sociedade de responsabilidade limitada mais desprotegidos do que os sócios de responsabilidade ilimitada”⁴⁵, uma vez que, conseguindo a prestação de garantias a seu favor, estes credores, que, normalmente, são os principais financiadores da sociedade, fazem com que os sócios de responsabilidade limitada⁴⁶ acabem por garantir pessoalmente uma parte considerável do passivo societário.

A verdade é que, considerando aquilo que está presente no nosso ordenamento jurídico, qualquer empresário tem conhecimento de que não é necessário dotar diretamente a sociedade de um capital social suficiente para a exploração de uma certa atividade económica, pois as sociedades são constituídas através de “uma confissão de esperança de crédito”⁴⁷, o que quer dizer que é evidente que uma sociedade necessitará de financiamento alheio para sedimentar a sua posição no mercado. Raras são as empresas que não necessitam de obter crédito por parte de entidades bancárias e que foram criadas com capital social suficiente para levar a cabo a sua atividade. Por conseguinte, acreditamos que recorrer a financiamento alheio é o que faz potenciar o comércio e a criação de riqueza, pois uma vez descapitalizadas, as empresas apresentam dificuldade em aceder ao crédito proporcionado por entidades bancárias, e é a subscrição pela sociedade de livranças em branco avalizadas pelos sócios que permite um aumento

⁴³ Cunha, 2013, p. 105.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Cunha, 2019, p. 250.

⁴⁶ Ao contrário do que acontece com as sociedades em nome coletivo, em que os sócios respondem com todo o seu património perante todos os credores sociais.

⁴⁷ Ventura, 2005, p. 76 *apud* Ribeiro, 2013, p. 25.

da sua capacidade de crédito⁴⁸. Obviamente, o ideal seria que as empresas tivessem meios de financiamento próprios e recorressem a capital alheio apenas para expandirem a sua atividade de negócio, de tal forma que nem seria necessário avalizar livranças em branco; porém, considerando o contexto empresarial português, tal é praticamente impossível.

Em suma, o princípio da responsabilidade limitada consiste num benefício extremamente valioso para a constituição de sociedades, que transferiu para a esfera dos credores sociais o risco associado ao exercício de atividade económica. No entanto, como forma de “contrabalançar a repartição do risco levada a cabo pelo mecanismo da responsabilidade limitada”⁴⁹, os credores sociais acabaram por tornar o financiamento externo destas sociedades indissociável da prestação de garantias pessoais pelos seus sócios.

Principais características e respetivas funções

Além do facto de uma grande parte das empresas portuguesas se encontrar com capitais próprios insuficientes, o que leva à necessidade de os credores salvaguardarem os seus interesses através da exigência de garantias, o aval em branco apresenta determinadas características que o tornam uma das garantias mais utilizadas nos contratos de financiamento.

Primeiramente, os contratos de financiamento são caracterizados por uma grande incerteza, nomeadamente “quanto ao se e ao quando do incumprimento”⁵⁰, já que, normalmente, o “reembolso é fracionado e prolongado no tempo (...) o que acaba por inviabilizar a aposição *ab initio* de uma data de vencimento para a obrigação cambiária”⁵¹. Além do mais, ainda há a indeterminação do montante, que tanto pode diminuir, caso ocorra o pagamento dos respetivos financiamentos, como aumentar, caso haja mais financiamento⁵²; como resultado, também não será possível fixar *ab initio* o montante da obrigação cambiária. É esta capacidade de se adaptar à realidade dos contratos de financiamento que tornam a subscrição em branco tão apelativa, já para não referir a segurança acrescida proporcionada ao credor, pois para além da posse do título em branco lhe possibilitar o acesso imediato à via executiva, é-lhe dada a possibilidade

⁴⁸ Vasconcelos, 2018, p. 373.

⁴⁹ Cunha, 2019, p. 250.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 251.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Um simples exemplo destas situações é o caso da abertura de crédito em que se estipula um montante máximo, mas não um valor certo de financiamento. Nestes casos, só aquando do vencimento é que se vai liquidar o montante em dívida. Além do mais, muitas vezes não se sabe, no momento em que é concedido o crédito, qual a data em que a dívida se virá a vencer, pelo que não será possível saber o valor exato da dívida enquanto esta não se vencer.

de, chegado o momento, completar o título em branco, de acordo com o convencionado, mas sem a necessidade de se obter uma nova manifestação de vontade do devedor⁵³.

Face a tudo o que foi exposto, compreende-se facilmente a posição de Pedro Pais de Vasconcelos quando refere que “a exigência de aval constitui uma constatação do mau crédito”⁵⁴, pois o avalizar em branco apenas se justifica quando a sociedade não tem património suficiente para “suportar o crédito que lhe é concedido”⁵⁵. O aval torna-se desnecessário quando a sociedade devedora está numa situação económica estável⁵⁶ e consegue demonstrá-lo.

Nessas situações de maior fragilidade económica, poderia ser de equacionar uma recapitalização da sociedade, por exemplo, através do aumento de capital ou de novas entradas; todavia, tendo em conta a atualidade empresarial, os sócios não se encontram disponíveis para despende elevados montantes como forma de aumentar o capital da sociedade, pelo que é mais conveniente a prestação do aval, visto que existe sempre a esperança de que não venha a ser necessária a sua ativação; assim, “a prestação dos avales permite-lhe(s) adiar e, desejavelmente, evitar desembolsar dinheiro”⁵⁷.

Resumidamente, a melhor forma de os credores sociais salvaguardarem a sua posição é concederem financiamento a empresas que se apresentem numa situação estável e, como tal, sejam capazes de cumprir as suas obrigações a curto, médio e longo prazo. Acontece que, face ao que foi referido anteriormente, essa situação é meramente utópica. Por isso, os credores sociais exigem a prestação de garantias como forma de garantir, por um lado, que em caso de incumprimento seja possível ativar o aval através do preenchimento da livrança (que funcionará como título executivo) e, por outro, o simples facto de ter sido prestado um aval fará com que gerentes e administradores façam os possíveis para que o mesmo não seja acionado, forçando-os a uma atuação responsável e diligente sobre a gestão da sociedade.

Deste modo, o aval prestado por sócios numa livrança em branco apresenta diferentes funções: primeiro, uma função coerciva; segundo, facilita a cobrança do crédito, já que, uma vez preenchida, a livrança constitui título executivo⁵⁸ e “permite ao credor entrar diretamente em execução”⁵⁹; por fim, possui uma função de reforço da garantia patrimonial, já que há mais um património que poderá ser executado em caso de incumprimento.

⁵³ Cunha, 2022, p. 181.

⁵⁴ Vasconcelos, 2018, p. 370.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Ou seja, quando está “solidamente capitalizada”.

⁵⁷ Vasconcelos, 2018, p. 371.

⁵⁸ Art. 501.º, n.º 1, al. c) do CPC.

⁵⁹ Vasconcelos, 2018, p. 369.

Análise da tutela conferida ao fiador *omnibus*

Face ao contexto societário atual, em que é cada vez mais frequente avalistas subscreverem livranças em branco, tem sido discutido até que ponto fará sentido continuar a “desprezar” estes avalistas ao não lhes garantir a proteção conferida a outros garantes pessoais. A verdade é que, sendo este tipo de garantias frequentemente utilizado, ou melhor, requisitado, pelas entidades bancárias, estas demonstram uma resistência a qualquer solução que possa implicar um enfraquecimento da salvaguarda da sua posição creditória. Assim, os bancos tendem a levar os seus interesses avante em detrimento dos dos sócios-avalistas, que simplesmente aceitam as exigências implementadas pela instituição, numa ideia geral de “pegar ou largar”, já que as vinculações contratuais existentes entre bancos e sociedades avalizadas são feitas através de formulários padronizados a que os avalistas se limitam a aderir.

Ora, como foi referido anteriormente, o contexto societário português é caracterizado por uma descapitalização acentuada e, como tal, as sociedades avalizadas encontram-se como a parte mais fraca deste tipo de contratos de financiamento, já que necessitam urgentemente de crédito para continuar com a sua atividade comercial, acabando muitas vezes por prestar garantias sem analisar devidamente a situação e sem entender o risco implícito na sua prestação.

Neste sentido, a jurisprudência e a própria doutrina têm adotado uma conduta particularmente atenta à necessidade de proteção dos garantes, visto que o seu acionamento pode levar a autênticas derrocadas económico-financeiras. Um simples exemplo desta atenciosidade conferida aos garantes, em especial aos garantes-fiadros, é a decisão do A.U.J n.º 4/2001.

O referido acórdão fixou jurisprudência da seguinte forma:

“É nula, por indeterminabilidade do seu objeto, a fiança de obrigações futuras, quando o fiador se constitua garante de todas as responsabilidades provenientes de qualquer operação em direito consentida, sem menção expressa da sua origem ou natureza e independentemente da qualidade em que o afiançado intervenha”.

Antes de mais, compete-nos esclarecer em que consiste a fiança *omnibus*, que é definida como sendo a garantia em que o fiador garante o pagamento de todas as dívidas de um devedor, podendo incluir tanto obrigações presentes como futuras, desde que sejam determináveis, sendo, em caso contrário, nula nos termos do art. 280.º, n.º 1 do CC.

Uma prestação diz-se indeterminada, mas determinável quando não se sabe qual o seu conteúdo, mas existe algum critério para proceder à sua determinação; pelo contrário, diz-se indeterminável quando não houver qualquer critério para proceder à sua determinação, sendo nesse caso a obrigação nula, por respeito ao princípio da

proibição da autosujeição patrimonial de um sujeito relativamente à atuação de outro. Portanto, o A.U.J. entendeu ser intolerável a incerteza em torno da fiança *omnibus* prestada por um fiador que não consegue vislumbrar os limites da sua responsabilidade. Ora, apesar de se entender a posição do STJ neste assunto, já que em causa está uma violação do princípio da autosujeição patrimonial que proíbe a disposição livre do património alheio, sob pena de violação dos bons costumes, alguns autores⁶⁰ mencionam a sua perplexidade quando a decisão presente neste acórdão é considerada inaplicável ao *aval omnibus*⁶¹, uma vez que ambas as garantias consistem em garantias genéricas e apresentam várias similitudes.

A tutela do fiador *omnibus*: análise dos arts. 646.º e) e 654.º do CC

Um outro aspeto que demonstra uma preocupação acrescida na tutela do garante fiador é a redação dos artigos 648.º e) e 654.º do CC, que permitem a liberação do fiador *omnibus*.

Começando pelo art. 648.º e), este permite a liberação do fiador quando tenha decorrido o prazo de cinco anos sobre a prestação da fiança e a obrigação principal não tenha termo, já que, se a obrigação tivesse termo, o fiador saberia, de antemão, que a fiança duraria tanto como a obrigação principal⁶². Não havendo termo, torna-se irrazoável “que o fiador tenha de se sujeitar indefinidamente ao encargo da fiança, com os inerentes riscos”⁶³, pretendendo-se que o “fiador possa forçar o devedor a liberá-lo de modo a não ficar indefinidamente vinculado”⁶⁴.

No que diz respeito ao art. 654.º, este consiste numa proteção que é atribuída ao fiador nos casos em que a situação patrimonial do devedor se agrava seriamente, colocando em risco os eventuais direitos do fiador contra este, ou então quando já ocorreu o decurso do prazo de cinco anos; na primeira situação, o fiador terá de fazer prova desse agravamento; na segunda, “basta dirigir-se ao credor com uma declaração

⁶⁰ Cunha, 2022, p. 218: “Confessamos por isso a nossa perplexidade face à jurisprudência que considera inaplicável, (...), ao *aval omnibus* de uma livrança em branco posteriormente preenchida, a doutrina ficada pelo Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 4/2001, de 23.2.2001”.

⁶¹ Caso do Ac. do STJ de 06-03-2007, segundo o qual: “não se deve confundir o aval com a fiança, sendo ininvocável no caso vertente a doutrina do citado acórdão uniformizador, já que o regime da fiança é diferente do relativo ao aval. É preciso não perder de vista que o recorrente não foi demandado como fiador do negócio jurídico subjacente à livrança, mas como avalista da subscritora desta, como garante apenas da obrigação cambiária assumida pela subscritora, desencadeando o aval uma obrigação, independente e autónoma, de honrar o título cambiário, ainda que só caucione outro co-subscritor – princípio da independência do aval (art. 32.º, aplicável *ex vi* art. 77.º, ambos da LULL)”.

⁶² A não ser que haja uma prorrogação legal imposta a qualquer das partes, pois nesses casos, mesmo havendo um termo, será possível a liberação do fiador.

⁶³ Vaz Serra, 1957, p. 223 *apud* Pires de Lima & Antunes Varela, 1986, p. 672.

⁶⁴ M. J. Gomes, 2000, p. 863.

negocial nesse sentido”⁶⁵, posto que o decurso do prazo de cinco anos faz nascer um “direito potestativo sem necessidade de qualquer prova adicional”⁶⁶.

Face aos aspetos *supra* enunciados, que indubitavelmente permitem concluir pela salvaguarda conferida ao fiador *omnibus*, concluímos que há uma verdadeira diferenciação de tratamento destes relativamente aos garantes-avalistas, o que suscita alguma perplexidade, já que se proíbe o estabelecimento de garantias indetermináveis, mas se permite, por outro, que um sujeito se obrigue a aceitar a criação de garantias cujo critério de determinação do seu conteúdo seja incógnito.

A tutela do avalista *omnibus*

Uma situação-limite que deriva da livrança em branco é o aval *omnibus*, que consiste no aval prestado sobre título cambiário em branco, cujo acordo de preenchimento possui uma cláusula segundo a qual o avalista se responsabiliza por “todas e quaisquer dívidas, emergentes de relações atuais ou a constituir no futuro”.

Antes de mais, importa colocar o problema nos devidos termos: apesar da indeterminabilidade da responsabilidade emergente do aval em branco ser invocada⁶⁷ como motivo justificativo da sua nulidade, já que o título foi assinado desprovido da indicação de qualquer montante ou da data de vencimento do respetivo negócio cambiário, na maioria dos casos não é isso que se verifica, uma vez que a obrigação é determinável nos termos do pacto de preenchimento. Ou seja, as partes conhecem *ab initio* o montante da dívida garantida e sabem que o avalista responderá pela parte que lhe cabe à data do incumprimento do contrato fundamental. O problema surge em situações-limite, como o aval *omnibus*, em que o próprio pacto de preenchimento parece violar o requisito da determinabilidade. Nesses casos, encontram-se várias semelhanças com a fiança *omnibus*, nomeadamente o facto de ambas serem garantias pessoais utilizadas no contexto societário português, sendo que se questiona a diferença de tratamento destes garantes, já que tal como na fiança *omnibus*, no aval *omnibus* ocorrem situações em que o avalista não consegue antever os termos concretos em que será, possivelmente, chamado a intervir.

Assim, Carolina Cunha refere que o STJ, no A.U.J n.º 4/2001, utilizou um argumento circular, segundo o qual o aval apenas “existe” depois de preenchido o título e, a partir desse momento, não subsiste qualquer indeterminação⁶⁸. Acontece que o que releva é a função de garantia desempenhada pelo aval em branco antes do

⁶⁵ Pires de Lima & Antunes Varela, 1986, p. 672.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Por exemplo, no Ac. do TRP de 07-01-2013, Proc. n.º 2295/11.5TBOAZ-B.P1.

⁶⁸ Cunha, 2022, p. 219.

preenchimento⁶⁹, pois tal aval encontra fundamento num pacto de preenchimento com conteúdo indeterminável segundo o qual é conferida ao credor uma autorização geral de preenchimento da livrança que responsabiliza o avalista por todas as dívidas, presentes e futuras – daí que a autora em questão acredite que a admissibilidade do aval *omnibus* deva estar dependente da verificação de certos requisitos: por um lado, o garante deve estar em condições de controlar o fluxo de endividamento, ou seja, deverá ocupar uma posição de influência societária, e, por outro, deverá existir a aposição de um limite máximo à responsabilidade, que irá elucidar o garante “da seriedade e dos riscos envolvidos em seu compromisso”⁷⁰; caso contrário, o pacto de preenchimento deverá ser considerado nulo, nos termos do art. 280.º do CC. Caso ocorra o preenchimento do título, estaremos na presença de um preenchimento abusivo, nos termos do art. 10.º da LULL, pois o título foi completado com base num pacto nulo, não havendo qualquer justificação que permita ao credor preenchê-lo.

Em sentido contrário temos Pedro Pais de Vasconcelos, segundo o qual “na ação judicial o título está preenchido, tem o montante e uma data de vencimento”⁷¹, logo dele não provém uma obrigação sem prazo.

Acreditamos que esta última posição é caracterizada por um extremo formalismo, já que, segundo esta, o aval em momento algum poderia ser indeterminável. Por conseguinte, da mesma forma que existe uma preocupação constante por parte da doutrina e da jurisprudência em proteger o garante-fiador “face a uma dívida não previamente abarcável”⁷², o mesmo deveria acontecer relativamente ao aval. Pois havendo um pacto de preenchimento com uma autorização geral de preenchimento, o aval resultará de uma indeterminabilidade que consta da vinculação preliminar assumida aquando da subscrição em branco, não existindo “razão alguma para sacrificar o garante através de aval em branco, no altar dos princípios aplicáveis aos titulares de crédito”⁷³, uma vez que até ao preenchimento do título apenas existe um pré-aval de onde provém uma “vinculação jurídica pré-cambiária”⁷⁴.

⁶⁹ No mesmo sentido, Cassiano dos Santos, 2020, p. 298: este aval “pode ser o resultado de um procedimento que nasceu e se concretizou inquinado por uma vinculação genérica”.

⁷⁰ Faro, 2009, pp.247-248 *apud* Cunha, 2022, p. 217.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² M. J. Gomes, 2002, p. 133.

⁷³ M. J. Gomes, 2013, pp. 40-41.

⁷⁴ Mendes, 2015, p. 616.

O sócio que permanece na sociedade: contextualização

Uma vez exposto o regime do aval, é necessário dar mais um passo em direção ao escopo da presente dissertação: saber se será possível a desvinculação de um sócio que prestou aval através de uma livrança em branco.

Assim sendo, é imprescindível uma contextualização apropriada. Para este fim, deve ser considerado o que tem sido discutido, quer na doutrina, quer na jurisprudência, acerca da possível desvinculação de um sócio que cede a sua participação social e pretende a sua desvinculação quanto ao aval prestado. A adesão a esta tese não tem sido unânime ou livre de problemas, já que há uma enorme dificuldade, por parte do credor, em aceitar essa possibilidade, agindo como se o ex-sócio continuasse a fazer parte da sociedade mesmo quando este manifesta vontade de proceder à desvinculação; além do mais, também é recorrente desconhecer-se a forma correta a adotar na comunicação que se efetua ao credor por parte do ex-sócio.

Face ao exposto, surgem diferentes posições na nossa doutrina: por um lado, Pedro Pais de Vasconcelos⁷⁵ assume uma posição mais formalista, pois considera que, admitindo-se a desvinculação unilateral do ex-sócio, então está-se a “esvaziar a livrança do seu conteúdo”⁷⁶, já que o aval constitui uma responsabilidade extremamente rigorosa e quem o presta deverá ter plena consciência daquilo que está a assumir, não podendo desvincular-se sem ter, previamente, estipulado essa mesma desvinculação⁷⁷.

Por outro lado, autores como Evaristo Mendes e Carolina Cunha acreditam ser “indissociável a ligação entre a qualidade de sócio e a prestação da garantia”⁷⁸⁻⁷⁹, isto porque quando os credores exigem a prestação de aval, fazem-no partindo do pressuposto de que o avalista será alguém capaz de influenciar as decisões societárias, garantindo então que o crédito prestado será utilizado de forma diligente e que as obrigações assumidas serão devidamente cumpridas⁸⁰. Face às divergências existentes sobre este tema, surgiu a necessidade de uniformizar a jurisprudência, especificamente

⁷⁵ Tese também sustentada no Ac. do TRE de 22-02-2018, Proc. n.º 5019/15.4T8STB-A.E1: “não é o facto de os dadores de aval terem deixado, entretanto, a sociedade de que eram sócios que bule com a eficácia conferida pela lei àquele mesmo aval”.

⁷⁶ Vasconcelos, 2018, p. 415.

⁷⁷ No mesmo sentido, Soveral Martins, 2008, p. 138, nt. 228 *apud* Cunha, 2021, p. 1102, menciona que se um sócio não exigiu que determinadas situações, como a cessão de quotas, “ficassem previstas nos acordos celebrados como causas de extinção das obrigações assumidas, não pode depois vir queixar-se”.

⁷⁸ Mendes, 2015, pp. 604-605: “Vindo tal qualidade de sócio a faltar, a cobertura das responsabilidades constituídas, à data da comunicação da saída, em princípio, não se discute (...). Tratamento distinto merece, porém, a cobertura da relação de negócios que perdura entre a sociedade e a IC, com as inerentes responsabilidades futuras da sociedade já sem o sócio. Na verdade, quanto a esta, a perda da qualidade de sócio faz desaparecer, em princípio, a razão de ser da exigência da garantia (por parte dos financiadores) e da correspondente vinculação (por parte dos avalistas)”.

⁷⁹ Cunha, 2013, p. 105.

⁸⁰ Tese sustentada no Ac. do TRL de 03-03-2020, Proc. n.º 15342/18.0T8LSB-A.L1-7.

através do A.U.J n.º 4/2013. Todavia, uma parte significativa da jurisprudência tem vindo a afastar-se dessa uniformização⁸¹.

Isto deve-se ao facto de o A.U.J. n.º 4/2013 aparentar confundir determinados conceitos-chave, nomeadamente o conceito de aval cambiário prestado sobre título completo e o aval cambiário prestado sobre título em branco. Na situação em apreço, aquilo que estava em causa seria a possível desvinculação de um sócio (que perde essa qualidade) das dívidas futuras de uma sociedade, tendo prestado um aval apostado sobre título em branco, sendo que no momento da desvinculação o título ainda não se encontrava preenchido e, como tal, não havia verdadeiramente um aval, mas apenas um pré-aval, ou seja, apenas existia uma vinculação jurídica constante do acordo de preenchimento, o poder de o portador do título o vir a preencher e uma vinculação cambiária em estado embrionário, assumida através de assinatura⁸².

Apesar de ser esta a situação em concreto, o STJ acabou por fixar jurisprudência no seguinte sentido:

“Tendo o aval sido prestado de forma irrestrita e ilimitada, não é admissível a sua denúncia por parte do avalista, sócio de uma sociedade a favor de quem aquele foi prestado, em contrato em que a mesma é interessada, ainda que, entretanto, venha a ceder a sua participação social na sociedade avalizada”.

Posto isto, o STJ vem estabelecer a inadmissibilidade da denúncia do aval pelo sócio avalista que cede a sua quota. Ora, no caso *sub iudice*, à data da denúncia não existia qualquer aval que pudesse ser denunciado, pois o título não se encontrava completo nos termos dos arts. 2.º e 76.º da LULL, existindo apenas uma vinculação pré-cambiária. Além do mais, apenas ficou estabelecida a inadmissibilidade da denúncia do aval e não a da resolução por justa causa do acordo de preenchimento.

Por conseguinte, foi fixada jurisprudência quanto a uma situação que não estava a ser abordada: a questão dos avales apostos sobre títulos completos.

Ora, o presente tema tem sido bastante explorado, sendo que os tribunais tendem a demonstrar alguma flexibilidade, admitindo a possibilidade de desvinculação de um sócio que cede a sua participação social relativamente a dívidas futuras⁸³, visto que poderia ser “desajustado invocar o arsenal cambiário’ para resolver uma questão na qual está ausente qualquer vinculação de natureza cartular”⁸⁴. A forma como tal

⁸¹ Os AUJ visam garantir a certeza do direito e o princípio da igualdade, evitando que sejam tomadas decisões judiciais acerca da mesma lei e da mesma questão de direito, obtendo respostas diferentes. Apesar disso, as decisões proferidas pelo STJ não são vinculativas para os tribunais inferiores, apenas valendo *inter partes*.

⁸² Cunha, 2022, p. 219.

⁸³ Por exemplo, Ac. do TRL de 03-03-2020, Proc. n.º 15342/18.0T8LSB-A.L1-7: “Apesar da doutrina do AUJ n.º 4/2013, é admissível a desvinculação do avalista sócio-gerente por resolução por justa causa do acordo de preenchimento, a qual produzirá meros efeitos *ex nunc*”.

⁸⁴ M. J. Gomes, 2013, pp. 41-42.

desvinculação se processa é que tem sido divergente, sendo que em alguns casos verifica-se a invocação do instituto da denúncia e, noutros, invoca-se a possibilidade de resolução do pacto de preenchimento, através da integração do acordo de preenchimento segundo a vontade hipotética das partes e os ditames da boa-fé impostos pelo art. 239.º do CC.

A necessidade de tutela do sócio que permanece na sociedade

Feita a devida contextualização, encontramos-nos mais habilitados para explorar o tema inicialmente proposto e, assim, saber se existe alguma possibilidade de o sócio que permanece na sociedade se libertar da garantia que prestou através de aval apostado sobre título incompleto⁸⁵.

Primeiramente, há que atender aos motivos que poderão justificar uma possível desvinculação do sócio que permanece na sociedade, já que é necessário justificar adequadamente a razão pela qual deve ser concedida esta possibilidade de libertação.

O presente tema revela uma especial complexidade quando comparado com a desvinculação unilateral de um sócio que cede a sua participação social, uma vez que, nesses casos, a doutrina entende que se torna inexigível manter o “ex-sócio obrigado a garantir a devolução de financiamentos societários cuja concessão não lhe foi dado apreciar controlar ou sequer conhecer”⁸⁶. Nestas situações há uma estreita ligação entre a qualidade de “sócio”⁸⁷ e a prestação do aval, pelo que, faltando essa qualidade, parece ser indevido manter o ex-sócio vinculado, sendo ele incapaz de influenciar as decisões societárias ou de beneficiar dos financiamentos realizados após a sua saída.

No caso em discussão, isso já não se verifica, pois o sujeito mantém a sua qualidade de sócio, podendo perfeitamente controlar e beneficiar dos financiamentos feitos à sociedade pelo “credor garantido”⁸⁸. Não obstante, poderão existir outras circunstâncias que deverão ser tidas em conta e que poderão justificar uma necessidade de tutela deste sócio; em especial, a violação do princípio da proibição dos vínculos obrigacionais perpétuos e as características do contexto societário.

O princípio da proibição dos vínculos obrigacionais perpétuos

O princípio da proibição dos vínculos obrigacionais perpétuos encontra-se associado aos contratos duradouros e baseia-se, essencialmente, no facto de ser

⁸⁵ Por outras palavras, através de “aval em branco”.

⁸⁶ Cunha, 2013, p. 106.

⁸⁷ Mendes, 2015, p. 616: “Quando um sócio põe uma declaração de aval numa livrança em branco subscrita pela sua sociedade a favor de um financiador desta, fá-lo, via de regra, na qualidade de sócio: é este o significado razoável da exigência do aval por parte do financiador e é este também o sentido que um sócio normal atribuirá a essa exigência e à sua declaração de aval. Nessa medida, perdendo o pré-avalista a qualidade de sócio, falta a justificação para o mesmo continuar a cobrir a relação de negócios”.

⁸⁸ Cunha, 2021, p. 1118.

fundamental evitar a “assunção de vínculos ilimitados, ou seja, perpétuos”⁸⁹. Como Antunes Varela refere, nos contratos duradouros surge “a necessidade de facultar às partes os meios necessários para lhes pôr termo em certos casos, visto que o prolongamento indefinido do vínculo pode envolver uma limitação excessiva da liberdade pessoal ou da liberdade económica dos sujeitos da relação”⁹⁰.

Por conseguinte, surgem duas faculdades: a denúncia e a renovação. Sendo a primeira utilizada como modo de desvinculação de relações contratuais duradouras, já a segunda compreende a fixação de um prazo de duração máxima após o qual poderá ocorrer uma atualização da relação contratual.

Importa esclarecer que a atribuição de uma faculdade de desvinculação de exercício discricionário como a denúncia não significa que os vínculos não possam ser prolongados no tempo indefinidamente, quer antes dizer que o sujeito não está obrigado a ficar perpetuamente vinculado, pois tem a possibilidade de desvincular-se da relação contratual. Posto isto, o que não pode suceder aquando da celebração de um contrato duradouro é uma parte exigir que a outra fique perpetuamente vinculada; esta até poderá, eventualmente, ficar, mas apenas se assim o desejar, existindo uma decisão completamente livre da sua parte.

Como tal, é proibida uma estipulação no contrato segundo a qual este deva durar “eternamente ou por um período limitado superior ao tempo previsível da vida humana”⁹¹ ou ainda uma estipulação segundo a qual este “deva durar por toda a vida de um dos contraentes”⁹². Este princípio torna-se relevante devido ao carácter temporalmente aberto da livrança em branco, já que esta por um lado pode ser utilizada como garantia de todas as dívidas presentes e futuras que a sociedade possa vir a ter (a chamada garantia *omnibus*) e, por outro, como garantia de contratos de financiamento que assentam numa relação contratual duradoura sucessivamente renovável. Nestes casos, o sócio fica vinculado por tempo indeterminado e, além de o direito não ser favorável a “vinculações contratuais eternas”⁹³, entende-se que a liberdade económica do sócio necessita de tutela, pois apesar de não ter sido estipulado um prazo fixo para o preenchimento da livrança, não significa que não se possa extrair, por via interpretativa, uma limitação temporal. Para tal, basta recorrer ao princípio da boa-fé, segundo o qual seguramente não corresponderá à vontade do avalista obrigar-se cambiariamente de forma indefinida e totalmente dependente de um preenchimento de terceiro – daí a

⁸⁹ Henriques, 2001, p. 211.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 214.

⁹¹ *Ibidem*, p. 212.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Vasconcelos, 2019, p. 762.

necessidade de existirem determinadas faculdades, como a denúncia, que permitem zelar pela liberdade económica do sujeito avalista.

Fatores característicos da dinâmica societária

Para além do respeito pelo princípio da proibição de vínculos obrigacionais perpétuos, há ainda um conjunto de variáveis que podem ter influência na vontade do sócio de se desvincular: por exemplo, o aumento drástico do nível de endividamento da sociedade e, por sua vez, do risco envolvido, já que a estabilidade que a sociedade possuía à data da prestação da garantia diminuiu, havendo uma maior probabilidade de este sócio vir a ter de responder com o seu património perante os credores.

Além do nível de endividamento e do risco suportado, o sócio em questão pode ter deixado de ter tanta influência no meio societário como tinha quando prestou a garantia: por exemplo, pode suceder-se que, com a entrada de novos sócios, “o peso associado à participação social por si detida”⁹⁴ tenha diminuído, acabando por tornar-se um sócio minoritário, ficando num “simples estado de sujeição corporativa (...) deixando de ter qualquer voz ativa ou intervenção na gestão”⁹⁵.

Posto isto, e tendo em conta a volatilidade do contexto empresarial, parece ser plausível conferir esta possibilidade de “reavaliação do interesse liberatório por parte do sócio garante”⁹⁶, uma vez que vários poderão ser os motivos que podem encaminhar o sócio a querer reavaliar a sua conveniência em permanecer vinculado à prestação do aval em branco.

Modo de desvinculação unilateral pelo avalista

Algo extremamente característico do contexto em que se desenvolve a questão em análise é o facto de as instituições de crédito, numa grande parte das vezes, adotarem soluções pouco rigorosas, cuja eficácia “é muitas vezes realizada através de um sacrífico”⁹⁷ dos garantes. Assim sendo, há uma cultura enraizada na prática bancária de exigir determinado tipo de garantias que são mais eficazes para o credor (banco), mas que acabam por colocar em causa “o normal controlo de solvabilidade e rentabilidade económica das empresas candidatas aos seus financiamentos”⁹⁸. Desta forma, torna-se evidente que o melhor desfecho para as entidades bancárias será sempre manter a

⁹⁴ Cunha, 2021, p. 1122.

⁹⁵ Mendes, 2000, p. 151.

⁹⁶ Cunha, 2021, p. 1122.

⁹⁷ Cunha, 2021, p. 1135, nt. 62.

⁹⁸ Mendes, 2000, p. 167.

vinculação dos garantidos à subscrição cambiária, de forma a salvaguardarem as suas posições enquanto credores.

Não obstante, e como foi referido anteriormente, no caso do sócio que cede a sua participação social e pretende a sua desvinculação de dívidas futuras da sociedade, tem havido uma maior atenção por parte da doutrina e da jurisprudência, que tendem a considerar a possibilidade de desvinculação, havendo, no entanto, uma divisão acerca da forma que deve tomar o modo de desvinculação: por um lado, através da resolução e, por outro lado, através da denúncia. Assim sendo, e pela similitude de ambas as circunstâncias, compete-nos diferenciar as duas e entender qual será a que melhor se adequa ao caso em análise.

Primeiramente, a resolução consiste numa “declaração unilateral pela qual uma das partes (...) põe termo ao negócio retroativamente”, sendo a sua utilização apenas possível quando fundada na lei ou em convenção, nos termos do art. 432.º, n.º 1 do CC. Assim, de forma a respeitar o princípio da autonomia privada⁹⁹, é possível as partes estipularem a resolução do contrato por justa causa. Relativamente aos efeitos produzidos entre as partes, nos termos do art. 433.º do CC, a resolução é equiparada à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico. Por conseguinte, a resolução produzirá efeitos *ex tunc*, tal como referido no art. 434.º, n.º 1 do CC, salvo se as partes estipularem que a resolução do contrato não envolverá a restituição das prestações já recebidas ou se a retroatividade contrariar a finalidade da resolução. Podemos inferir a finalidade da resolução através do n.º 2 do art. 434.º do CC, segundo o qual, nos contratos de execução continuada ou periódica¹⁰⁰, a resolução não terá efeitos retroativos a não ser que exista um vínculo entre as prestações e a causa de resolução que legitime a resolução de todas elas. Tal encontra justificação no facto de, nos contratos de execução continuada ou periódica, as prestações já pagas terem como contrapartida uma outra prestação, já definitivamente cumprida. Por esse motivo, apenas no caso de a contrapartida não se ter verificado é que se justifica a restituição das prestações já efetuadas¹⁰¹.

Além do mais, na resolução é necessário existir um motivo justificativo para a extinção da relação contratual – logo, no caso do sócio que permanece na sociedade e, como tal, continua a beneficiar e a controlar os financiamentos feitos à sociedade, o

⁹⁹ Esta última possibilidade é a utilizada como justificação para permitir a desvinculação do ex-sócio da subscrição cambiária, já que são raras as situações em que as partes estipulam sobre esta matéria, então alguns autores e jurisprudência entendem que há uma lacuna no contrato, devendo a resolução ser permitida de acordo com o art. 239.º do CC, onde se deve interpretar a vontade hipotética das partes de acordo com o princípio da boa-fé.

¹⁰⁰ Considerando o Ac. do STJ de 12-09-2013, Proc. n.º 1942/07.8TBBNV.L1.S1: Os “contratos de execução continuada são aqueles cujo cumprimento se prolonga ininterruptamente no tempo; contratos com prestações periódicas (ou reiteradas ou com trato sucessivo) são aqueles em que as prestações se renovam, em prestações singulares sucessivas, ao fim de períodos consecutivos”.

¹⁰¹ Por exemplo, o caso de num contrato de locação as rendas serem pagas e não se verificar o gozo da coisa locada.

raciocínio de inexigibilidade que alicerça um direito de resolução não colhe. Como resultado, resta-nos investigar o instituto de denúncia e verificar se poderia ser uma hipótese a considerar para a desvinculação deste sócio que permanece na sociedade tendo garantido, mediante aval apostado sobre título em branco, futuras dívidas societárias.

A denúncia é uma faculdade *ad limitum* de desvinculação de relações contratuais duradouras, pelo que é necessário estar-se na presença de um contrato em que as partes não estabeleceram um prazo fixo de vigência, não sendo necessária a invocação de qualquer fundamento, pois a denúncia é de exercício livre.

Esta faculdade surge como “corolário evidente da interdição de perpetuidade contratual e da conseqüente defesa da liberdade individual”¹⁰² e é por isso mesmo que se encontra intimamente relacionada com o princípio da proibição das vinculações perpétuas, uma vez que é essencial conferir às partes uma alternativa ao prolongamento indefinido do contrato. Assim, se a dado momento “e na sequência de uma reavaliação dos seus interesses”¹⁰³, o sócio decidir libertar-se da relação, o mecanismo da denúncia permite-lhe “fazer valer juridicamente a sua decisão unilateral”¹⁰⁴, conseguindo desvincular-se de relações contratuais que já não são vantajosas para si.

Até porque, como entende Cassiano dos Santos, a denúncia “não tem qualquer especial relação com a saída da sociedade”¹⁰⁵, pelo que o seu fundamento será a “ausência de prazo e a proibição de vinculações perpétuas”¹⁰⁶. Ora, no caso em concreto, não tendo ocorrido o preenchimento do título, ainda não existe qualquer negócio jurídico, como tal a denúncia atuará sobre a relação pré-cambiária proveniente do acordo de preenchimento.

A utilização da faculdade de denúncia deverá ter em atenção dois aspetos essenciais que acabam por proporcionar alguma salvaguarda ao credor: o respeito pela verificação de um período de duração mínima da relação negocial e o respeito pela comunicação prévia ao credor, ou seja, o chamado pré-aviso, pois a denúncia “não se funda numa circunstância externa suscetível de ser conhecida por outros meios”¹⁰⁷.

Período de duração mínima

A desvinculação da relação negocial através de denúncia deverá respeitar um período de duração mínima razoável. Ora, a verificação deste período de tempo

¹⁰² Brandão Proença, 2006, p. 41.

¹⁰³ Henriques, 2001, p. 215.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Cassiano dos Santos, 2020, p. 315.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 314.

¹⁰⁷ Cunha, 2021, p. 1139.

facilmente se justifica, uma vez que só a partir de um dado momento é que se poderá falar de uma ofensa à liberdade do sujeito por lhe estar a ser imposto um “vínculo obrigacional de duração excessiva”¹⁰⁸. Por outras palavras, a necessidade de tutela apenas surge quando se verifica que se o vínculo obrigacional perdurasse por mais tempo ocorreria uma restrição ofensiva da liberdade do sujeito; daí que o contrato deva respeitar um período de duração mínima antes de ser denunciado.

Para Carolina Cunha, a duração mínima do vínculo obrigacional circunscreve-se ao marco dos cinco anos¹⁰⁹, referido nos arts. 648.º e) e 654.º do CC, por acreditar que foi intenção do legislador definir este prazo concreto, tratando-se da “duração razoável de uma garantia pessoal prestada por tempo indeterminado”.¹¹⁰ Para outros autores, como Baptista Machado, será possível a “fixação de um prazo inicial do contrato durante o qual a estabilidade do mesmo não poderá ser prejudicada pela denúncia de qualquer das partes”¹¹¹, ou seja, poderá existir um condicionamento da denúncia do contrato por uma das partes.

A necessidade do pré-aviso

Para além da verificação do período de duração mínima, deverá ser garantido um prazo de pré-aviso, que irá “atenuar, tanto quanto possível, os prejuízos gerados com o próprio processo de extinção do vínculo”¹¹², pois permite às partes, especialmente à denunciada, adotar as providências necessárias e adequadas para atenuar as consequências inerentes da rutura do vínculo negocial.

Apesar de se falar de uma “antecedência conveniente”¹¹³ para ocorrer esta desvinculação, no caso da fiança *omnibus*, Januário Gomes acredita que a sua denúncia não precisa de respeitar qualquer prazo, pela consideração “do risco e da perigosidade” da garantia em causa; ora, aplicando o mesmo raciocínio ao aval *omnibus*, verifica-se que também sobre este a denúncia poderia ser imediata.

Esta última posição não é desprovida de sentido, uma vez que a faculdade de livre desvinculação atribuída pelo art. 654.º do CC não requer observância de pré-aviso, à semelhança do direito à liberação conferido pelo art. 648.º e). No entanto, parece ser mais prudente considerar a necessidade de um pré-aviso, pois dessa forma a parte que pretende a desvinculação tem a possibilidade de demonstrar a consideração que tem pela

¹⁰⁸ Henriques, 2001, p. 230.

¹⁰⁹ Há que referir que, apesar de os presentes artigos dizerem respeito à garantia de obrigações futuras específicas, a autora acredita numa possível transposição crítica destas para a situação do avalista em branco.

¹¹⁰ Cunha, 2021, p. 1141.

¹¹¹ Baptista Machado, 1991-1993, p. 635.

¹¹² Henriques, 2001, p. 237.

¹¹³ Baptista Machado, 1991-1993, p. 634.

outra parte, podendo o sucesso da desvinculação ser facilitado. Claro que a duração concreta deste pré-aviso deverá depender das especificidades de cada situação, pois “não existe um limite mínimo de antecedência, mas não é lícita a denúncia de surpresa”¹¹⁴. Assim, de acordo com a boa-fé, a parte que denuncia deverá “fazê-lo com a antecedência razoavelmente necessária para evitar o dano”¹¹⁵.

Idealmente, a duração do pré-aviso não poderá ser muito longa, já que pode revelar-se contrária aos “interesses da celeridade e segurança do comércio”¹¹⁶, pois a partir do momento em que ocorre a comunicação da denúncia¹¹⁷ deixam de existir quaisquer interesses em comum.

Caracterização da operação bancária que poderá justificar a desvinculação

A possibilidade de desvinculação do avalista apenas é defensável em certos tipos de financiamento bancários, nomeadamente em financiamentos bancários típicos, como a abertura de crédito simples, em que a dívida garantida está dependente das solicitações feitas pela sociedade, não podendo o avalista antever quando ocorrerá o vencimento da obrigação nem qual será o montante concreto da mesma.

Por outro lado, há determinados financiamentos bancários em que a dívida já se encontra previamente determinada e, nesses casos, não será admitida a possibilidade de denúncia do vínculo contratual, isto porque o sócio avalista conhece de antemão o montante máximo pelo qual poderá vir a responder, havendo também uma limitação temporal da vinculação do avalista. Um simples exemplo é o caso dos mútuos bancários, em que o sócio sabe à partida qual o montante que foi disponibilizado à sociedade pelo qual poderá eventualmente ter de responder, tendo também conhecimento do prazo de vigência do contrato subjacente, estando então, nestas situações, totalmente “balizado” o risco do garante.

Concluindo, apenas será possível a desvinculação através de denúncia do acordo de preenchimento nos financiamentos bancários que envolvam a prestação de garantias, através de aval apostado sobre título em branco, a um fluxo contínuo e temporalmente indeterminado de futuras dívidas societárias.

¹¹⁴ Vasconcelos, 2019, p. 763.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Henriques, 2001, p. 237.

¹¹⁷ Como refere Pestana de Vasconcelos, 2019, p. 107, a boa-fé “impõe ao devedor que só contraia as obrigações estritamente necessárias para o regular curso da sua atividade. O banco, por seu lado, também apenas deve conceder o crédito necessário a esse normal curso de atividade, e nada mais”.

Tutela dos interesses do credor

A faculdade de desvinculação atribuída através da denúncia apenas opera *ex nunc*, ou seja, os avalistas continuam a responder por todas as dívidas constituídas até ao momento em que a denúncia se torna eficaz. Tal encontra justificação no facto de estes avalistas serem sócios da sociedade que beneficiaram, ainda que indiretamente, dos financiamentos que até então lhe foram concedidos. Assim sendo, como apenas serão produzidos efeitos para o futuro, cabe ao credor proceder a uma reconfiguração da relação negocial, podendo optar por vários desfechos.

Primeiramente, se a manutenção da relação contratual for do seu interesse, poderá modificar o contrato, reforçando a sua posição enquanto credor, por exemplo através da exigência de novas garantias ou da aposição de aval nas livranças por outros sócios. Por outro lado, se a desvinculação acabar por refletir-se, “de forma negativa, na manutenção do contrato principal”¹¹⁸, o credor poderá sempre optar pela resolução do contrato principal e, assim, acabar por preencher a livrança e fazer valer as correspondentes dívidas futuras.

Por último, é sempre conferida a possibilidade de o credor prever no formulário do pacto de preenchimento as consequências de uma possível desvinculação¹¹⁹.

Como vemos, face à diminuição de garantias provocada pela denúncia, o credor tem ao seu dispor uma panóplia de procedimentos de reação.

A violação do dever de lealdade

Uma vez analisadas as particularidades da denúncia, coloca-se a questão acerca da possível violação do dever de lealdade deste sócio que decide denunciar o acordo de preenchimento, podendo provocar consequências irreparáveis para a sociedade em que está inserido¹²⁰.

Nas palavras de Rui Pinto Duarte, lealdade significa “honestidade, probidade e correção”¹²¹, sendo o dever de lealdade definido de acordo com o interesse da sociedade e dos *stakeholders*, isto é, trabalhadores, credores e clientes. Já nas palavras de Pedro Pais de Vasconcelos, o dever de lealdade terá de ponderar individualmente cada situação, tendo em atenção os diferentes tipos societários, assim como o tipo de sócio em questão¹²².

¹¹⁸ Aleixo, 2016, p. 638.

¹¹⁹ Claro que não poderá de forma alguma afastar a possibilidade de desvinculação, ou penalizar o seu exercício, tal seria contrário ao princípio da boa-fé.

¹²⁰ Isto, pois, ocorrendo a desvinculação o credor poderá decidir pela cessação do financiamento.

¹²¹ Pinto, 2018, p. 83.

¹²² Vasconcelos, 2014, p. 314.

Procedendo a uma análise mais meticulosa do art. 64.º do CSC, cujo conteúdo refere a existência de um dever de cuidado e de um dever de lealdade, verifica-se a utilização da expressão “interesse da sociedade”, que constitui objeto de estudo de duas correntes doutrinárias: a institucionalista e a contratualista. A institucionalista é aquela que reconhece como interesse social o interesse da empresa, desvalorizando o interesse individual de cada sócio. Por sua vez, a tese contratualista é aquela em que o interesse social é o interesse coletivo dos sócios. Acreditamos que, em várias circunstâncias, o interesse coletivo dos sócios pode não ser coincidente com o interesse social¹²³; como tal, o interesse coletivo dos sócios deve estar de acordo com a prossecução do fim social, ou seja, com a obtenção máxima de lucro.

Assim sendo, pelo facto de a desvinculação do sócio poder causar um prejuízo à sociedade, já que existe a possibilidade de o credor cessar o financiamento, poder-se-ia pensar que estaríamos perante uma violação do dever de lealdade; no entanto, considerando as palavras de Carolina Cunha, há dois bens jurídicos de igual valor¹²⁴ no mesmo “prato da balança”: a liberdade jurídico-económica do sujeito e a lealdade devida à sociedade. Assim, no seguimento do hipotético em consideração, estaríamos perante uma causa justificativa do facto, já que, nas palavras de Antunes Varela, um facto, mesmo sendo “prejudicial aos interesses de outrem ou violando o direito alheio”¹²⁵, considera-se “justificado, e por consequência lícito, sempre que é praticado no exercício regular de um direito”¹²⁶.

Além do mais, para se afirmar a violação do dever de lealdade, é necessário que o sócio não pratique certos comportamentos compreendidos no seu “*status socii*”¹²⁷ (como por exemplo, a recusa de realização de suprimentos). Deste modo, apesar de a prestação de garantias ser vista como um pressuposto necessário para a concessão de crédito, não é um comportamento que possa estar enquadrado no “*status socii*”.

Repercussões na relação entre o sócio e a sociedade

A constatação de eventuais prejuízos com a desvinculação do sócio garante da sociedade não é suficiente para afirmar uma violação do dever de lealdade. Apesar disso,

¹²³ Por exemplo, nos casos em que é decidido por unanimidade, em assembleia geral, a doação de um automóvel da sociedade a um dos filhos dos sócios.

¹²⁴ Como refere Jorge Ribeiro de Faria, 2003, p. 439, *apud* Cunha, 2021, p. 1151, quando o bem jurídico tutelado pelo direito exercido for de “valor igual ou superior ao do dever sacrificado” o exercício de tal direito será lícito.

¹²⁵ Antunes Varela, 2003, p. 552.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ Engrácia Antunes, 2016, pp. 412-413: “em bom rigor, a faculdade de denúncia não está compreendida nesse “*status socii*”, uma vez que decorre da garantia pessoal extra-societária prestada pelo sócio”.

importa atender a certas circunstâncias que podem realmente consubstanciar uma violação do dever de lealdade.

Um aspeto a considerar desde o início é a existência de projetos societários específicos, ou seja, projetos que pressuponham uma certa continuidade relativamente ao financiamento e que passam a estar comprometidos. Claro que esta continuidade já foi de certo modo atendida, uma vez que a utilização do instituto da denúncia implica a verificação de um prazo de pré-aviso exatamente para minimizar as possíveis repercussões de uma desvinculação que, de acordo com o princípio da boa-fé, deverá sempre considerar os interesses das partes envolvidas.

Além do mais, perante um sócio minoritário que, não tendo funções na administração da sociedade nem a possibilidade de influenciar a gestão da mesma, é confrontado com um projeto societário que se prolonga no tempo muito para além da duração inicialmente prevista e que ultrapassa o investimento inicialmente estimado, não se poderá ter a mesma atitude que com o sócio que se desvincula quando efetivamente todo o projeto está a decorrer como inicialmente previsto, sobretudo sendo um sócio maioritário capaz de controlar os negócios da sociedade.

Por último, apesar de a denúncia ser uma faculdade discricionária, não havendo por isso qualquer obrigação de fundamentação, há determinadas situações que podem levar a que a atuação do sócio seja “particularmente censurável”¹²⁸: quando há um evidente *animus nocendi* para com a sociedade – por exemplo, quando o financiamento é visto como uma espécie de última oportunidade para assegurar o “regaste” da sociedade e há um sócio que se desvincula sabendo e fazendo tal propositadamente, com o interesse de assegurar a falência da empresa, tendo até recebido outras propostas de trabalho de empresas concorrentes –, ou então quando há uma contradição comportamental do sócio, isto é, repentinamente, manifesta uma vontade de desvinculação totalmente inesperada, o que leva a questionar quais poderão ser os motivos e intenções deste sócio.

Repercussões nas relações com os restantes sócios

Uma vez analisada a possível violação do dever de lealdade relativamente à sociedade, compete-nos agora debruçar um pouco sobre as repercussões nas relações com outros sócios, que face à diminuição do número de garantes se veem numa situação de maior risco.

Primeiramente, há que ressaltar a legitimidade do direito de desvinculação, visto que em causa está a salvaguarda da liberdade jurídico-económica do titular, que consiste

¹²⁸ Cunha, 2021, p. 1155.

num bem jurídico, como referido anteriormente, de importância pelo menos equivalente à da lealdade.

Além do mais, os restantes sócios também têm ao seu dispor o mesmo mecanismo de desvinculação, podendo, claro, optar por não o utilizar e, se assim for, não fará grande sentido lamentarem-se das consequências negativas inerentes à desvinculação do outro sócio. Poderá, no entanto, existir um dever lateral de informação¹²⁹ relativamente aos restantes sócios, com fundamento no princípio da boa-fé, pelo que o sócio que procedeu à desvinculação deverá informar os restantes sobre essa situação de forma a que estes estejam em condições de tomar as providências necessárias para acautelar a sua posição enquanto garantes-avalistas.

Repercussões gerais da desvinculação

Com a eficácia da desvinculação cessa a autorização que o credor possuía para completar a declaração cambiária relativamente a dívidas que sejam posteriores à eficácia da denúncia. Assim sendo, qualquer preenchimento da livrança que diga respeito a dívidas posteriores à denúncia deverá ser considerado abusivo, nos termos do art. 10.º da LULL.

Ora, havendo circulação da livrança, à partida, caberá ao subscritor em branco suportar o risco do eventual preenchimento abusivo, já que apenas nos casos em que ocorra falta grave¹³⁰ ou má-fé do portador é que não se justifica um sacrifício dos interesses do subscritor em branco, devido ao desvalor da conduta.

O preenchimento abusivo ainda poderá apresentar duas modalidades: o preenchimento injustificado e a incorreta configuração das menções introduzidas no título. Caso o credor venha a mobilizar o título em branco como forma de garantia de outras obrigações, mesmo quando a relação cambiária inicial já se extinguiu, o preenchimento será injustificado. Se, por acaso, ocorrer a inscrição de um valor superior ao devido, então existirá uma incorreta configuração das menções introduzidas no título.

Em suma, havendo um preenchimento do título que diz respeito a dívidas posteriores à denúncia, tal consistirá num preenchimento abusivo¹³¹, pois o seu

¹²⁹ Segundo Cunha, 2021, p. 1156, este dever lateral de informação existe se os restantes sócios não desempenharem cargos de administração na sociedade, pois nesses casos têm acesso imediato às informações relativas à desvinculação, pelo que não fará grande sentido haver uma repetição da informação que já foi partilhada.

¹³⁰ Se tem conhecimento da vontade objetivamente manifestada fala-se de má-fé, se em causa está negligência grosseira, então fala-se de falta grave.

¹³¹ Este entendimento não é consensual, pelo que Cassiano dos Santos, 2020, pp. 315-316 e Soveral Martins, 2016, pp. 140-141, acreditam que existe um preenchimento sem poderes pois, no entender destes, só há preenchimento abusivo quando há uma violação do acordo de preenchimento que ainda está em vigor, pelo que se o acordo de preenchimento deixa de produzir efeitos a partir de certo momento, o posterior completamento do título não será abusivo, mas sim sem poderes.

¹³² Cunha, 2021, p. 1133.

preenchimento foi “contrário à vontade manifestada pelo subscritor em branco”¹³², que se encontra no pacto de preenchimento, visto que o portador acaba por usar a faculdade de preencher a livrança para lá dos limites estabelecidos pelo subscritor da declaração em branco. No entanto, é necessário ressaltar que o preenchimento abusivo não é oponível àquele que de boa-fé e sem falta grave o veio a adquirir, pelo que, nesses casos, o sócio não deixará de ser responsável na qualidade de avalista perante terceiro de boa-fé.

Conclusão

Com a presente dissertação pretendeu-se expor, da forma mais completa possível, as complicações inerentes à subscrição de um aval em branco.

Assim sendo, abordámos questões bastante debatidas, relacionadas com a pluralidade de avalistas, tendo até analisado a decisão do STJ segundo a qual, em caso de um avalista proceder ao pagamento integral da dívida, o mesmo terá direito de regresso sobre os restantes através do regime das obrigações solidárias; por outro lado, referimos toda a problemática associada ao aval *omnibus* e à fiança *omnibus*, acabando por questionar até que ponto seria plausível uma diferença de tratamento tão acentuada; por conseguinte, analisámos um dos problemas centrais do presente estudo, isto é, o carácter temporalmente aberto do aval em branco.

No que diz respeito a esse aspeto, verificámos que apesar de o aval em branco apresentar características essenciais que lhe permitem adequar-se aos contratos de financiamento mais utilizados, o sócio avalista acaba por vincular-se indeterminadamente, já que não existe qualquer limite temporal relativamente ao preenchimento do título, o que acaba por estar em conflito com o princípio da proibição das vinculações perpétuas e com as características próprias da dinâmica societária.

Assim, enquanto em determinados ordenamentos jurídicos, como o italiano, o legislador teve um cuidado acrescido e decidiu estabelecer um limite de três anos a contar do dia da emissão do título para o exercício do poder de preenchimento, em Portugal isso não ocorreu. Isto levou-nos a questionar se não seria possível assegurar uma maior tutela a este sócio, nomeadamente através da possibilidade de denúncia do acordo de preenchimento subjacente ao aval, já que a liberdade jurídico-económica do sócio estaria em causa.

Ora, a utilização da faculdade de denúncia verificou-se como sendo uma possibilidade interessante de solucionar esse problema, sendo que apenas seria possível em contratos duradouros e com o respeito por dois requisitos: o período de duração mínima do contrato e o prazo de pré-aviso; assim, saberíamos que em causa estava a necessidade de tutela da liberdade económica do sujeito e, por outro lado, seria assegurado um mínimo de transparência para com a outra parte. Relativamente aos seus efeitos, a denúncia apenas permitiria ao sócio avalista desvincular-se do acordo de preenchimento e, assim, não responder pelas dívidas futuras da sociedade.

No que diz respeito ao credor, este encontra meios de tutela próprios, em especial a possibilidade de resolver o contrato de financiamento, exigir a prestação de garantias ou até prever no pacto de preenchimento as consequências de uma desvinculação.

Em suma, acreditamos que é relevante questionar acerca da tutela conferida ao garante avalista, de forma a não ser colocada em causa a sua liberdade jurídico-económica. Esperamos ter conseguido expor o presente assunto de forma a despertar o interesse sobre o tema em questão, permitindo que a devida atenção lhe seja prestada.

Bibliografia

- ABREU, J.M.C. (2021). *Curso de direito comercial*, vol. II, 7.^a ed, reimp. Coimbra: Almedina.
- ALEIXO, S. (2016). O aval cambiário dos sócios em título em branco: A paradoxal solução do AUJ. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 3, pp. 611-641.
- ANDRADE, M. (1992). *Teoria geral da relação jurídica – facto jurídico, em especial negócio jurídico*, vol. II, reimp. Coimbra: Almedina.
- ANTUNES, J.E. (2020). *Direito das sociedades – Parte geral*, 9.^a ed. Porto.
- CÂMARA, P. (2010). Um retrato anatómico. In *Conflito de interesses no direito societário e financeiro: Um balanço a partir da crise financeira*. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A.M. (2001). Livrança em branco. Pacto de preenchimento. *Revista da Ordem dos Advogados*.
- COSTA, M.J.A. (2011). *Direito das obrigações*, 12.^a ed. Coimbra: Almedina.
- COUTO, M.C. (2016). *A desvinculação do aval por parte de um ex-sócio*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade do Porto.
- CUNHA, C. (2022). *Manual de letras e livranças*, 2.^a ed. Almedina.
- CUNHA, C. (2021). Quem vai, vai, quem está, está? A tutela do sócio que permanece na sociedade face à garantia prestada através de “aval em branco”. *Revista de Direito Comercial. Edição especial liber amicorum Professor Doutor Pedro Pais de Vasconcelos*, pp. 1099-1158.
- CUNHA, C. (2019). Quando querer é poder: David, Golias e o conhecimento pelo Banco da vontade real do sócio-avalista que cede a sua quota – anotação ao Acórdão do STJ de 16 de maio de 2018. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 4015, pp. 238-269.
- CUNHA, C. (2013). Cessão de quotas e aval: Equívocos de uma uniformização de jurisprudência. *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 9, pp. 91-114.
- FARO, F. (2009). *Fiança omnibus no âmbito bancário: Validade e exercício da garantia à luz do princípio da boa-fé*. Coimbra: Coimbra editora.
- FRADA, A.C. (2007). A *business judgment rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores. In RIBEIRO, M.F (coord.). *Jornadas Sociedades abertas, valores mobiliários e intermediação financeira*, pp. 206 e ss. Coimbra: Almedina.
- FRADA, A.C. (2004). *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, reimp. da edição de fevereiro 2004. Coimbra: Almedina.
- GOMES, M.J.C. (2013). O (in)sustentável peso do aval em livrança em branco prestado por sócio de sociedade para garantia de crédito bancário *revolving* – Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 4/2013, de 11.12.2012, Proc. 5903/09. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 43, pp. 15-47.
- GOMES, M.J.C. (2000). *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*. Coimbra: Almedina.
- GOMES, M.J.C. (2000). O mandamento da determinabilidade na fiança *omnibus* e o AUJ n.º 4/2001. In *Estudo de direito das garantias*, vol. I, pp. 109-137. Coimbra: Almedina.
- HENRIQUES, P. (2001). A desvinculação unilateral *ad nutum* nos contratos civis de sociedade e de mandato. Coimbra: Coimbra editora.

- LEITÃO, L.M.T.M. (2019). *Garantias das obrigações*, 6.^a ed., reimp. Coimbra: Almedina.
- PIRES DE LIMA & ANTUNES VARELA. (1987). *Código Civil anotado*, vol. I, 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- MACHADO, J. Baptista. (1991). A cláusula do razoável. In *João Baptista Machado – Obra Dispersa, Scientia Iuridica*, Braga.
- MENDES, E. (2015). Aval prestado por sócios de sociedades por quotas e anónimas e perda da qualidade de sócio: Apontamento. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 3-4, pp. 587-616.
- MENDES, E. (2000). Aval e fianças gerais. *Direito e Justiça*, vol. XIV, tomo I, pp. 149-169.
- PAIXÃO, R. (2017). *Responsabilidade por aval prestado por sócio de sociedade por quotas que cede a sua quota*. Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa.
- PINTO, D. (2018). Os deveres dos administradores das sociedades comerciais. *Católica Law Review*.
- PROENÇA, J.C.B. (1996). A resolução do contrato no direito civil: Do enquadramento e do regime. Coimbra: Coimbra Editora.
- RIBEIRO, M.F. (2013). Desconsideração da personalidade jurídica e tutela de credores. In *Direito e Justiça – Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, vol. II, pp. 11-50. UCP.
- SANTOS, F.C. (2020). Livrança em branco, pacto de preenchimento e aval. *Revista de Direito Comercial – Edição especial: Liber amicorum Pedro Pais de Vasconcelos*.
- VARELA, J.M.A. (1997). *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.^a ed., reimp, Coimbra: Almedina.
- VARELA, J.M.A. (1997). *Das obrigações em geral*, vol. II, 7.^a ed., reimp. Coimbra: Almedina.
- VASCONCELOS, L.M.P. (2019). *Direito das garantias*, 3.^a ed. Coimbra: Almedina.
- VASCONCELOS, P.P. (2020). *Direito comercial*, vol. I, 2.^a ed. Coimbra: Almedina.
- VASCONCELOS, P.P. (2019). *Teoria geral do direito civil*, 9.^a ed. Coimbra: Almedina.
- VASCONCELOS, P.P. (2018). Aval em branco. *Revista de Direito Comercial*.
- VASCONCELOS, P.P. (2014). *A participação social nas sociedades comerciais*, 2.^a ed. Almedina.
- VASCONCELOS, P.P. (2014). Avals dos sócios de sociedades comerciais. *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 11.
- VASCONCELOS, P.P. (1988/1989). *Direito comercial: títulos de crédito*. Lisboa: AAFDL.

O problema do homicídio como reação à “tirania doméstica”
Distinção entre homicídio privilegiado e legítima defesa

Anya Fabiana Henriques de Oliveira

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria Elisabete da Costa Ferreira

Aos meus pais

Agradecimentos

Esta dissertação representa o culminar de uma fase muito importante da minha vida. É o resultado de muito empenho e determinação, uma época muito solitária, mas não posso deixar de agradecer a algumas pessoas e instituições.

À minha orientadora, Professora Doutora Maria Elisabete Ferreira, pelas diretrizes e orientações transmitidas que me auxiliaram na realização da presente Dissertação e por toda atenção e disponibilidade demonstradas.

À Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e a todos os docentes que me acompanharam neste longo caminho de seis anos e aos meus colegas de curso.

Aos meus amigos de longa data pelo companheirismo e amizade.

E, em especial, agradecer aos meus pais e às minhas irmãs por todo o apoio que demonstraram, pela compreensão e motivação e por serem o meu grande suporte. A toda a minha família, obrigada.

Resumo

A presente dissertação incide sobre os casos de violência doméstica conjugal que, como demonstram as estatísticas, ano após ano, manifestam uma elevada incidência na criminalidade portuguesa, muitas das vezes com desfechos fatais. Contudo, há casos em que a mulher vítima de violência doméstica perpetuada ao longo de vários anos, um dia decide defender-se contra as agressões por si sofridas e, como forma de sobrevivência ou para colocar termo à “tirania doméstica”, decide tirar a vida ao seu agressor.

Questionamo-nos, assim, acerca do enquadramento jurídico-penal a conferir à conduta homicida destas mulheres. Deve a resposta assentar na afirmação de uma defesa ao abrigo da legítima defesa e, por isso, temos exclusão da ilicitude do facto e a homicida será absolvida? Ou, dadas as circunstâncias, configura-se uma situação de excesso de legítima defesa, sendo a sua culpa atenuada ou até mesmo desculpada? E, se estas respostas não se considerarem aplicáveis ao caso, estará a conduta homicida enquadrada no âmbito do homicídio privilegiado, que prevê uma condenação atenuada em virtude de uma culpa sensivelmente diminuída? Pretendemos responder a estas questões, com o objetivo de encontrar a solução jurídico-penal mais adequada a estes casos.

Palavras-chave: Violência doméstica; legítima defesa; legítima defesa preventiva; excesso de legítima defesa; homicídio privilegiado.

Abstract

The present dissertation focuses on the cases of conjugal domestic violence, which, as statistics show, year after year, manifest a high incidence in Portuguese criminality, often with fatal outcomes. However, there are cases in which the woman victim of domestic violence perpetuated over several years one day decides to defend herself against the aggressions she has suffered and, as a way of survival or to put an end to the “domestic tyranny”, decides to take her aggressor’s life.

This leads us to question the legal-criminal framework to be given to the homicidal conduct of these women. Should the answer be based on the assertion of a defence under self-defence and, therefore, we have exclusion of the illegality of the fact and the murderer will be acquitted? Or, given the circumstances, is there a situation of excessive self-defence? Will her guilt be mitigated or even excused? And, if these answers are not considered applicable to the case, does the homicidal conduct fall within the scope of privileged homicide, which provides for a mitigated sentence due to significantly diminished guilt? We intend to answer these questions to find the most appropriate criminal-legal solution to these cases.

Keywords: Domestic violence; self-defence; preventive self-defence; excessive self-defence; privileged homicide.

Lista de siglas e abreviaturas

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.	Artigo
APAV	Associação Portuguesa de Apoio à Vítima
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
Cfr.	Conferir
CIG	Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género
CNPDPJ	Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção de Crianças e Jovens
Coord.	Coordenadores
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
EARHVD	Equipa de Análise Retrospectiva de Homicídio em Violência Doméstica
Ed.	Edição
<i>Et. al.</i>	<i>Et alli</i> (e outros)
Fasc.	Fascículo
N.º	Número
Org.	Organizador
P.	Página
P. ex.	Por exemplo
Proc.	Processo
RASI	Relatório Anual de Segurança Interna
<i>S.d.</i>	<i>Sine data</i> (sem data)
<i>S.n.</i>	<i>Sine nomine</i> (sem nome)
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa

Índice

Introdução	8
Capítulo I – Violência doméstica	10
1. Breve referência ao tipo legal	10
Capítulo II – Legítima defesa	12
1. Contextualização. A justificação do facto ilícito	12
2. Requisitos da legítima defesa	12
2.1. A situação de legítima defesa	12
2.1.1. A agressão	12
2.1.2. A atualidade da agressão	13
2.1.3 A ilicitude da agressão	15
2.2. A ação de defesa	15
2.2.1. Necessidade do meio	15
2.2.2. Necessidade de defesa	18
2.3. Conhecimento da situação objetiva justificante e animus defendendi	18
3. Legítima defesa preventiva	20
4. Soluções alternativas no âmbito da legítima defesa	24
4.1. Excesso de legítima defesa	24
4.2. Legítima defesa putativa	26
5. “Battered woman’s defence”	26
Capítulo III – Homicídio privilegiado	29
1. Breve contextualização. Natureza jurídica do tipo legal de crime	29
2. Fundamento do privilégio	30
3. Cláusulas privilegiadoras	31
3.1. Compreensível emoção violenta	32
3.2. Desespero	34
Capítulo IV – Apreciação crítica do Acórdão do STJ de 7/05/2009	36
Conclusões	41
Bibliografia	43
Jurisprudência	46

Introdução

Os casos de violência doméstica no nosso país são, cada vez mais, uma constante. Segundo o RASI relativo ao ano de 2021, a violência doméstica contra cônjuge ou análogo é a tipologia mais predominante neste tipo de crime, pois representa 85% de toda a violência doméstica, onde 74,9% das vítimas são mulheres e 81% dos denunciados são homens¹. No ano de 2022 registaram-se 30 389 ocorrências de violência doméstica, sendo o número mais elevado dos últimos quatro anos, de acordo com o Portal da Violência Doméstica². Os dados estatísticos apresentados no Portal revelam que ocorreram 28 homicídios em contexto de violência doméstica, dos quais 24 eram mulheres. Estes dados demonstram as evidentes necessidades de prevenção deste fenómeno social e justificam o facto de a violência doméstica poder ser entendida como uma questão de género.

Na presente dissertação será abordada esta problemática na vertente de violência doméstica conjugal, onde um dos cônjuges perpetua de forma continuada, anos a fio, maus-tratos contra o outro cônjuge, imaginando-se os casos em que, a vítima, em virtude desta circunstância, decide acabar com todo o seu sofrimento e, para colocar um ponto final ao contexto de violência, repressão e domínio em que vive, acaba com a vida do seu agressor.

Desta forma, coloca-se a questão de saber qual o enquadramento jurídico-penal a conceder aos casos de homicídio, como forma de reação à tirania doméstica. Se, nestas situações, devemos entender que estas vítimas atuaram em legítima defesa e, assim sendo, veem a sua responsabilidade criminal ser afastada por força do carácter de exclusão de ilicitude que a figura da legítima defesa sustenta. Se, por outro lado, caracterizando-se a concreta atuação da vítima como excesso de legítima defesa, beneficiará de uma atenuação especial da pena em virtude de uma culpa diminuída ou, até mesmo, de uma desculpação. Ou então, aplicar-se-á o regime do tipo legal de crime do homicídio privilegiado, sendo assim a sua culpa diminuída.

Uma vez exposto o tema e os problemas com que nos debruçaremos neste trabalho, é de referir que o Capítulo I incidirá no crime de Violência Doméstica, onde iremos apresentar uma breve referência ao tipo legal de crime, nomeadamente a caracterização das condutas puníveis pela norma incriminatória e as suas vicissitudes.

De seguida, o Capítulo II versará no instituto da legítima defesa, relativamente ao seu teor, os pressupostos, as questões que se levantam e, também, a figura da legítima defesa preventiva que tão relevante será para a nossa problemática.

¹ RASI 2021, pp. 50-51.

² Portal da Violência Doméstica, publicado na página da CIG. Disponível em <https://www.cig.gov.pt/area-portal-da-violencia/portal-violencia-domestica/indicadores-estatisticos>.

Relativamente ao Capítulo III, iremos dar espaço ao tipo legal de crime do homicídio privilegiado, fazendo referência à sua natureza jurídica, ao fundamento que justifica o privilegiamento e uma abordagem às cláusulas de privilegiamento, em especial, à compreensível emoção violenta e ao desespero.

Quanto ao Capítulo IV, iremos desenvolver uma apreciação crítica a um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça tendo por objetivo refletir sobre a solução jurídico-penal mais justa e adequada para o caso concreto, se a figura da legítima defesa ou o tipo legal de crime do homicídio privilegiado.

Por fim, no último capítulo, tecemos as nossas conclusões.

Capítulo I – Violência doméstica

1. Breve referência ao tipo legal

O tipo legal de crime de violência doméstica está previsto no artigo 152.º do Código Penal. A conduta punível consiste em maus-tratos físicos e psicológicos, castigos corporais, privações de liberdade, ofensas sexuais, privação de acesso ou fruição dos recursos económicos e patrimoniais próprios ou comuns e, também, de acordo com Taipa de Carvalho, o tratamento cruel³. Porém, a consciencialização da gravidade destes comportamentos é relativamente recente. Foi apenas no CP de 1982 que o legislador previu, pela primeira vez, o crime de maus-tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges, no artigo 153.º, e, desde então, várias foram as alterações legislativas no que concerne este tipo legal de crime⁴.

Segundo a APAV, a violência doméstica caracteriza-se pela “conduta ou omissão, de natureza criminal, reiterada e/ou intensa ou não, que inflija sofrimentos físicos, sexuais, psicológicos ou económicos, de modo direto ou indireto, a qualquer pessoa que resida habitualmente no mesmo espaço doméstico ou que, não residindo, seja cônjuge ou ex-cônjuge, companheiro/a ou ex-companheiro/a, namorado/a ou ex-namorado/a, ou progenitor de descendente comum, ou esteja, ou tivesse estado, em situação análoga; ou que seja ascendente ou descendente, por consanguinidade, adoção ou afinidade”⁵.

Na presente dissertação vamos debruçar-nos sobre os maus-tratos entre cônjuges, tomando como referência a vítima mulher, muito embora haja casos em que a vítima dos maus-tratos é o homem.

Em resultado das condutas puníveis pela norma incriminatória, podemos afirmar que nos encontramos perante um “crime tendencialmente duradouro”⁶, uma vez que o comportamento ilícito sobre a vítima se prolonga no tempo. Nas palavras de Taipa de Carvalho, podemos definir crime permanente ou duradouro como “[aquele] cuja lesão do bem jurídico se pode prolongar por um tempo mais ou menos longo”⁷, o que nos leva a considerar estar em causa esta característica no tipo legal do art. 152.º do CP. Isto porque as vítimas encontram-se sujeitas a frequentes maus-tratos físicos e psíquicos, coações, injúrias, privações de liberdade e ofensas sexuais que se prolongam no tempo de forma mais ou menos intensa por parte do seu agressor. Por conseguinte, são condutas que se caracterizam por serem permanentes na sua execução, levadas a cabo de

³ Carvalho, 1999, p. 333.

⁴ Em relação à evolução legislativa cfr. Ferreira, 2016, pp. 165 e ss.

⁵ De acordo com a APAV, in <https://apav.pt/vd/index.php/features2>.

⁶ Expressão utilizada por Ferreira, 2022, p. 194.

⁷ Carvalho, 2016, p. 306.

forma persistente e continuada⁸. Salientamos, desde já, a relevância que esta observação representará na abordagem da legítima defesa, decorrente do nosso objeto de estudo.

⁸ Nesta perspectiva também encontramos a posição de Pedro Garcia Marques. Segundo o autor, o crime de violência doméstica marca-se pela “específica forma de agressão marcada por uma *situação de domínio*, permanente na sua execução, protraída, portanto, no tempo e geradora de um específico traço de acentuada censura” (Marques, 2013, pp. 332-333). Também neste sentido o Ac. TRL de 16/12/2020, proc. n.º 675/18.4PCLRS.L1-3: “O crime de violência doméstica é um crime de execução permanente, o que significa que se prolonga e persiste no tempo havendo uma voluntária manutenção da situação antijurídica até que a execução cesse”.

Capítulo II – Legítima Defesa

1. Contextualização. A justificação do facto ilícito

Em virtude dos constantes e reiterados comportamentos violentos do seu agressor consubstanciados no crime de violência doméstica, a vítima decide pôr termo ao seu sofrimento e agonia e tira a vida ao seu marido. Revela-se de especial importância discutir o enquadramento jurídico-penal a atribuir a esta conduta, nomeadamente a questão de saber se o instituto da legítima defesa tem aplicabilidade nestes casos.

A legítima defesa, prevista no art. 32.º do CP⁹, caracteriza-se como uma causa de justificação, um tipo justificador que exclui a ilicitude de uma concreta ação penalmente relevante, tornando o facto justificado.

Assim sendo, estamos perante uma atuação que, em circunstâncias normais, seria considerada ilícita e objeto de repressão penal, contudo, como está inerente uma agressão contra a sua pessoa, há uma necessidade de a afastar. Daí que apenas seja considerada legítima se visar a defesa contra uma agressão atual e ilícita que lese interesses protegidos pela ordem jurídica relativamente ao próprio agente ou atendentes a um terceiro.

Enquanto meio jurídico de defesa particular, a legítima defesa está constitucionalmente protegida no artigo 21.º da CRP, sob a epígrafe de direito de resistência, no qual consta que “todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”. É, por isso, reconhecido o direito de defesa dos particulares face a agressões quando não seja possível recorrer em tempo útil à autoridade pública.

2. Requisitos da legítima defesa

A aplicabilidade da legítima defesa num caso concreto, enquanto causa de exclusão da ilicitude de uma conduta típica, depende necessariamente da verificação de determinados requisitos, tanto referentes à situação de legítima defesa, como também à ação de defesa.

Assim sendo, os elementos constitutivos desta figura têm por base a letra da lei do artigo 32.º do CP.

⁹ Cfr. art. 32.º do CP.

2.1. A situação de legítima defesa

2.1.1. A agressão

O direito de defesa deve visar o afastamento de uma agressão. Em relação à agressão propriamente dita, define-se como “toda a conduta humana dirigida contra interesses ou bens jurídicos”¹⁰ que seja voluntária. Portanto, ficam excluídas para efeitos de legítima defesa as situações que resultem de ataques de animais, os perigos derivados de coisas inanimadas, de fenómenos naturais e ameaças levadas a cabo por humanos sob um estado de inconsciência ou simples atos reflexos ou automáticos, isto é, atos involuntários¹¹. Todavia, não deixa simplesmente de existir um direito de defesa no que toca a este certo tipo de ameaças e perigos, apenas não será uma defesa no âmbito da legítima defesa, mas antes aplicar-se-á o direito de necessidade defensivo¹² para justificar a ação defensiva.

Ainda no plano da agressão, esta pode consistir num comportamento ativo ou omissivo¹³.

2.1.2. A atualidade da agressão

A agressão tem de ser atual para ser suscetível de defesa por parte do agredido. É pacífico na doutrina que a agressão será atual quando esta é “iminente, já se iniciou ou ainda persiste”¹⁴, o que significa que não se exige ao indivíduo vítima da agressão que apenas se defenda no momento em que se efetiva a lesão do bem jurídico em causa.

Posto isto, revela-se de extrema importância a definição do início da atualidade da agressão e o seu termo, visto que será determinante para considerar a ação de defesa como legítima no âmbito da causa de justificação em análise. É mais relevante se justifica dada a questão que colocamos neste estudo – o enquadramento jurídico-penal da conduta homicida da mulher vítima de violência doméstica como resposta à tirania doméstica.

¹⁰ Carvalho, 2016, p. 366. Opinião semelhante à defendida por Dias, segundo o qual devemos definir como uma “ameaça derivada de um comportamento humano a um bem juridicamente protegido” e que “a conduta humana seja voluntária” (2019, pp. 477-478). Neste sentido também Leal-Henriques & Simas Santos, 2002, pp. 501-502.

¹¹ Vide Dias, 2019, p. 478 e Carvalho, 2016, p. 367.

¹² Nesta matéria, Figueiredo Dias aponta para a aplicação do art. 34.º do CP. Contudo, Taipa de Carvalho discorda, pois, no seu entender, o direito de necessidade defensivo distingue-se da figura do direito de necessidade interventiva do art. 34.º. Para Carvalho, o que os distingue é o facto de o estado de necessidade defensivo “permit[ir] (...) que sejam sacrificados, quando indispensável para defender os bens postos em perigo por tais “ataques”, bens jurídicos da pessoa, de cuja esfera provém o perigo, superiores aos “ameaçados” e defendidos”. Acrescenta ainda que, no art. 34.º, está subjacente o pressuposto de o bem jurídico em perigo pertencer a “terceira pessoa alheia à criação da situação de perigo” (2016, p. 367).

¹³ Vide Dias, 2019, p. 479.

¹⁴ *Ibidem*, p. 481. Carvalho, 2016, p. 372: “é atual a agressão que já se iniciou ou que está iminente”. Também Marques da Silva (1998, p. 94) define como atual a agressão “iminente, isto é, que ameaça executar-se imediatamente, que está prestes a executar-se, que já se iniciou o *iter criminis*, ou já em execução”.

Para Figueiredo Dias, a iminência da agressão verifica-se quando “o bem jurídico se encontra já imediatamente ameaçado”¹⁵.

Já Taipa de Carvalho e outros autores¹⁶ defendem que devemos atender ao regime dos atos de execução da tentativa do crime, constante no artigo 22.º do CP, para estabelecer o momento do início da agressão. Para este autor, a al. c), do n.º 2 deste art., “ao falar em atos ‘que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam atos das espécies indicadas nas alíneas anteriores’ (que são atos adequados a produzir o resultado) contém uma definição-delimitação de atos que é, também para a legítima defesa, perfeitamente aplicável para definir e estabelecer o momento a partir do qual a agressão se deve considerar iminente e, portanto, atual”¹⁷. Assim, temos de analisar se se seguem atos que preencham um elemento constitutivo de um tipo de crime ou atos idóneos a produzir um resultado típico.

Contudo, para Figueiredo Dias este critério é inadequado. Na sua justificação afirma que pode haver casos de agressões em que, apesar de ainda não iniciadas, elas já são iminentes e, apesar de não se enquadrarem no estágio da tentativa, merecem ser consideradas para efeitos de legítima defesa. Invoca também a diferença teleológica entre o regime da tentativa e a legítima defesa e o facto de o regime da tentativa ser ineficaz em relação a bens jurídicos que não se qualificam como penalmente tutelados¹⁸⁻¹⁹.

A tese da equiparação do início da atualidade da agressão aos atos de execução da tentativa constitui, assim, um critério que garante segurança e certeza jurídicas na delimitação temporal de uma agressão tida como iminente e, por isso, atual. O que permite, segundo Taipa de Carvalho, considerar atual “a agressão que, embora em si mesma não seja idónea a lesar o bem jurídico e nem sequer constitua um começo de execução dessa lesão, todavia é de esperar, segundo a experiência normal, que a tal conduta se seguirá, imediatamente, a prática de atos (...) suscetíveis de lesar o interesse

¹⁵ Dias, 2019, p. 481.

¹⁶ Palma, 1990, p. 304; Albuquerque, 2021, p. 257.

¹⁷ Carvalho, 2016, pp. 371-372. O exemplo utilizado pelo autor é o seguinte: “será agressão atual o gesto de A de agarrar o revólver que tem à cinta – e não apenas o empunhar e apontar essa arma – quando, no contexto de azeda troca de palavras entre A e B, nada indica que ele não irá utilizar, de facto, a arma contra B. Salvo circunstâncias concretas muito claras no sentido de que ele não dispararia, em hipótese alguma, a arma contra B (hipótese muito improvável, e que ter-se-ia de provar), assistia ao B um direito de legítima defesa que poderia, se necessário, conduzir à morte de A” (1995, p. 272).

¹⁸ Dias, 2019, pp. 481-482.

¹⁹ Como exemplo de legítima defesa, o autor expõe um caso em que A dispara sobre B que ocorre quando B levou a mão ao bolso para sacar do revólver com o qual pretendia atirar sobre A. Para Dias, “mesmo que nesta situação não pudesse porventura falar-se ainda de tentativa, não deverá ser negado a B o direito de impedir por legítima defesa uma agressão que, embora ainda não iniciada, se deveria seguir imediatamente” (2019, p. 481). De salientar que Carvalho discorda desta afirmação, pois este caso retrata “inequivocamente (...) um ato de execução da tentativa de homicídio, segundo a nossa referida al. c), e constitui, para efeito da legítima defesa, uma agressão iminente” (2016, p. 372). Posição com a qual concordamos.

jurídico suscetível de legítima defesa”²⁰, porquanto perfilhamos esta linha de pensamento.

Em segundo lugar, importa definir o momento a partir do qual a agressão deixa de ser tida como atual e, portanto, a ação de defesa deixa de estar justificada pela legítima defesa. É importante ter em consideração que nem sempre o termo da atualidade coincide com o momento da consumação, na medida em que várias são as situações em que a agressão perdura para além daquele momento, e exemplos claros disso são os crimes de ofensas à integridade física e o crime de sequestro²¹. Logo, devemos considerar como relevante o “momento até ao qual a defesa é suscetível de pôr fim à agressão, pois só então fica afastado o perigo de que ela possa vir a revelar-se desnecessária para repelir aquela”²².

2.1.3 A ilicitude da agressão

Como podemos compreender, para podermos invocar a legítima defesa como resposta a uma agressão, pressupõe-se que esta seja ilícita à luz da nossa ordem jurídica. Contudo, é de ressaltar que a ilicitude não tem de ser necessariamente penal. Também é admissível o direito de defesa contra agressões que configurem um ilícito contraordenacional, civil ou constitucional, por exemplo²³.

Em virtude do tema em estudo, este pressuposto não nos levanta muitas dúvidas quanto ao seu preenchimento, dado que as agressões perpetradas em contexto de violência doméstica se enquadram no tipo legal de crime do artigo 152.º do CP, pelo que são ilícitas.

Por fim, ainda no âmbito dos pressupostos da situação de legítima defesa, a letra da lei exige que a agressão atual e ilícita vise “interesses juridicamente protegidos”²⁴. Neste sentido, é unânime na doutrina que os bens suscetíveis de legítima defesa são os bens jurídicos individuais, mais concretamente os direitos absolutos e os direitos reais, e os bens supraindividuais comunitários de fruição individual²⁵.

2.2. A ação de defesa

Para além dos pressupostos exigidos relativamente à situação de legítima defesa, também a ação de defesa deve ser exercida dentro de determinados parâmetros e limites para que possa ser considerada justificada nos termos do art. 32.º do CP. Com isto, a

²⁰ Carvalho, 1995, pp. 271-272.

²¹ Facto apresentado por Dias, 2019, pp. 483-484.

²² *Ibidem*, p. 484.

²³ Opinião dominante na nossa doutrina. Dias, 2019, p. 485; Carvalho, 2016, p. 369; Leal-Henriques & Simas Santos, 2002, p. 502; Albuquerque, 2021, p. 258.

²⁴ Cfr. art. 32.º do CP (sublinhado nosso).

²⁵ De acordo com Carvalho, 2016, pp. 370-371; Dias, 2019, pp. 479-481; Albuquerque, 2021, p. 256; Palma, 1990, p. 515.

letra da lei impõe que a ação de defesa tenha por base um “meio necessário para repelir a agressão atual e ilícita”²⁶.

2.2.1. Necessidade do meio

A expressão “meio necessário” assenta em dois pressupostos de verificação cumulativa: a adequação ou idoneidade e a menor danosidade do meio utilizado²⁷. Para Figueiredo Dias, “o meio será necessário se for um meio idóneo para deter a agressão e, caso sejam vários os meios adequados de resposta, ele for o menos gravoso para o agressor”²⁸.

A avaliação da necessidade do meio assenta no chamado juízo de necessidade que, como a maioria da doutrina²⁹ defende, deve ter como referência o momento da agressão, ou seja, tem natureza *ex ante*. O que implica uma consideração objetiva de toda a dinâmica do acontecimento, a intensidade da agressão, as características pessoais do agressor e do deficiente, o bem jurídico lesado ou ameaçado e os meios de defesa disponíveis.

Um aspeto importante a reter no contexto da necessidade do meio resulta do disposto no artigo 21.º da CRP que, como vimos, impõe o recurso à autoridade pública enquanto meio preferencial. Nas palavras de Figueiredo Dias, este será “o meio de resposta menos gravoso para o agressor, pelo que, sendo possível recorrer em tempo útil às forças policiais para repelir eficazmente a agressão, deve considerar-se esse meio como o necessário à defesa”³⁰. Mas, como facilmente se compreende, na maioria das situações, aguardar pela intervenção das entidades competentes poderia levar a resultados irreversíveis e de elevada danosidade para o indivíduo. Sobretudo nos casos de violência doméstica conjugal, em que a vítima, por se encontrar numa situação limite, tem a necessidade de recorrer a um meio de resposta mais rápido, o que faz com que a intervenção da polícia não se configure como o meio necessário para repelir a agressão atual e ilícita.

Ressalvamos que a possibilidade de fuga³¹ não deve ser entendida como um meio de defesa. Não obstante se considerar um meio adequado para evitar a agressão e certamente o meio menos gravoso para o agressor, “a ordem jurídica não pode obrigar o

²⁶ Cfr. art. 32.º do CP.

²⁷ Neste sentido, Carvalho, 2016, p. 377.

²⁸ Dias, 2019, p. 490. Assim aponta a maioria da doutrina, como Carvalho, 2016, p. 377, e Marques da Silva, 1998, p. 94.

²⁹ Dias, 2019, p. 490; Carvalho, 2016, p. 377; Leal-Henriques & Simas Santos, 2002, pp. 502-503; Albuquerque, 2021, p. 260.

³⁰ Dias, 2019, p. 491. Igualmente, Albuquerque, 2021, p. 259.

³¹ Ac. STJ de 27/10/2010, proc. n.º 971/09.1JAPRT: “XVIII - (...) Na ponderação sobre a necessidade dos meios não deve, porém, entrar-se em linha de conta com a possibilidade de fuga; escapar não é repelir a agressão (...)”.

agredido ao uso de meios ‘desonrosos’, mas sobretudo porque dessa forma se precludiria a função de prevenção geral a que a legítima defesa está adstrita (...)”³².

Por fim, a exigência que se coloca ao agredido em utilizar um meio idóneo para repelir a agressão e ao mesmo tempo que seja o menos gravoso para o agressor não pode ser tida como absoluta. Quer isto dizer que a ponderação do meio necessário “não pode levar a fazer recair sobre o agredido (...) riscos para a sua vida ou de lesão grave da sua integridade física”³³.

Excesso de Legítima Defesa

Nos casos em que não se considera o meio utilizado como necessário, temos um excesso de legítima defesa, que se repercute numa defesa não justificada nos termos da causa de justificação em apreço. A estas situações, onde o agredido recorre a “meios mais gravosos para o agressor do que aqueles que teriam sido necessários para a defesa”³⁴, aplicar-se-á o disposto no art. 33.º do CP, que determina afirmação da ilicitude do facto. Estando o excesso de legítima defesa integrado no domínio da culpa do agente, conforme o estado de afeto manifestado, pode verificar-se uma diminuição da culpa e o agredido pode ter a sua pena especialmente atenuada ou, por outro lado, ter a sua culpa excluída.

Assim sendo, as situações que acabámos de referir podem configurar um excesso de legítima defesa asténico não censurável ou um excesso esténico ou asténico censurável³⁵. Em primeiro lugar, será asténico quando o defendente se excede devido a perturbação, susto ou medo não censuráveis causados pela agressão e, por força do art. 33.º/2 do CP, a culpa será excluída e, conseqüentemente, também a pena. Contudo, se for censurável, temos um excesso de legítima defesa asténico censurável³⁶, em que a culpa apenas pode ser diminuída e, por isso, a sua pena ser especialmente atenuada. Em segundo lugar, é esténico quando o defendente se excede devido a ira, rancor, retaliação e vingança, portanto a pena pode ser especialmente atenuada, *ex vi* do art. 33.º/1 do CP *a contrario*³⁷.

Adaptando a visão para as situações em que a vítima de violência doméstica mata o seu marido-agressor de longa data e, em virtude das circunstâncias em que exerce a

³² Dias, 2019, p. 491.

³³ Carvalho, 2016, p. 377. No mesmo sentido, aponta Dias que “não pode considerar-se como necessário um meio que não seja suficientemente seguro para o agredido” na medida em que constitui “um risco para a sua vida ou integridade física” (2019, p. 491).

³⁴ *Ibidem*, pp. 493-494.

³⁵ O Ac. TRE de 6/12/2016, proc. n.º 496/13.0GDPTM.E1, refere que: “segundo as causas psicológicas ou, por outras palavras, os estados de afeto, que podem estar na origem do excesso da legítima defesa, este divide-se em excesso asténico e excesso esténico (...)”.

³⁶ A maioria da doutrina entende que há certas categorias de pessoas, p. ex., as forças de segurança pública, em que o excesso de legítima de defesa asténico deve ser considerado censurável, assim, “não se podem perturbar ou assustar ao ponto de perderem o controlo da situação de agressão/defesa, praticando uma ação de defesa desnecessária para impedir a concreta agressão (...)” (Carvalho, 2016, pp. 508-509).

³⁷ De acordo com Carvalho, 2016, pp. 505-508; Dias, 2019, pp. 728 e 729; Albuquerque, 2021, p. 270.

ação de defesa, se coloca em causa o facto de o meio ser desnecessário, defendemos a opinião de Elisabete Ferreira, segundo a qual a definição do excesso deve atender ao “estado psicológico em que a vítima/agressora atuou (...), [e à] análise de todos os elementos do caso concreto, à luz das regras da experiência normal de vida, devendo valorizar-se a prova pericial que possa esclarecer-nos sobre a personalidade da vítima/agressora”³⁸. A este respeito, mais adiante nos referiremos.

2.2.2. Necessidade de defesa

Alguma jurisprudência e doutrina, com base na expressão “geboten” prevista no § 32 do CP alemão³⁹, exige o requisito da necessidade de defesa. Figueiredo Dias entende que para além da exigência da necessidade do meio empregado, é também fundamental que a própria defesa seja considerada necessária, “face à exigência de prevalência do Direito sobre o ilícito na pessoa do agredido: não há defesa ‘legítima’ se ela for desnecessária”⁴⁰. Neste seguimento, a defesa tem de se relevar “normativamente imposta”⁴¹.

Este autor elenca então quatro grupos diferentes de situações em que a defesa não se considera necessária, sendo elas: “as agressões que não importam uma desatenção unívoca pelos direitos do agredido”, onde neste setor se inserem as agressões não culposas e as agressões provocadas; os casos de “crassa desproporção do significado da agressão e da defesa”; as “posições especiais” entre agressor e agredido; e, por fim, situações referentes à atuação da autoridade⁴².

Todavia, Taipa de Carvalho rejeita esta normatização. O autor discorda da visão dos Autores que atribuem ao elemento “meio necessário” um duplo significado, um sentido descritivo, na medida em que a ação de defesa apenas será necessária se for considerada indispensável para repelir a agressão, tendo em conta as circunstâncias do caso. E um sentido normativo, isto é, mesmo sendo a ação de defesa indispensável, apenas estaria justificado à luz da legítima defesa se fosse considerado razoável. Para Taipa, “os aspetos relativos à natureza e importância dos bens agredidos e os relativos ao tipo de agressão” supostamente valorados neste requisito da necessidade de defesa “têm a sua sede própria na definição da ‘situação de legítima defesa’ (...) e não na ‘ação de legítima defesa’”⁴³.

³⁸ Ferreira, 2022, p. 206.

³⁹ Preceito que consagra a legítima defesa no CP alemão, que faz depender a sua aplicação, para além da necessidade do meio de defesa, da necessidade de defesa, no sentido de ser imposta.

⁴⁰ Dias, 2019, p. 489. Também Albuquerque defende que a legítima defesa tem de ser “necessária, à imagem da exigência de uma defesa ‘devida’ (...)” (2021, p. 260).

⁴¹ Dias, 2019, p. 494.

⁴² *Ibidem*, pp. 496-508.

⁴³ Carvalho, 2016, p. 376.

2.3. Conhecimento da situação objetiva justificante e *animus defendendi*

Predomina na doutrina e na jurisprudência que, independentemente da causa de justificação, a análise dos elementos constitutivos da qual depende a causa de exclusão da ilicitude não deve, apenas e só, cingir-se a uma visão puramente objetiva. A justificação apontada para este circunstancialismo reside na ideia de que, ao passo que os elementos objetivos apenas apresentam virtualidade para excluir o desvalor do resultado, os elementos subjetivos têm a função de demonstrar a falta do desvalor da ação⁴⁴.

Devemos ter presente, como exigência subjetiva mínima indispensável à legítima defesa, a necessidade de o agredido ter o conhecimento dos elementos objetivos do tipo justificador, assim dizendo, o conhecimento da situação de legítima defesa. A ausência deste requisito, tal como sucede com os restantes elementos, implica a ilicitude do facto. Porém, não significa que estejamos perante um tipo de ilícito consumado. Nestas circunstâncias, como não há um desvalor do resultado, mas apenas desvalor da ação, a solução passa pela aplicação do regime da tentativa⁴⁵.

Questão paralela que se coloca reside no denominado *animus defendendi* ou intenção de defesa e a sua exigibilidade. Neste sentido, não podemos deixar de referir que a doutrina tem vindo a recusar a existência deste requisito, mas a prática jurisprudencial portuguesa tem sido contrária.

O *animus defendendi* consiste num elemento subjetivo específico em que, para além de ser necessário que o defendente represente todos os elementos objetivos da causa justificante, tem de demonstrar uma vontade de defesa dos bens jurídicos ameaçados. Nesta linha de pensamento encontramos Leal-Henriques e Simas Santos, que justificam esta exigência com base na expressão “o facto praticado, como meio necessário, para repelir a agressão, [que significa] que a legítima defesa tem de se conter nos limites estritos da defesa”⁴⁶. Em oposição e de forma dominante, autores como Taipa de Carvalho e Figueiredo Dias⁴⁷ negam a necessidade de observância deste *animus*, bastando simplesmente que o agente represente todos os elementos objetivos da legítima defesa.

⁴⁴ Neste sentido afirma Dias, 2019, p. 459.

⁴⁵ Carvalho considera estes casos como uma verdadeira situação de tentativa, mas impossível, visto que “a ação não podia (...) produzir um resultado desvalioso” (2016, pp. 346 e 347). Em contrapartida, Dias defende uma aplicação analógica do regime do art. 38.º/4 do CP, referente ao consentimento, a todas as causas de justificação (2019, p. 460).

⁴⁶ Leal-Henriques & Simas Santos, 2002, p. 503.

⁴⁷ Carvalho, 2016, p. 402; Dias, 2019, p. 509. Também neste sentido encontramos Palma, 1990, p. 693; Marques da Silva, 1998, pp. 97 e 101; Cavaleiro de Ferreira, 1992, pp. 162 e 190 *apud* Albuquerque, 2021, p. 266. Para este último autor, isto significaria “um inadmissível direito penal do autor”.

Quanto à jurisprudência, como já avançámos, tem vindo a exigir esta vontade de defesa. Segundo jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, “essencial à legítima defesa é mesmo o *animus defendendi*, a intenção de, pelo contra-ataque a uma agressão, se suspender uma agressão ilegítima: o facto típico levado a cabo pelo defendente há-de destinar-se a prevenir uma agressão ilícita atual”⁴⁸.

Face a esta exposição, perfilhamos com o entendimento maioritário da doutrina, uma vez que, como defende Taipa de Carvalho⁴⁹, mesmo que admitíssemos que este requisito tenha implícita a circunstância de o defendente não ultrapassar os limites do meio necessário à defesa, isso não implica “a exigência de uma boa atitude interior (os tais ‘ânimos’), que limitaria, injustificadamente, o normal exercício de um direito”. Assim, somos da opinião que as intenções ou motivações do defendente devem ser irrelevantes e “o elemento subjetivo da ação de legítima defesa se restringe à consciência da situação de ‘legítima defesa’, isto é, ao conhecimento e querer dos pressupostos objetivos daquela concreta situação”⁵⁰.

3. Legítima defesa preventiva

Na circunstância da mulher vítima de violência doméstica que se encontra num particular estado emocional intensivo de medo, angústia e desespero e que, com o intuito de acabar com todo o sofrimento que vive durante anos, decide pôr termo à vida do seu marido num momento em que não está a ser efetivamente agredida, coloca-se em dúvida a justificação da conduta homicida ao abrigo da legítima defesa. Devemos considerar preenchido o requisito da atualidade exigido pelo ratio do art. 32.º do CP e, por conseguinte, configura-se uma situação típica de legítima defesa? Ou, em razão da inobservância do referido requisito, entendemos tratar-se de uma defesa antecipada para prevenir uma futura agressão que se tornaria iminente para a vítima e, por isso, aplicamos a figura da legítima defesa preventiva?

⁴⁸ Ac. STJ de 12/03/2009, proc. n.º 08P3781. Da mesma forma, o Ac. STJ de 27/11/2013, proc. n.º 2239/11.4JAPRT.P1.S1: “o elemento ou requisito essencial da legítima defesa é a ocorrência de *animus defendendi*, ou seja, a vontade ou intenção de defesa”. Podemos afirmar que a jurisprudência do STJ tem sido constante em exigir este elemento subjetivo adicional. Na jurisprudência dos Tribunais da Relação, temos p. ex. o Ac. TRG de 8/02/2021, proc. n.º 23/17.0JABRG.G1: “(...) torna-se necessário que se verifiquem os seguintes predicados ou requisitos: (...) c) Que o agente atue com ‘animus defendendi’, ou seja, que aja com o intuito de se defender, com o fim de pôr termo à agressão em curso ou à agressão iminente; (...)”.

⁴⁹ Carvalho, 2016, p. 345. O autor também fundamenta como motivo da sua recusa o facto de a atitude interior do defendente ser de difícil prova e que “a inexistência desta atitude não pode excluir a justificação”.

⁵⁰ Ac. TRC de 17/09/2003, proc. n.º 2021/03, que acrescenta o seguinte: “A exigência do *animus defendendi* revela-se, aliás, desprovida de sentido, uma vez que se ocorrem os requisitos da «situação de legítima defesa» – agressão actual e ilícita, verificando-se que o defendente não teve outro remédio que defender-se (necessidade de defesa) – pouco importa, obviamente, que tenha sido motivado por indignação, vingança ou ódio”.

Relativamente ao pressuposto da atualidade, que se configura o elemento primordial nesta questão controvertida, defendemos o entendimento de Taipa de Carvalho a que supra aludimos.

No que concerne à existência de uma agressão atual nestas concretas situações, parece-nos importante evidenciar a lógica argumentativa seguida por Pedro Garcia Marques. Neste sentido, o fator determinante para dar resposta à nossa questão reside na caracterização do tipo legal de violência doméstica como um crime tendencialmente duradouro. Isto porque as vítimas se encontram numa “situação de domínio”⁵¹, onde os comportamentos puníveis pelo art. 152.º do CP são perpetrados de forma continuada ao longo do tempo e, em vários casos, durante anos. Logo, para o autor, a natureza de crime duradouro⁵² revela a existência de um “dever por parte do agressor de atuação no sentido de afastar, por sua iniciativa, a situação de domínio, por ele criada, sobre a vítima e de um dever de se abster de atos que perpetuem semelhante situação”⁵³. Consequentemente, enquanto esta situação de domínio se mantiver, considera-se que a agressão está em execução e, por isso, temos uma agressão atual⁵⁴. Assim, aquilo que temos de demonstrar não são os concretos atos que lesam os bens jurídicos da vítima de violência doméstica, mas antes a circunstância de a situação de domínio estar iminente ou em execução. No mesmo seguimento encontramos Teresa Beleza, segundo a qual “uma mulher vítima de violência doméstica continuada por parte do seu marido ou companheiro pode dizer-se estar sempre em perigo iminente de dano na sua integridade física ou até na sua vida”⁵⁵.

Considerações que vimos a adotar em virtude do caráter continuado que caracteriza os maus-tratos no seio familiar, também evidenciada pelo ciclo da violência doméstica a que a APAV alude⁵⁶. Sendo os episódios de violência física, psicológica e emocional uma constante para estas vítimas, entendemos que a prevalência desta “situação de domínio” é condição necessária para efeitos de preenchimento do requisito da atualidade da agressão. Mesmo que este entendimento revele um alargamento significativo das situações enquadráveis no instituto da legítima defesa, em razão de uma maior abertura, é, todavia, “consequência inevitável, (...) necessária de um foco de análise concentrada na situação de domínio que caracteriza o específico desvalor associado a estes tipos de

⁵¹ Expressão utilizada por Marques, 2013.

⁵² Ferreira também vai neste sentido (2022, pp. 200 e 212).

⁵³ Marques, 2013, p. 330.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 350. Para o autor “não será necessário que se demonstre que o agente naquele momento em que se verifica o ato de defesa se encontrava prestes a ou já a agredir, a ameaçar (...), para que a agressão se torne como atual. Antes bastando que a situação de domínio (...) se encontre vigente ou iminente, para que, havendo reação a esta situação de domínio, no sentido de objetivamente a fazer cessar, se deva entender como uma reação de defesa em relação a uma agressão atual” (pp. 359-360).

⁵⁵ Beleza, 1991, p. 152, nota n.º 6.

⁵⁶ Vide APAV relativamente às três fases do ciclo da violência doméstica, disponível em <https://apav.pt/vd>.

atuação e de uma consequente re-compreensão do significado e do papel (...) [dos] atos individuais praticados pelo agente”⁵⁷.

Outra visão que poderíamos adotar como resposta à questão inicial relaciona-se com a possibilidade de antecipação do momento da agressão. Falamos, assim, na legítima defesa preventiva. Ressalvamos, desde já, a discórdia presente na doutrina em torno da sua admissibilidade.

Estariam em causa situações em que a agressão não se encontra sequer iminente, mas já se sabe antecipadamente que ela vai ter lugar com elevado grau de certeza. Neste sentido, surge na doutrina alemã⁵⁸ a “teoria da defesa mais eficaz” enquanto fundamento legitimador da licitude da defesa antecipada. Esta teoria baseia-se na consideração de a agressão ser já atual “no momento em que se soubesse que ela viria a ter lugar se o adiamento da reação para o momento em que ela fosse iminente tornasse a resposta impossível ou se ela só fosse possível mediante um grave endurecimento dos meios”⁵⁹. Esta teoria permitiria, assim, alargar o conceito da atualidade da agressão ao antecipá-la, não exigindo que a agressão esteja iminente e, conseqüentemente, fazendo com que seja justificável agir em legítima defesa pelo facto de se configurar como a defesa mais eficaz⁶⁰. Nas situações de violência doméstica, a admissibilidade desta figura consistiria em admitir que a vítima antecipasse a sua ação de defesa a momento anterior àquele em que se consideraria a agressão como iminente, sendo certo que esta viria a ocorrer, pelo facto de, de outro modo, a defesa já ser impossível ou implicar um agravamento dos meios. Seguindo este raciocínio, concluir-se-ia pelo preenchimento de todos os pressupostos da legítima defesa, em especial, a agressão atual, e a conduta homicida da mulher estaria justificada ao abrigo do art. 32.º do CP.

Porém, esta teoria é afastada pela maioria da doutrina. Figueiredo Dias opõe-se por completo à admissão da legítima defesa preventiva por motivos dogmáticos, ao afirmar que esta teoria alarga excessivamente o conceito de atualidade, e por argumentos de política criminal, pois pode levar a graves conseqüências ao permitir a legitimação de formas privadas de defesa em substituição do recurso às autoridades policiais competentes⁶¹. Por fim, o autor alude aos casos de violência doméstica onde, pela sua unidade criminosa⁶², “não poderá considerar-se existir atualidade, devendo afastar-se a

⁵⁷ Marques, 2013, p. 360.

⁵⁸ Suppert e Schmidhäuser *apud* Dias, 2019, p. 482.

⁵⁹ Dias, 2019, p. 482.

⁶⁰ Como elucida Carvalho, esta teoria assenta em dois pressupostos: “a existência de uma situação de perigo atual de uma agressão próxima (embora não iminente); que o adiantamento da ação de legítima de defesa para o momento da (iminência da) concretização da agressão torne impossível ou mais difícil e arriscada a ação de legítima defesa” (1995, p. 281).

⁶¹ Dias, 2019, p. 482.

⁶² Cfr. Albuquerque, 2021, p. 646.

legítima defesa, quando a ofensa ao bem jurídico tutelado pela incriminação não esteja em curso e não seja iminente”⁶³.

Quanto a Taipa de Carvalho, na sua crítica a esta figura, afirma que “esta teoria converte também o elemento da ilicitude da agressão numa ficção”, porque ao ser admitida a defesa contra atos que não respeitam o critério da al. c), do n.º 2, do art. 22.º do CP, “não só não é uma agressão atual (iminente) como também não é ilícita (...)”⁶⁴.

Numa visão afirmativa encontramos a posição da autora Fernanda Palma, ao definir a legítima defesa preventiva como uma causa de justificação supralegal “naqueles casos em que não é possível, após o desencadear da agressão, reagir com êxito”⁶⁵, mas sempre exigindo uma atuação que respeite o princípio da proporcionalidade qualitativa.

Neste domínio, aderimos à posição doutrinária maioritária no sentido de recusar a admissibilidade da legítima defesa preventiva. Isto porque, a nosso ver, abalaria por completo a noção de atualidade enquanto requisito exigido pela norma do art. 32.º do CP que, já por si, assenta num conceito relativamente amplo ao definir como atual a agressão já em execução ou que seja iminente, coadjuvado pelo regime dos atos de execução da tentativa. Para além de aderirmos à fundamentação crítica apontada por Figueiredo Dias, daqui decorreria, igualmente, uma enorme e injustificada falta de segurança e certeza jurídicas, em virtude de se admitir uma defesa contra meros atos preparatórios *ex vi* do art. 21.º do CP e a possível existência de um hiato temporal desfasado entre a defesa antecipada e a agressão futura que, todavia, poderia nem vir a ocorrer. Não ignorando também a negativa facilidade de invocação que a legítima defesa assumiria se admitíssemos uma defesa nestes termos.

Consideramos fundamental, para justificar a ação defensiva da mulher vítima no contexto factual acima descrito, avaliar a atualidade da agressão com fundamento no critério dos atos de execução da tentativa e não mediante o recurso à legítima defesa preventiva.

Queremos salientar que, não obstante sermos da opinião que reprova a invocação da legítima defesa preventiva, aderimos à resposta de Pedro Garcia Marques para estes casos. Com isto não entramos em contradição, uma vez que estamos perante abordagens jurídicas claramente distintas, a nosso ver. Ao passo que na legítima defesa preventiva se antecipa o momento da ação de defesa para que se torne possível a justificação por

⁶³ Dias, 2019, pp. 482-483.

⁶⁴ Carvalho, 1995, p. 282. Outro autor que também se insurge contra esta figura doutrinária é Albuquerque pelo facto de, nestas particulares situações, o agente ter a possibilidade de recorrer às autoridades públicas para evitar a ameaça que se diz vir a verificar (2021, p. 257). A par do entendimento dominante na doutrina, a jurisprudência também vai no sentido de negar a existência desta figura, como se verifica no Ac. STJ de 10/11/2022, proc. n.º 39/13.6JABRG.G2.S1: “III – Afastadas ficam, assim, do âmbito de legítima defesa as situações em que, não obstante a agressão não estar ainda iminente, já se sabe antecipadamente, com certeza ou com um elevado grau de segurança, que ela vai ter lugar. A chamada teoria da defesa mais eficaz (...), não deve, pois, ser acolhida”.

⁶⁵ Palma, 2013, p. 262.

legítima defesa relativamente a agressões que não se consideram iminentes, na abordagem que defendemos admite-se a legítima defesa, pois, efetivamente, a agressão é atual em resultado da existência da “situação de domínio”, respeitando assim o requisito da atualidade.

Concluindo, reconhecemos que, nestes casos, a figura da legítima defesa pode constituir a melhor resposta jurídico-penal aplicável à vítima, agora homicida, mas atendendo sempre à apreciação *in casu* dos elementos constitutivos. Portanto, cremos ser de especial consideração o facto de o crime de violência doméstica ser um crime duradouro, o que se reflete na observância do elemento da atualidade.

4. Soluções alternativas no âmbito da legítima defesa

4.1. Excesso de legítima defesa

Face à conclusão supra enunciada, é de ressaltar que o principal obstáculo à aplicabilidade da legítima defesa nas situações por nós retratadas é precisamente o elemento da necessidade do meio. Relembramos, assim, as considerações tecidas no capítulo referente a este pressuposto objetivo.

Como vimos atrás, o instituto da legítima defesa exige que a vítima faça uso de um meio adequado para repelir a agressão e que este seja o menos gravoso para o agressor.

Quanto à exigência constitucional de não ser possível o recurso à força pública, perfilhamos o entendimento de Pedro Garcia Marques, segundo o qual apenas se deve entender como não preenchido nas situações em que “se conclua que (...) teria sido possível assegurar, por via de intervenção de meios de tutela pública, a interrupção da situação de domínio”⁶⁶. Não queremos com isto, de forma alguma, desvalorizar o sistema de proteção que é conferido às vítimas de violência doméstica, desde logo o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica e à proteção e assistência das suas vítimas⁶⁷, porém, estes meios podem não garantir à vítima uma resposta definitiva para terminar com a relação de submissão. Esta opinião ganha força com a criação em 2015 da Equipa de Análise Retrospectiva de Homicídio em Violência Doméstica⁶⁸, que tem como objetivo a análise retrospectiva das situações de homicídio ocorrido em contexto de violência doméstica que já tenham sido objeto de decisão judicial transitada em julgado ou de decisão de arquivamento, com a finalidade de implementar novas metodologias preventivas e a produção de recomendações às entidades competentes⁶⁹. Neste

⁶⁶ Marques, 2013, p. 363.

⁶⁷ Introduzido pela Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro.

⁶⁸ Através da Lei n.º 129/2015, de 3 de setembro, que procedeu ao aditamento do artigo 4.º-A na Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, ao criar a EARHVD.

⁶⁹ Cfr. o art. 3.º da Portaria n.º 280/2016, de 26 de outubro.

seguimento, desde a sua criação, a EARHVD já criou no total dezanove dossiês⁷⁰, facto que evidencia que, “dependendo dos casos concretos, em certa medida, se terão verificado falhas na reação do sistema de proteção às vítimas de violência doméstica, que culminou em homicídio (...)”⁷¹, o que acaba por retratar a debilidade do recurso às autoridades públicas enquanto meio necessário e adequado a utilizar pelas vítimas.

Mas não podemos ficar por aqui. Muitas poderão ser as situações em que a vítima, devido ao quadro de violência em que vive, acabe por recorrer a um meio pouco idóneo para pôr termo à tirania doméstica ou a um meio mais gravoso relativamente àqueles que se demonstravam igualmente adequados a repelir a agressão. Deste modo, a desnecessidade do meio, lembre-se, faz-nos direcionar para o excesso de legítima defesa previsto no art. 33.º do CP, que consagra uma causa de desculpação ou uma atenuação especial da pena de acordo com o estado emocional revelado pela vítima homicida.

Tratando-se de uma avaliação que determina a absolvição ou a condenação da vítima, é questionável a suficiência da vontade do juiz em decidir da atuação sob um estado de afeto asténico ou esténico simplesmente através de um juízo de prognose póstuma. Desta forma, advogamos com os autores que defendem “que haja uma cultura de realização de perícias médico-legais (...) do agressor que tenha também sido vítima, pois (...) poderão contribuir para a boa decisão do juiz e descoberta da verdade material”⁷², principalmente nos casos de violência doméstica. Apela assim à complementaridade interdisciplinar entre o direito e a medicina através das perícias que, nos casos em apreço, deveriam realizar-se com carácter obrigatório⁷³.

Se, na sequência da avaliação objetiva, se demonstrar que o excesso foi provocado por perturbação, medo ou susto da vítima, é necessário que o mesmo não seja censurável para haver desculpação, segundo o art. 33.º/2 do CP. Quanto a esta condição adicional, parece-nos correto o entendimento apresentado por Pedro Garcia Marques, na medida em que a circunstância de a vítima se encontrar numa “situação de domínio” que restrinja “a sua capacidade de tutela do seu interesse ao respeito de uma sua dimensão mínima de dignidade e de livre desenvolvimento da sua personalidade, por força de uma efetiva incapacidade de, por si própria, iniciar e manter o (...) procedimento criminal,

⁷⁰ No mais recente Relatório (Dossiê n.º 2/2021-OM), a EARHVD concluiu, mais uma vez, pela deficiente avaliação do risco que ocorreu no caso concreto e, por isso, recomendou ao Governo e às entidades competentes que o grau de risco tenha “em consideração toda a informação relevante e pertinente disponível, oriunda de fontes diversificadas (...)”. Foi também proferida recomendação para a CNPDPCJ em relação à “obrigatoriedade de audição da criança ou do jovem “sobre as situações que deram origem à intervenção e relativamente à aplicação, revisão ou cessação de medida de promoção e proteção””, pp. 31-32.

⁷¹ Segundo Ferreira, 2022, pp. 204-205.

⁷² Moreira, s.d., p. 12. Ferreira também invoca a importância da valorização da prova pericial nos casos de excesso de legítima defesa da vítima/agressora (2022, p. 206).

⁷³ Ideia defendida por Marques, 2013, p. 368 e Moreira, pp. 13-14.

será possível defender que não se lhe pode exigir mais que o meio excessivo usado para (...) afastar uma agressão/situação de domínio ilícita e atual”⁷⁴. Logo, não será de censurar o seu comportamento.

Em suma, admitindo a situação em que o excesso se deve a perturbação, medo ou susto não censuráveis, a solução a seguir pelos nossos tribunais deverá fundar-se no excesso de legítima defesa asténico não censurável, o que resulta na exclusão da culpa da vítima e a conseqüente responsabilidade jurídico-penal.

4.2. Legítima defesa putativa

Vamos agora tecer algumas considerações sobre a possibilidade de erro sobre os pressupostos objetivos da legítima defesa, situação que a doutrina designa de legítima defesa putativa. Isto é, o agente pensa, erroneamente, que se verificam os pressupostos objetivos constituintes do instituto da legítima defesa, mas, na realidade, não se verificam. A solução legal passa pela aplicação do disposto no art. 16.º, números 2 e 3 do CP e, deste modo, excluir-se-á a punição a título de dolo⁷⁵.

No âmbito do elemento da atualidade da agressão, seguindo uma interpretação mais restritiva e não aquela por nós defendida, se, num caso concreto, a vítima atua com a convicção de que reage contra uma agressão atual e, por esse motivo, decide matar o seu marido (admitindo que o meio é necessário), mas, na realidade, este pressuposto não se verifica de um ponto de vista objetivo – a agressão não é atual –, podemos considerar que há um erro sobre os pressupostos. Casos em que, apesar de já neutralizada a agressão do marido, a mulher continua a defender-se por pensar que a agressão ainda é atual. Desta forma, a solução legal a conferir a esta conduta deve assentar, precisamente, na legítima defesa putativa, o que resultaria na não punição pelo crime de homicídio doloso, mas, porventura, pela prática de um homicídio a título negligente, *ex vi* do art. 16.º/3 do CP⁷⁶.

Relativamente ao elemento do meio necessário, constitui legítima defesa putativa se, num determinado caso, se comprovar que não havia uma real impossibilidade de recurso à força pública ou a outro meio mais idóneo e menos lesivo para reprimir a agressão, circunstância esta que a vítima erroneamente representou⁷⁷. Como resultado, a vítima, agora agressora, percebe a morte do seu marido como o seu único meio de

⁷⁴ Marques, 2013, p. 373. Este entendimento é também seguido por Albuquerque, segundo o qual, “no contexto de violência doméstica e maus-tratos da vítima, a legítima defesa desta com excesso asténico é, em regra, não censurável” (2021, p. 270).

⁷⁵ Carvalho, 2016, pp. 503 e 511 e ss.

⁷⁶ Neste sentido Ferreira, 2022, p. 209.

⁷⁷ Exemplo apresentado por Ferreira: “Será pensável, por exemplo, que a vítima represente como impossível o recurso à autoridade pública, por ameaça do agressor. (...) Muito embora, de um ponto de vista objetivo, ela pudesse recorrer à autoridade pública” (2022, p. 203).

reação, a única saída para se libertar. A solução penal é em tudo idêntica à referida no parágrafo anterior.

5. “Battered woman’s defence”

Neste contexto, é digna de menção a “Battered woman’s defence” ou “síndrome da mulher maltratada”. Este conceito surge nos anos 70 como o “conjunto de sintomas psicológicos, normalmente transitórios, que são frequentemente observados, num padrão reconhecível e específico, em mulheres que afirmam terem sido física, sexual e/ou psicologicamente maltratadas de uma forma grave pelos seus parceiros masculinos (e, por vezes, femininos)”⁷⁸. Os advogados de defesa americanos, com o objetivo de argumentarem a favor das mulheres acusadas de homicídio dos seus maridos depois de anos de violência, recorriam a este conceito para defenderem a aplicação do instituto da legítima defesa ou o regime da legítima defesa putativa, na terminologia do direito penal português⁷⁹.

É, por isso, fundamental, na apreciação deste tipo de casos pelos nossos tribunais, atender aos sintomas da “síndrome da mulher maltratada”, que traduz uma “série de traços comuns às mulheres que são vítimas de agressões conjugais continuadas e se mostram incapazes de abandonar essa relação violenta, por dificuldades financeiras, por medo ou/e por interiorização de bloqueios psico-sociais (...) acompanhada da noção de inexistência de alternativas ou de ajudas externas, (...) dada a pouca disponibilidade das forças policiais, ou de estruturas de assistência social para solucionar a questão”⁸⁰.

Trata-se, no fundo, de um quadro psicológico⁸¹ que caracteriza estas vítimas e que permite, de certa forma, justificar e compreender os seus comportamentos, desde logo, o motivo pelo qual decidem permanecer na relação violenta, a razão de não apresentarem queixa e, até mesmo, a decisão de acabar com a vida do marido. Fator este que Walker denomina de “learned helplessness”⁸².

Ainda neste sentido, tem-se demonstrado que a circunstância de as mulheres se separarem ou tentarem separar-se dos seus maridos, configura um fator de risco para as mesmas. Este circunstancialismo gera uma enorme revolta no agressor, ao ponto de não aceitar a separação e, em resultado, acentuam-se os episódios de violência, muitos dos quais acabam no homicídio da mulher⁸³. Num estudo qualitativo que incidiu sobre seis

⁷⁸ Walker, 1993, p. 135 *apud* Isabel Dias, 2010, p. 254.

⁷⁹ *Vide* Ferreira, 2022, p. 207 acrescenta ainda que, para outros autores, a prova do *battered woman’s syndrome* deveria levar a considerar o homicídio não justificado, mas desculpável.

⁸⁰ Beleza, 1991, p. 153.

⁸¹ Walker define como sendo um subtipo de stress pós-traumático (2009, p. 68).

⁸² *Ibidem*, pp. 69 e ss., em especial pp. 83-84.

⁸³ Segundo Pais, 1998. Também Feitor, 2014, p. 4, que dá como exemplo o Ac. do STJ de 25/02/2010 onde, num contexto de violência doméstica, o “arguido por desconfiar que IM queria iniciar uma separação de facto (...) decidiu tirar a vida à sua mulher (...)”, sendo condenado a 20 anos de prisão pelo crime de homicídio qualificado nos termos do 132.º, al. b).

reclusas portuguesas condenadas por homicídio dos seus maridos agressores, demonstrou-se que metade das mulheres já se encontravam separadas no momento da prática do crime, o que permite afirmar que “o período inicial da separação do casal constitui um fator de risco agravado, tanto para a ocorrência de femicídio (...) como para o homicídio dos seus agressores”⁸⁴.

Entendemos que estas considerações devem ser ponderadas na apreciação do pressuposto do meio necessário. É compreensível, pensamos nós, com fundamento na “síndrome da mulher maltratada” e no conceito de “learned helplessness”, que a mulher veja a morte como o único recurso possível para salvaguardar a sua própria vida, a única saída que se lhe apresenta como viável e definitiva para longos anos de pressão psicológica, inferiorização, agressões físicas, humilhações e privação de liberdade⁸⁵. Porém, a resposta não deve ser dada de ânimo leve, não estivéssemos nós a tratar da vida humana, o bem jurídico mais importante do nosso ordenamento jurídico. É indispensável adotar uma avaliação criteriosa de todas as circunstâncias do caso concreto⁸⁶.

⁸⁴ Ferreira, Neves & Gomes, 2018, pp. 87 e 89.

⁸⁵ A propósito do impacto e consequências traumáticas para as vítimas, cfr. CIG, 2020, pp. 48-49.

⁸⁶ Veja-se o Ac. STJ de 13/01/1989, in BMJ n.º 383, p. 248, que julgou ter atuado em legítima defesa a mulher que “é levada à força, e fechada à chave num quarto, pelo marido, embriagado e em estado de grande exaltação, que a ameaça que a vai matar assim como aos filhos do casal, ao mesmo tempo que começa a puxar uma faca da cozinha (...) [e esta, para se defender] empunha um machado e vibra com ele violentas e sucessivas pancadas na cabeça do marido (...); tenta fugir do quarto, sem o conseguir, enquanto o marido se levanta todo ensanguentado a agarra pelos braços dizendo ‘queres matar-me, mas quem morre és tu’; e então, continuando a rezear pela sua vida, vibra no marido mais pancadas (...), causando-lhe a morte”.

Capítulo III – Homicídio Privilegiado

1. Breve contextualização. Natureza jurídica do tipo legal de crime

Nos casos que servem de base à nossa abordagem, temos efetivamente uma morte cometida por um agente, o que nos leva, inevitavelmente, à consideração dos tipos legais de crimes contra o bem jurídico vida. O homicídio de outrem está previsto no artigo 131.º e seguintes do CP, sendo que o tipo legal fundamental, o homicídio simples, está consagrado no art. 131.º. Relativamente aos restantes crimes contra a vida, configuram-se como tipos legais especiais em que a verificação de determinadas circunstâncias atinentes à ilicitude ou à culpa qualificam (homicídio qualificado – 132.º) ou privilegiam (homicídio privilegiado – 133.º) o tipo de homicídio fundamental⁸⁷.

Aquilo que tratamos no âmbito deste estudo é o homicídio conjugal, mais concretamente, como designa Elza Pais, o homicídio-maus-tratos. Este tipo de homicídio baseia-se num crime “exclusivamente cometido por mulheres sobre os seus maridos ou companheiros, depois de terem sido vítimas prolongadas de maus-tratos, por parte deles, durante muito tempo”⁸⁸. Assim sendo, apenas iremos focar-nos no homicídio privilegiado regulado no art. 133.º do CP, que estipula que “quem matar outra pessoa dominado por compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral, que diminuam sensivelmente a sua culpa, é punido com pena de prisão de um a cinco anos”.

Pelo teor literal da norma incriminatória, conseguimos depreender que aquilo que especifica em relação ao tipo legal fundamental do art. 131.º do CP é a previsão taxativa de fatores privilegiadores em estreita ligação a estados emocionais observados na pessoa do agente que, na iminência de diminuir sensivelmente a sua culpa, fazem com que a conduta homicida seja objeto de uma moldura penal mais leve.

Como afirma Figueiredo Dias, “o art. 133.º assume-se como uma forma atenuada do homicídio tipificado no art. 131.º, partilhando ambos o mesmo tipo de ilícito”⁸⁹. Todavia, o homicídio privilegiado caracteriza-se como um crime autónomo e não como uma “mera regra de medida de pena”⁹⁰ – desta forma, a observância dos seus elementos típicos num caso concreto afasta a aplicação dos restantes crimes de homicídio⁹¹.

⁸⁷ Dias, 1999, p. 3. Também Leal-Henriques & Simas Santos, 2000, p. 14; Cunha, 2017, p. 84.

⁸⁸ Pais, 1998, p. 155 *apud* Ferreira, 2022, p. 197.

⁸⁹ Dias & Brandão, 2012, p. 81.

⁹⁰ Segundo Sousa e Brito, 2008, p. 11. Também neste sentido, Dias & Brandão, 2012, p. 82; Amadeu Ferreira, 2004, p. 79; Costa Pinto, 1998, p. 288; Brito, 2003, p. 926, mas contra Palma, 1983, p. 84, que afirma tratar-se de um caso de “atenuação especial típica” e Serra, 1998, pp. 101-102, considera estarem em causa “regras modificativas da moldura penal do homicídio”.

⁹¹ Amadeu Ferreira, 2004, p. 79.

Por outro lado, a atenuação da culpa do agente não se verifica de forma automática⁹² pelo facto de se preencher um elemento privilegiador previsto na letra da lei. Acresce, ainda, que daqui resulte uma culpa sensivelmente diminuída.

No que aos elementos do tipo de ilícito diz respeito, apenas referir, em primeiro lugar, que o tipo objetivo reside em matar outra pessoa com vida, seja por ação ou omissão, e a verificação de umnexo de causalidade entre a conduta e o resultado morte. Em segundo lugar, quanto ao elemento subjetivo, o homicídio privilegiado é um crime doloso, permitindo qualquer uma das suas modalidades – dolo direto, necessário ou eventual – por força do art. 14.º do CP⁹³.

2. Fundamento do privilégio

Revela-se indispensável para uma melhor compreensão do tipo legal em causa aprofundar o fundamento do privilégio que o homicídio privilegiado apresenta relativamente ao tipo legal fundamental. Desde logo, podemos adiantar que a doutrina e a jurisprudência são unívocas no sentido de considerar a menor culpa do agente como o fundamento privilegiador, mas várias são as correntes doutrinárias referentes à origem da atenuação.

Segundo Figueiredo Dias, o homicídio privilegiado radica numa “cláusula de exigibilidade diminuída” de comportamento diferente⁹⁴, resultante da verificação no agente de um estado de afeto “que pode, naturalmente, ligar-se a uma diminuição da imputabilidade ou da consciência do ilícito, (...) [que] opera sobre a culpa ao nível da exigibilidade”⁹⁵. Assim sendo, “o efeito diminuidor da culpa ficar-se-á a dever ao reconhecimento de que, naquela situação (endógena e exógena), também o agente normalmente ‘fiel ao direito’ (‘conformado com a ordem jurídico-penal’) teria sido sensível ao conflito espiritual que lhe foi criado e por ele afetado na sua decisão, no sentido de lhe ter sido estorvado o normal cumprimento das suas intenções”⁹⁶.

Com um entendimento semelhante, Curado Neves⁹⁷ defende igualmente uma cláusula de exigibilidade diminuída, onde o fundamento do privilégio não assenta numa situação objetiva, mas antes na motivação do agente. Assim, “embora o facto não deixe

⁹² Dias, 1999, p. 48.

⁹³ Maior, 2012, pp. 29-30.

⁹⁴ Ideia igualmente defendida por Serra, 1998, pp. 159-160; Silva, 2011, p. 98; Cunha, 2017, p. 94; Albuquerque, 2021, p. 566; Brito, 2003, p. 911. E na jurisprudência, p. ex. o Ac. STJ de 7/09/2016, proc. n.º 405/14.0JACBR.C1.S1: “VII- subjacente à norma do art. 133.º, do CP, como elemento do tipo privilegiado, está um critério de menor exigibilidade relacionado com a sensível diminuição da culpa”.

⁹⁵ Dias, 1999, p. 47.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 48. O autor defende também o facto de a lei exigir que o agente atue “dominado” pelo estado de afeto, afastando assim uma aplicação automática.

⁹⁷ Neves, 2001, pp. 192-194.

de ser censurado, a motivação do agente é aprovada, a ponto de se poder considerar que a sua culpa pelo facto ficará sensivelmente reduzida”⁹⁸.

Todavia, há autores que negam o critério da exigibilidade diminuída. É o caso de Amadeu Ferreira que, a par da generalidade da doutrina, considera que o fundamento é a menor culpa do agente, mas esta fundar-se-á no estado do agente. Pelo facto de as razões que levam à diminuição da culpa não serem as mesmas em todas as cláusulas, o autor procede à divisão do art. 133.º do CP em duas partes: na primeira, “a menor culpa do agente deriva de reflexos da emoção violenta sobre a sua inteligência e a sua vontade” e, na segunda, “é a pressão intolerável de determinados motivos, positivamente valorados pela ordem jurídica, a razão da diminuição sensível da culpa”⁹⁹. Deste modo, enquanto na compreensível emoção violenta a atenuação da culpa opera por via de uma imputabilidade diminuída, nos restantes estados do agente advém de uma exigibilidade diminuída.

Em paralelo com esta linha de pensamento surge a tese defendida por Costa Pinto¹⁰⁰, que também aponta para uma divisão do artigo, mas com a particularidade de ter por base “cláusulas autónomas de menos culpabilidade do agente e uma cláusula de natureza mista, igualmente autónoma, que assenta numa menor ilicitude do facto e uma menor culpabilidade do agente”. No caso de motivo de relevante valor social ou moral, a razão para a atenuação da culpa resulta de uma menor ilicitude do facto e, simultaneamente, de uma menor culpa. Já as restantes cláusulas têm fundamento numa menor culpa do agente, que perceciona a prática do crime como a “única saída possível para a situação em que se encontra”.

Aderimos à posição de Figueiredo Dias, segundo a qual o fundamento privilegiador é a menor culpa do agente assente numa cláusula de exigibilidade diminuída. A conduta homicida, para ser suscetível de ser privilegiada pela integração no tipo legal em apreço, tem de resultar de um determinado estado de afeto (compreensível emoção violenta, compaixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral) vivido na pessoa do agente que o determine à prática do crime e, nos termos em que se verifica, revele uma exigibilidade diminuída em adotar um comportamento distinto, logo, uma diminuição sensível da culpa.

3. Cláusulas privilegiadoras

Como já foi referido, a aplicação do homicídio privilegiado pressupõe necessariamente, mas não unicamente, a verificação de uma das cláusulas

⁹⁸ *Ibidem*, p. 194.

⁹⁹ Amadeu Ferreira, 2004, pp. 76 e 143.

¹⁰⁰ Costa Pinto, 1998, pp. 288-289. Adotam uma visão idêntica, no sentido de o fundamento privilegiador poder ser uma menor culpa e/ou uma menor ilicitude, Carvalho, 1995, p. 359 e Casal, 2004, p. 151.

privilegiadoras tipificadas na disposição legal, sendo elas a compreensível emoção violenta, a compaixão, o desespero e o motivo de relevante valor social ou moral.

Nos casos em que a mulher decide tirar a vida ao seu marido agressor, como forma de reação à “tirania doméstica” perpetuada ao longo de vários anos, compreende-se que o enquadramento jurídico-penal possa seguir-se nos termos do homicídio privilegiado, quando a figura da legítima defesa não se configure aplicável. Neste sentido, os estados de afeto que poderão estar na base do privilegiamento do homicídio serão a compreensível emoção violenta e o desespero, dadas as circunstâncias emocionais em que estas vítimas se encontram.

3.1. Compreensível emoção violenta

A compreensível emoção violenta, enquanto elemento privilegiador, caracteriza-se como um “estado psicológico que não corresponde ao normal do agente, encontrando-se afetadas a sua vontade, a sua inteligência e diminuídas as suas resistências éticas, a sua capacidade para se conformar com a norma”¹⁰¹. Emoção esta que se torna violenta quando despoleta no agente uma reação agressiva e o determina a adotar um comportamento devido à forte influência que a emoção violenta representa¹⁰². Assim, daqui podemos retirar a conclusão que não basta estarmos perante uma simples emoção, mas antes uma emoção violenta, como é exigido pela letra da lei¹⁰³.

Quanto à qualidade das emoções suscetíveis de preencher o conceito de “emoção” do preceito legal, a doutrina diverge. Figueiredo Dias¹⁰⁴ afirma serem apenas de atender os estados de afeto esténicos, isto é, como vimos no capítulo anterior, a ira, cólera e irritação, e não os estados de afeto asténicos, como sejam a perturbação, o medo e o susto. Em sentido diverso aponta Amadeu Ferreira, segundo o qual “se devem considerar incluídas quer as emoções asténicas (...) quer as emoções esténicas”, pois a lei não faz qualquer distinção entre os estados de afeto e “ambas têm virtualidade para possuir violência bastante capaz de dominar o agente e arrastá-lo ao crime”¹⁰⁵. Em consonância com a generalidade da doutrina¹⁰⁶, esta é a posição que adotamos, caso contrário estaríamos a seguir uma interpretação *contra legem*.

Outro aspeto a frisar relaciona-se com a compreensibilidade da emoção violenta, como está descrito na disposição legal. Esta circunstância define-se como uma “exigência adicional” que o legislador consagrou unicamente para esta cláusula de privilegiamento,

¹⁰¹ Amadeu Ferreira, 2004, p. 63.

¹⁰² Segundo Silva, 2011, p. 100.

¹⁰³ Nesta lógica, como afirma Sousa e Brito, “não basta qualquer emoção, tem-se em vista a emoção forte, que arrasta, excita ou empurra para a ação. Isto é requerido pela própria palavra ‘violenta’ (...) e ainda pela palavra ‘dominado’” (2008, p. 19). Também Lopes, 2013, p. 72.

¹⁰⁴ Dias, 1999, p. 51.

¹⁰⁵ Amadeu Ferreira, 2004, p. 100.

¹⁰⁶ Albuquerque, 2021, p. 567; Sousa e Brito, 2008, p. 23; Brito, 2003, p. 19.

a par do crivo da menor exigibilidade no âmbito da culpa do agente¹⁰⁷. Assim, o agente que agiu dominado por uma emoção que o determinou a causar a morte a outrem, para ter a sua condenação atenuada ao abrigo do art. 133.º do CP, impõe-se que a emoção seja violenta, que seja compreensível e que diminua sensivelmente a sua culpa. Posto isto, surge a questão de saber qual a definição deste conceito e, conseqüentemente, em que termos a ordem jurídica considera a emoção violenta como compreensível.

Para responder a esta questão, basear-nos-emos nas considerações tecidas pela jurisprudência e doutrina. Ao nível da prática jurisprudencial dominante¹⁰⁸, em tempos, os nossos tribunais recorriam ao critério da proporcionalidade entre o facto que provocava a emoção e o resultado morte para aferir da compreensibilidade da emoção violenta¹⁰⁹. Esta orientação mereceu várias críticas por parte da doutrina, desde logo por ferir o princípio da legalidade e o teor literal da norma, mas também porque “nunca pode existir “proporcionalidade” (...) entre uma qualquer emoção e a morte dolosa de outra pessoa”¹¹⁰, resultando assim numa restrição excessiva do âmbito de aplicação do homicídio privilegiado¹¹¹. Nos dias de hoje, este critério já não tem acolhimento na jurisprudência¹¹².

Face ao exposto, conseguimos perceber que não se trata de uma tarefa fácil, pois nem a doutrina apresenta um critério unânime para efeitos de concretização da compreensibilidade. Constata-se que há autores que recorrem a um critério objetivo, outra corrente segue um critério subjetivo, e também há quem defenda o critério do tipo social.

Segundo o critério objetivo, a referida exigência adicional afere-se de acordo com a figura do homem médio, critério que entendemos ser o melhor para definir a emoção violenta como compreensível. Para Figueiredo Dias, que segue este entendimento, não podemos censurar o agente que atua em resultado de um “forte estado de afeto emocional”, na medida em que “também o homem normalmente ‘fiel ao direito’ não deixaria de ser sensível”¹¹³. Já com um critério objetivo mitigado por elementos subjetivos, Fernando Silva defende o padrão do homem médio, mas “colocado nas condições do agente, com as suas características, o seu grau de cultura e formação”¹¹⁴.

¹⁰⁷ Segundo Dias, 1999, p.. 50-51. Assim também, Serra, 1998, p.. 160 e 163; Costa Pinto; 1998, p. 288; Neves, 2001, p. 181.

¹⁰⁸ São exemplos: Ac. STJ de 5/02/1986, in BMJ n.º 354, p. 285; Ac. STJ de 6/01/1988, in BMJ n.º 373, p. 264 e Ac. STJ de 27/11/1996, in BMJ n.º 461, p. 226.

¹⁰⁹ Silva, 2011, p. 102.

¹¹⁰ Dias, 1999, p. 51.

¹¹¹ Silva, 2011, p.. 103-104. Também se insurge contra este critério Albuquerque, 2021, p. 567; Cunha, 2017, p. 95; Serra, 1998, p. 163, mas a favor Leal-Henriques & Simas Santos, 2000, p. 129.

¹¹² O Ac. STJ de 14/07/2010, proc. n.º 408/08.3PRLSB.L2.S1 afirma que: “o cenário mudou, pelo menos a partir dos finais da década de 90, parecendo-nos poder apontar-se o acórdão de 08 de Maio de 1997, publicado no BMJ n.º 467, pág. 287 (...)”.

¹¹³ Dias, 1999, p. 50. Em consonância, Gonçalves, 2007, p. 527 e Sousa e Brito, 2008, p. 24.

¹¹⁴ Silva, 2011, p. 106. Igualmente Albuquerque, 2021, p. 567: “é necessário que o homem médio possa rever-se no modo como o agente lidou com a situação”.

Já o critério subjetivo reside numa avaliação em função do agente em concreto. Nas palavras de Amadeu Ferreira, “a emoção, igualmente, só pode ser corretamente avaliada se tomarmos como medida o próprio agente emocionado. É em relação a ele (...) que deve poder dizer-se que a emoção é violenta e o domina”¹¹⁵. Teresa Serra considera que o critério objetivo é “uma fórmula vazia” e, por isso, a sua concretização deve assentar na “personalidade do agente individual que atua”¹¹⁶.

Para Silva Dias¹¹⁷, que defende o critério do tipo social, a compreensibilidade depende do facto de a situação em concreto ser ou não adequada a produzir uma emoção violenta numa pessoa com o mesmo tipo social que o agente, onde se deve atender à “idade, grau de cultura, profissão, meio em que vive, formas ou níveis de participação social, etc.”. Por conseguinte, conclui que o critério do homem médio é “excessivamente abstrato para a individualização”. Da mesma forma argumenta Teresa Quintela de Brito¹¹⁸, quando afirma “que a compreensibilidade deva ser avaliada na perspetiva de um observador objetivo, correspondente ao tipo social do agente”.

Por fim, concluir apenas que, uma vez demonstrada a condição de a emoção violenta se considerar compreensível¹¹⁹, se exige simultaneamente um nexo de causalidade entre a emoção que dominou o autor e o homicídio¹²⁰ e, evidentemente, a observância da cláusula geral deste tipo legal – “que diminuam sensivelmente a sua culpa”.

3.2. Desespero

Resta agora dedicar-nos à análise da cláusula de privilegiamento do desespero. Para Figueiredo Dias, o desespero não se caracteriza tanto pela “situação objetiva de falta de esperança na obtenção de um resultado ou de uma finalidade, (...) [mas] sobretudo estados de afeto ligados à angústia, à depressão ou à revolta”¹²¹.

Entende-se que ao desespero está inerente um pendor temporal, na medida em que está associado a “situações que se arrastam no tempo, fruto de pequenos ou grandes conflitos”¹²², casos em que “o agente foi suportando uma situação que sobre ele exerce grande pressão psicológica, vindo limitar-se as suas capacidades de resistir à situação,

¹¹⁵ Amadeu Ferreira, 2004, p. 99.

¹¹⁶ Serra, 1998, pp. 166 e 168.

¹¹⁷ Silva Dias, 2007, p. 41.

¹¹⁸ Brito, 2003, p. 916.

¹¹⁹ De notar que a compreensibilidade se refere à emoção violenta e não ao homicídio (Amadeu Ferreira, 2004, p. 93).

¹²⁰ *Ibidem*, p. 97 e Gonçalves, 2007, p. 527. Na jurisprudência: Ac. STJ de 1/03/2006, proc. n.º 05P3789 e Ac. STJ de 14/07/2010, proc. n.º 408/08.3PRLSB.L2.S1.

¹²¹ Dias, 1999, p. 52. Com uma conceção idêntica surgem Leal-Henriques & Simas Santos: “o desespero é o estado de alma em que se encontra quem já perdeu a esperança na obtenção de um bem desejado, de quem enfrenta uma grande contrariedade (...) de quem está sob a influência de um estado de aflição, desânimo, desalento, angústia ou ansia” (2000, p. 132).

¹²² Amadeu Ferreira, 2004, pp. 68-69. Também Cunha, 2017, p. 95.

matando a vítima como forma de libertação desse estado”¹²³. Enquadram-se, portanto, nesta cláusula os casos em que o autor mata outra pessoa por ver nesse comportamento a sua única saída¹²⁴.

Efetivamente, predomina na doutrina um entendimento unívoco no que à matéria do desespero interessa. Em consequência, um dos exemplos doutrinários caracterizador deste estado de afeto são, precisamente, os casos de “humilhação prolongada” do agente pela vítima – casos das mulheres vítimas de violência doméstica que, por não aguentarem mais os maus-tratos, matam os seus maridos em desespero¹²⁵. Demonstrativo desta ideia é o Ac. do STJ de 25/01/1996¹²⁶, ao considerar que “age em estado de desespero quem durante vinte anos sofreu, contínua e diariamente, por parte da vítima, agressões à sua integridade física, à sua honra e integridade moral, ao seu sossego e bem-estar e aos seus bens”.

Em suma, para que o desespero possa ser valorado enquanto circunstância privilegiadora do homicídio, pressupõe-se que o agente atue dominado por este estado de afeto, que seja por essa razão que o homicídio se concretizou (nexo de causalidade) e, concomitantemente, que diminua sensivelmente a sua culpa. Relativamente a este último pressuposto, como defende Teresa Quintela de Brito quando aborda o desespero, tem de ser ponderado “em função (a) da não reprovabilidade ou, mesmo, da relevância humana, ética ou social dos motivos que orientam o agente e (b) da correspondência de tais motivos a um quadro de vida tão grave que ponha em causa a própria dignidade do autor”¹²⁷. Já não se exige, como assinalámos supra, a exigência adicional da compreensibilidade.

Tecidas as considerações atinentes ao crime de homicídio privilegiado, é de realçar que o homicídio perpetrado por mulheres vítimas de violência doméstica continuada poderá ser privilegiado, desde que se comprove que o motivo do mesmo tenha sido resultado de uma emoção violenta compreensível ou por desespero e que a agente tenha atuado dominada por esse estado de afeto, na condição de diminuir sensivelmente a sua culpa. Admitimos que ambas as cláusulas privilegiadoras são suscetíveis de se verificarem, uma vez que estes homicídios conjugais são motivados por estados emocionais alterados provocados pelo quadro de violência doméstica vivido pelas homicidas que, inevitavelmente, resulta numa inexigibilidade em adotar um comportamento diferente.

¹²³ Silva, 2011, p. 117. O autor conclui que “neste tipo de situações o decurso do tempo foi funcionando como agravante da situação do agente”.

¹²⁴ Segundo Costa Pinto, 1998, p. 288; Serra, 1998, p. 160; Silva Dias, 2007, p. 44; Amadeu Ferreira, 2004, pp. 68-69.

¹²⁵ Amadeu Ferreira, 2004, pp. 69-70. Igualmente Albuquerque; 2021, p. 568; Dias, 1999, p. 52; Serra, 1998, p. 160; Leal-Henriques & Símas Santos, 2000, p. 132.

¹²⁶ Proc. n.º 048375.

¹²⁷ Brito, 2003, p. 923.

Capítulo IV – Apreciação Crítica do Acórdão do STJ de 7/05/2009

Resta-nos agora desenvolver uma apreciação crítica a um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça datado de 7 de maio de 2009¹²⁸, que retrata um homicídio praticado por uma mulher, vítima de violência doméstica continuada, contra o seu marido-agressor, nas circunstâncias que a seguir detalhamos. O nosso objetivo é, portanto, analisar o enquadramento jurídico-penal seguido pelo tribunal.

A arguida AA, casada com CC desde 1986, foi condenada pelo Tribunal da Comarca de Braga a uma pena de nove anos de prisão pela prática do crime de homicídio simples previsto no artigo 131.º do CP.

Da factualidade provou-se que um ano e meio após o casamento, CC mantinha relações sexuais de coito anal com a arguida, contra a sua vontade. Destes episódios resultaram na vítima, então arguida, sentimentos de humilhação e repulsa e uma obsessão com a sua higiene íntima, lavando-se repetidamente. Este comportamento não agradava CC, que passou a vigiar as idas à casa de banho da mulher, fechava a porta à chave e pedia à filha mais velha do casal para também controlar a mãe. Como forma de impedir AA de se lavar, CC chegou mesmo a partir o bidé e a inutilizar as torneiras.

Na sequência destes atos, AA sentia-se humilhada, oprimida e invadida na sua privacidade e, em 1989, é-lhe diagnosticada neurose obsessivo-compulsiva.

As desavenças entre o casal eram frequentes e demonstrou-se, na matéria de facto, que por várias vezes CC agredia fisicamente a arguida, tendo sido esta assistida no hospital em quatro ocasiões para receber tratamento médico às lesões sofridas.

Como forma de atenuar todo o sofrimento causado pelo marido, a arguida passou a ingerir bebidas alcoólicas de forma descontrolada e compulsiva, facto que levou a diagnosticarem-lhe alcoolismo secundário. Como resultado, CC, com o objetivo de nunca a deixar sozinha, começou a acompanhar a mulher para todo o lado e pedia à filha mais velha para a vigiar quando a arguida estivesse em casa. Este comportamento demonstra a intenção do marido em controlar todos os movimentos e os contactos que AA tinha com outras pessoas. Isto fazia com que a arguida se sentisse constrangida e coartada na sua liberdade de movimentos. Para além disto, AA era frequentemente insultada de “bêbada”, inclusive na presença das filhas. Entre 2001 e 2004, AA recebeu tratamento médico hospitalar relativamente à ansiedade e depressão motivadas pelo contexto familiar em que vivia, tendo mesmo chegado a pensar em suicídio. Na sequência dos diagnósticos mencionados foi internada em duas ocasiões. De salientar que AA

¹²⁸ Proc. n.º 09PO579, Relator Souto de Moura.

manifestou, por mais do que uma vez, vontade de se divorciar, mas acabava sempre por desistir em detrimento da pressão colocada por CC.

Na noite de 3 de agosto de 2007, quando se encontravam apenas os dois em casa, ocorreu uma discussão na cozinha pelo facto de CC ter encontrado uma garrafa de vinho vazia no saco do lixo. Este dizia que tinha sido a arguida a beber a garrafa, ao que ela não admitiu. Durante a discussão, o marido pega na garrafa e levanta-a, dizendo que a espetaria na cabeça dela, e também lhe chamou por diversas vezes “bêbada”, “puta” e “vaca”. No seguimento, CC dirige-se ao hall, onde entra em contacto com a filha mais velha para lhe dizer que a mãe estava outra vez “bêbada” e pedindo que a mesma voltasse para casa.

Como não se sentia embriagada, a arguida ficou revoltada com a humilhação do marido ao chamá-la de “bêbada” perante a filha. Assim, AA decidiu tirar a vida a CC e deslocou-se à sala para se munir de um revólver que estava pronto a disparar. Dirigiu-se à despensa, onde se encontrava CC, e sem que este se apercebesse da sua presença, disparou seis tiros na sua direção. As lesões provocadas pelos disparos foram a causa direta e necessária da morte.

Como foi referido, a arguida veio a ser condenada pelo crime de homicídio simples, na pena de nove anos de prisão. Na sequência desta decisão, houve recursos para o TRG e, conseqüentemente, para o STJ, interpostos pela sogra da arguida, que viria a constituir-se assistente no processo. Destacar que, nestes recursos, apenas se discutiu a admissibilidade dos mesmos e questões referentes à matéria de facto. Porém, decidiu-se tanto no TRG, como no STJ que a assistente carecia de legitimidade e interesse em agir para interpor o recurso¹²⁹.

Uma vez exposto o caso *sub judice*, entendemos ser criticável a solução jurídico-penal do Tribunal de 1.ª Instância em condenar a arguida por um crime de homicídio simples, nos termos do art. 131.º do CP. Cremos que uma decisão adequada e ajustada às circunstâncias concretas em que a arguida atuou implicaria ter em consideração a possível aplicabilidade do instituto da legítima defesa e o tipo legal do homicídio privilegiado, tal como temos vindo a refletir no desenrolar do nosso estudo.

É evidente que este caso se enquadra na realidade por nós estudada. Temos uma mulher sujeita a maus-tratos continuados pelo seu marido, tendo sido vítima de ofensas físicas por diversas vezes, ofensas sexuais, viu a sua liberdade pessoal e social ser totalmente limitada e controlada, foi alvo de constantes humilhações que, num momento não intimamente ligado a um episódio de violência, decide tirar a vida ao seu marido para findar com o seu sofrimento.

¹²⁹ Todos os factos foram retirados do Acórdão em apreço.

Deste modo, as condutas praticadas por CC são subsumíveis no crime de violência doméstica previsto no art. 152.º do CP. Apesar de o legislador não o exigir, temos manifestamente reiteração das condutas puníveis por lei, neste caso, maus-tratos físicos e psíquicos, privações da liberdade e ofensas sexuais, segundo o n.º 1. Acrescentar ainda que, pelo facto de se tratar de cônjuges, ser-lhe-ia imputada a alínea a), do n.º 1 e, possivelmente, a circunstância agravante da alínea a), do n.º 2, pois alguns destes comportamentos foram praticados na presença de menores¹³⁰ e no domicílio comum.

Já em relação à atuação da arguida, que é aquilo que nos interessa indagar, em primeiro lugar importa perceber se está em causa uma ação de defesa contra os maus-tratos de que tem sido vítima desde o início do seu casamento para que a ilicitude da sua conduta possa ser justificada ao abrigo da legítima defesa. Neste sentido, como vimos, o art. 32.º do CP exige a verificação de determinados pressupostos e, pelos factos relatados no acórdão, parece-nos que o entrave que poderá obstar à aplicação desta causa de justificação passará pelo requisito da necessidade do meio.

Quanto ao requisito da atualidade da agressão, seguindo a linha de pensamento de Pedro Garcia Marques¹³¹, podemos afirmar que AA se encontrava numa “situação de domínio” face aos circunstancialismos observados. Consideramos que a agressão do marido é sempre atual enquanto se mantiver esta condição, logo a vítima está sempre em condições de se defender. Não obstante, poderíamos também justificar a atualidade da agressão tendo por base o ato de CC de levantar a garrafa de vinho e ameaçar AA que a espetaria na cabeça dela. Conforme o critério de delimitação da atualidade defendido por Taipa de Carvalho (art. 22.º/2/c) do CP), este ato pode configurar-se como um ato de execução pois, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, seria de esperar que se seguissem atos idóneos a produzir um resultado típico ou que preencham um tipo de crime. Posto isto, não era de todo descabido considerar que a agressão era iminente, portanto, atual.

A respeito da necessidade do meio, é pressuposto que o meio seja adequado e que seja o menos gravoso para o agressor. Para avaliação desta exigência, temos de fazer uso de um juízo de necessidade de natureza *ex ante*, de prognose póstuma, com base no critério da experiência comum. Importa, assim, ter presente todo o contexto em que ocorreu a ação da arguida, as características pessoais de CC e AA e os meios de defesa que estavam ao seu alcance. Como vimos, a arguida mata o marido utilizando um revólver, do qual dispara seis vezes e o atinge numa zona vital, para repelir uma agressão iminente que se dirigia à sua integridade física ou à vida, mas que não chegou a concretizar-se. O que manifesta, na nossa opinião, o recurso a um meio não necessário por não ser o menos

¹³⁰ Quanto a este facto, o acórdão não indica a idade das filhas.

¹³¹ Juntamente com as considerações de Beleza, 1991, pp. 151 e ss.

gravoso para o agressor. Porquanto, verificando-se a desnecessidade do meio, surge o excesso de legítima defesa do art. 33.º do CP, no qual devemos atender ao estado de afeto presente na arguida, que poderá repercutir-se numa causa de desculpação da conduta típica. Porém, o acórdão não detalha com precisão o estado psicológico da arguida no momento em que pratica o crime, nem tão pouco parece que tenham sido realizadas perícias nesse sentido. Apenas constata que AA estava “revoltada” e se sentia “humilhada”. Estes factos parecem evidenciar que o excesso não resultou de um estado de afeto asténico, isto é, não se defendeu por medo, susto ou perturbação não censuráveis, antes sim, na nossa opinião, por ira, retaliação ou rancor. Logo, ao agir com excesso de legítima defesa esténico, a sua pena poderia ser especialmente atenuada por força do n.º 1, do art. 33.º do CP.

Mas, há um outro fator que impede o enquadramento jurídico-penal da conduta homicida de AA no instituto da legítima defesa, o elemento subjetivo do conhecimento da situação de legítima defesa. O acórdão dá a entender que a arguida não agiu com o intuito de se defender, de reagir contra uma agressão, quando afirma que “a arguida estava ciente da ilicitude do ato que praticava ao disparar, (...) agiu voluntária, livre e conscientemente, com o propósito de tirar a vida a CC”. Desta forma, AA não representa, no momento em que dispara contra CC, que está a defender-se contra uma agressão atual e ilícita que ameaça um interesse juridicamente relevante e que o meio utilizado é necessário. Nem mesmo temos uma legítima defesa putativa.

Concluindo-se pela não aplicabilidade da causa de exclusão da ilicitude da legítima defesa devido às vicissitudes do caso, a solução deveria enquadrar-se, no mínimo, no tipo de crime do homicídio privilegiado. Assim, já não estaríamos a colocar o problema no plano da ilicitude, mas no plano da culpa.

Sendo o fundamento do privilegiamento do homicídio a menor culpa do agente, assente numa exigibilidade diminuída de comportamento diferente¹³², importa analisar se se concretiza essa circunstância *in casu*. A conduta de AA, para se integrar nos termos do art. 133.º do CP, carece da verificação de uma cláusula de privilégio, sendo os estados de afeto que mais se ajustam ao caso a compreensível emoção violenta e o desespero.

Face ao exposto, cremos que o comportamento de AA foi motivado por todo o contexto de violência doméstica vivido durante vinte anos, de onde resultaram consequências sérias para a sua pessoa e que, à luz da “síndrome da mulher maltratada”, permitem entender os seus comportamentos, desde o consumo de bebidas alcoólicas, a obsessão de se lavar, o facto de ter permanecido na relação e o ato de disparar contra o seu agressor. A nosso ver, a arguida agiu claramente por desespero, uma vez que o seu comportamento foi motivado por um estado de afeto ligado à “angústia, à depressão ou

¹³² De acordo com Dias, 1999, p. 47.

à revolta”¹³³, decorrente dos episódios de ofensas físicas, sexuais, privações da liberdade e humilhações que se prolongavam no tempo. Por se encontrar sob uma forte pressão psicológica que não lhe permite ter discernimento no momento do crime, AA vê a morte do seu marido como a sua única saída possível.

Uma vez observados este estado de afeto e o facto de a agente ter atuado dominada pelo mesmo, sendo o desespero a causa que leva ao resultado morte, resta-nos a verificação de uma sensível diminuição da culpa. Relativamente a este ponto, julgamos que “naquela situação (endógena e exógena), também o agente normalmente ‘fiel ao direito’ (...) teria sido sensível ao conflito espiritual que lhe foi criado e por ele afetado na sua decisão”¹³⁴ pois, para além de todo o quadro de violência, é também de considerar que a arguida, por mais de uma vez, tivera manifestado a sua vontade de se separar do marido, o que revela a inexigibilidade de um comportamento diferente. Assim, a vitimação prévia que determina a vítima homicida permite-nos concluir pela culpa sensivelmente diminuída.

Admitindo que todos os elementos do tipo se preenchem face às particularidades do caso, a culpa da arguida seria atenuada por aplicação do art. 133.º do CP, tendo como moldura penal a pena de prisão de um a cinco anos.

Em suma, causa-nos uma certa perplexidade a decisão do tribunal de 1.ª instância ao condenar a arguida por um crime de homicídio simples, sendo o facto típico enquadrável no tipo de crime do homicídio privilegiado¹³⁵. Consideramos esta decisão duplamente criticável. Primeiro, pela razão que já viemos a expor e, segundo, porque o tribunal nem tão pouco procedeu a uma atenuação especial da pena, regime previsto nos artigos 72.º e 73.º do CP. Neste sentido, sufragamos com Sílvia Ferreira¹³⁶ quando afirma que “a aplicação deste regime seria adequada e cumpriria os seus pressupostos: há circunstâncias que atenuam a culpa da agente, concretamente todo o conflito espiritual que as condições terríveis de vida provocaram na arguida, e as necessidades de prevenção, quer geral, quer especial são diminuídas”.

Desta forma, *in casu*, a arguida – que, na verdade, é a vítima – teria fundamentos suficientes para ter interposto recurso com vista a uma condenação justa e adequada ao requerer o enquadramento jurídico-penal da sua conduta no homicídio privilegiado.

¹³³ *Ibidem*, p. 52.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 48.

¹³⁵ Com o mesmo entendimento, surge Sílvia Ferreira na sua apreciação crítica deste mesmo acórdão (2015, p. 40).

¹³⁶ *Ibidem*, p. 44. De ressaltar que a autora concluiu pelo enquadramento legal no crime de homicídio privilegiado, contudo com fundamento na compreensível emoção violenta.

Conclusões

A violência doméstica conjugal configura-se um fenómeno social que predomina em grande expressão na atual realidade penal da nossa sociedade, sendo transversal a qualquer estrato social, económico e cultural. Infelizmente, as mulheres que estão sujeitas a um quadro de violência físico, sexual e psicológico e de isolamento total por parte dos seus maridos são vítimas durante anos, de forma continuada e protraída no tempo.

O direito de defesa, materializado no artigo 32.º do CP enquanto causa de justificação, permite à vítima de violência doméstica reagir contra uma agressão atual e ilícita por si sofrida, nos termos previstos pelo legislador. Contudo, o direito de defesa muitas das vezes não tem lugar no momento concreto da agressão, em razão do estado de medo e pânico em que se encontram, das diferenças físicas entre ambos, da incapacidade de reação provocada pelas agressões ou da culpabilização enraizada nestas mulheres.

Por consequência, a defesa *a posteriori* ao episódio de agressão concretiza-se como a única possibilidade das vítimas de se desprenderem das amarras do tirano e de salvarem a sua própria vida. Face à questão controvertida da nossa investigação, entendemos ser de refutar que a solução jurídico-penal passe pela figura da legítima defesa preventiva, pelas razões supramencionadas.

O enquadramento jurídico-penal na legítima defesa deve, antes sim, atender à prevalência da “situação de domínio”, enquanto forma específica de agressão atual no contexto de maus-tratos no seio doméstico, para efeitos de preenchimento do requisito da atualidade e de demonstração da impossibilidade de recurso à força pública. Este entendimento de Pedro Garcia Marques afigura-se como justo e adequado, no sentido de lograr uma justificação para a conduta homicida das vítimas homicidas, independentemente do momento da defesa. Mas, não devemos olvidar o cumprimento de todos os elementos constitutivos deste instituto.

Não descurando a particularidade de cada situação, que nos obriga a uma avaliação *in casu*, são inegáveis as semelhanças que os casos de reação à tirania doméstica pelas vítimas comportam. O homicídio perpetrado por estas mulheres é o desencadear de um contexto de violência extremo, de carácter continuado, que as vítimas vão suportando e silenciando durante anos, que, tendo consciência de todo o sofrimento vivido e das dificuldades em pôr fim à relação, nos permite compreender a sua reação. Assim, consideramos impreterível que os nossos tribunais tenham presente toda a conjuntura que motivou estas vítimas a matarem os maridos no momento de aferir a observância dos pressupostos da legítima defesa, mais precisamente a atualidade e a necessidade do meio, o possível excesso de legítima defesa e o erro sobre os pressupostos.

É de condenar a decisão jurisprudencial que “feche os olhos” à motivação do homicídio, pois, no fundo, originaria uma revitimização a estas mulheres. Primeiro foram vítimas de violência doméstica e, conseqüentemente, são vítimas do sistema de justiça penal, que olha para elas meramente como homicidas.

Com isto não pretendemos apresentar uma resposta definitiva, sob pena de relativizar o bem jurídico essencial que é a vida humana. Contudo, os casos de homicídio em contexto de violência doméstica exigem uma avaliação da admissibilidade da invocação da legítima defesa e, caso se conclua pela negativa, entendemos que se deve consubstanciar no tipo legal de crime do homicídio privilegiado, sendo as vítimas homicidas punidas a este título. Sendo a reação despoletada pelo enredo de violência doméstica vivido, depreendemos que, nestas hipóteses, a morte tenha sido determinada por uma emoção violenta compreensível ou por desespero, que justifica o privilegiamento do homicídio em razão da culpa sensivelmente diminuída da mulher vítima de maus-tratos, pelo que apelamos a que a jurisprudência atenda ao estado emocional revelado pela vítima, agora agressora, no momento da prática do crime.

Concluindo, no decurso da nossa investigação, foram escassas as decisões encontradas na nossa jurisprudência que enquadraram estas situações na causa excludente de ilicitude da legítima defesa ou no homicídio privilegiado. O que evidencia, lamentavelmente, uma justiça imperfeita face às soluções jurídico-penais adequadas a dar resposta às mulheres que decidem pôr termo à vida dos seus agressores como reação à tirania doméstica.

Bibliografia

- AA. VV (2020). A violência doméstica – caracterização do fenómeno e respostas aptas à sua erradicação – CIG. In *Violência Doméstica – Implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno – Manual pluridisciplinar*, coord. Paulo Guerra e Lucília Galego, 2.^a edição, dezembro 2020. Retirado de <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=jQXSesE72kk%3D&portalid=30>.
- ALBUQUERQUE, P.P. de (2021). Anotação ao artigo 32.^o. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a Edição atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ALBUQUERQUE, P.P de (2021). Anotação ao artigo 33.^o. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a Edição atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ALBUQUERQUE, P.P de (2021). Anotação ao artigo 133.^o. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a Edição atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ALBUQUERQUE, P.P de (2021). Anotação ao artigo 152.^o. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a Edição Atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- BELEZA, T.P. (1991). Legítima defesa e género feminino: Paradoxos da «feminist jurisprudence»? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 31. <https://www.ces.uc.pt/publicacoes/rccs/artigos/31/Teresa%20Pizarro%20Beleza%20-%20Legitima%20Defesa%20e%20Genero%20Feminino.pdf>.
- BRITO, J. de S. e (2008). Um caso de homicídio privilegiado. In *Materiais para o estudo da Parte Especial do Direito Penal: Coletânea de textos de Parte Especial do Direito Penal*, Augusto Silva Dias, et. al. Lisboa: AAFDL.
- BRITO, T.Q. de (2003). Homicídio privilegiado: Algumas notas. In *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, org. Manuel Costa Andrade, et. al. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, A.T. de (1995). *A legítima defesa: Da fundamentação teórico-normativa e preventivo-geral e especial à redefinição dogmática*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, A.T. de (1999). Comentário do artigo 152.^o do Código Penal. In *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial, Tomo I*, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, A.T, de (2016). *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. Teoria geral do crime*, 3.^a Edição. Porto: Universidade Católica Editora.
- CASAL, C.N. (2004). *Homicídio privilegiado por compaixão*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CUNHA, M.C.F da (2017). *Os crimes contra as pessoas. Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina*. Porto: Universidade Católica Editora.
- DIAS, A.S. (2007). *Direito Penal – Parte Especial: Crimes contra a vida e a integridade física*, 2.^a Edição revista e atualizada. Lisboa: AAFDL.
- DIAS, I. (2000). Violência doméstica e justiça. *Revista do Departamento de Sociologia da FLUP*, vol. XX. <https://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/8796.pdf>.

- DIAS, J. de F. (1999). Anotação ao artigo 131.º. In *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial - Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J. de F. (1999). Anotação ao artigo 133.º. In *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial - Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Dias, J. de F. (2019) - *Direito Penal: Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais: A Doutrina Geral do Crime*, 3.ª edição. Gestlegal.
- DIAS, J. F. & BRANDÃO, N. (2012). Anotação ao artigo 133.º. In *Comentário Conimbricense ao Código Penal: Parte Especial - Tomo I*, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- FEITOR, S.I. (2014). Battered woman e homicídio conjugal: Legítima defesa ou estado de necessidade defensivo? *Revista Cabo dos Trabalhos*, n.º 10, IV Colóquio Internacional de Doutorandos, CES, 2014. https://cabodostrabalhos.ces.uc.pt/n10/documentos/3.3.3_Sandra_Ines_Ferreira_Feitor.pdf.
- FERREIRA, A (2004). *Homicídio privilegiado (reflexões sobre a compreensibilidade da emoção violenta, à luz da jurisprudência posterior à entrada em vigor do Código Penal de 1982)*, 4.ª reimpressão da edição de 1991. Coimbra: Almedina Editora.
- FERREIRA, M., NEVES, S. & GOMES, S. (2018). Matar ou Morrer – Narrativas de mulheres, vítimas de violência de género, condenadas pelo homicídio dos seus companheiros. In *Configurações*, vol. 21, 2018, pp. 80-95. Retirado de <https://journals.openedition.org/configuracoes/5171>.
- FERREIRA, M.C. de (1992). *Lições de Direito Penal – Parte Geral I. A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982*. Lisboa: Editorial Verbo.
- FERREIRA, M.E. (2016). *Violência parental e intervenção do Estado – A questão à luz do direito português*. Porto: Universidade Católica Editora.
- FERREIRA, M.E. (2022). Legítima defesa e violência doméstica. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*. Porto: Universidade Católica Editora.
- FERREIRA, S.C. (2015). *Homicídio do pai tirano. Considerações jurídico-penais*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto.
- GONÇALVES, M.M (2007). Anotação ao artigo 133.º. In *Código Penal Português: Anotado e Comentado*, 18.ª Edição. Coimbra: Almedina Editora.
- LEAL-HENRIQUES, M. de O. & SIMAS SANTOS, M.J.C. de (2000). Anotação ao artigo 131.º. In *Código Penal Anotado*, 3.ª Edição, II Volume. Lisboa: Rei dos Livros Editora.
- LEAL-HENRIQUES.M. de O. & SIMAS SANTOS, M.J.C de (2000). Anotação ao artigo 133.º. In *Código Penal Anotado*, 3.ª Edição, II Volume. Lisboa: Rei dos Livros Editora.
- LEAL-HENRIQUES.M. de O. & SIMAS SANTOS, M.J.C de (2002). Anotação ao artigo 32.º. In *Código Penal Anotado*, 3.ª Edição, I Volume. Lisboa: Rei dos Livros Editora.
- LOPES, T. da R. (2013). *A problemática do crime de homicídio, em especial o crime de homicídio privilegiado do artigo 133.º do Código Penal*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito na Universidade Lusíada do Porto.

- MAIOR, N.A.B da C.S. (2012). *Compreensível emoção violenta: Provocação e reflexão. Fatores que afastam o privilegiamento do homicídio?* Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito na Universidade Autónoma de Lisboa.
- MARQUES, P.M.G. (2013). Ora, trabalha, sofre e cala* ... ou não – Breve reflexão sobre a relevância da violência doméstica e dos maus-tratos na compreensão da legítima defesa. In *Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, Volume II. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- MOREIRA, S.F.L. de M. (s.d.) A violência dita doméstica – Fecha-se uma porta, trancam-se duas janelas?
https://cabodostrabalhos.ces.uc.pt/n10/documentos/3.3.4_Sara_Filipa_Leitao_de_Mai_a_Moreira.pdf.
- NEVES, J.C. (2001). O homicídio privilegiado na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 2, abril-junho.
- PAIS, E. (1998). *Homicídio conjugal em Portugal: Ruturas violentas da conjugalidade*. Lisboa: Hugin.
- PALMA, M.F. (1983). *Direito Penal – Parte Especial: Crimes contra as pessoas*. Lisboa: s.n.
- PALMA, M.F. (1990). *A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos*, volume I. Lisboa: AAFDL.
- PALMA, M.F. (2013). Modelos de relevância das emoções em Direito Penal e a sua relação com diferentes perspectivas filosóficas e científicas. In *Emoções e crime – Filosofia, ciência, arte e direito penal*, coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo Sousa Mendes. Coimbra: Almedina.
- PINTO, F. de L. da C. (1998). Crime de homicídio privilegiado: Acórdão da Relação de Évora de 4 de fevereiro de 1997. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 2, abril-junho.
- SERRA, T. (1998). Homicídios em série. In *Jornadas sobre a revisão do Código Penal*, org. Maria Fernanda Palma, Teresa Pizarro Beleza. Lisboa: AAFDL.
- SILVA, F. (2011). *Direito Penal Especial: Crimes contra as pessoas: Crimes contra a vida, crimes contra a vida intra-uterina, crimes contra a integridade física*, 3.^a Edição atualizada e aumentada. Lisboa: Quid Juris.
- SILVA, G.M. da (1998). *Direito Penal Português, Parte Geral II: Teoria do crime*. Lisboa: Editorial Verbo.
- WALKER, L.E.A. (2009). *The battered woman syndrome*, 3.^a Edição. Nova Iorque: Springer Publishing Company.
[https://yunus.hacettepe.edu.tr/~cin/Criticism%20of%20the%20Western%20Society%20o%20Civilization%20-%20Collection%205/Domestic%20Violence/Walker%20-%20The%20Battered%20Woman%20Syndrome%20\(2009\).pdf](https://yunus.hacettepe.edu.tr/~cin/Criticism%20of%20the%20Western%20Society%20o%20Civilization%20-%20Collection%205/Domestic%20Violence/Walker%20-%20The%20Battered%20Woman%20Syndrome%20(2009).pdf).

Jurisprudência

Jurisprudência consultada em www.dgsi.pt.

Ac. STJ de 5/02/1986, BMJ n.º 354.

Ac. STJ de 6/01/1988, BMJ n.º 373.

Ac. STJ de 13/01/1989, BMJ n.º 383.

Ac. STJ de 25/01/1996, processo n.º 048375.

Ac. STJ de 27/11/1996, BMJ n.º 461.

Ac. STJ de 1/03/2006, processo n.º 05P3789.

Ac. STJ de 12/03/2009, processo n.º 08P3781.

Ac. STJ de 7/05/2009, processo n.º 09P0579.

Ac. STJ de 14/07/2010, processo n.º 408/08.3PRLSB.L2.S1.

Ac. STJ de 27/10/2010, processo n.º 971/09.1JAPRT.

Ac. STJ de 27/11/2013, processo n.º 2239/11.4JAPRT.P1.S1.

Ac. STJ de 7/09/2016, processo n.º 405/14.0JACBR.C1.S1.

Ac. STJ de 10/11/2022, processo n.º 39/13.6JABRG.G2.S1.

Ac. TRC de 17/09/2003, processo n.º 2021/03.

Ac. TRE de 6/12/2016, processo n.º 496/13.0GDPTM.E1.

Ac. TRL de 16/12/2020, processo n.º 675/18.4PCLRS.L1-3.

Ac. TRG de 8/02/2021, processo n.º 23/17.0JABRG.G1.

Amor em “modo avião”:

**A problemática jusfundamental das relações amorosas no
trabalho no contexto da política “no dating”**

Diana Ferreira de Matos Coelho

Sob a orientação da Professora Doutora
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho

Aos meus pais.
À minha avó Gina.

“O amor é um licor de doce travo
Que se bebe com gosto e emoção
Fazendo o coração dele seu escravo
Sem sabermos sequer por que razão...

O amor quando nos toca o coração
É uma onda de fogo... Não se vê...
Acesa a sua chama de ilusão
Não há como fugir nem para quê...

Sorvo esse amor em goles delicados
Um precioso néctar, sem cuidados,
Pois enquanto durar serei feliz...

E se um dia morrer meu coração
Que seja por amor... E a razão
Só porque o meu destino assim o quis.”

Maria Vitória Hurtado

Agradecimentos

À minha mãe, por ter sido sempre a minha casa e a minha maior fã, apoiando-me incondicionalmente em todas as minhas escolhas, impulsionando-me a encontrar e ser, sempre, a minha melhor versão.

Ao meu pai, por mesmo longe se fazer sentir perto. Pela herança do sentido de humor com que vejo a vida.

Aos meus avós, em especial à minha avó Gina, que muito me ensinaram e me prepararam para os desafios da vida. Pelas histórias que me contaram e pela magia com que me fizeram ver o mundo.

À minha família, de norte a sul, a de sangue e a que acolhi como tal, pelo amor e amizade que partilhamos. Pelos abraços dados e por aqueles que sei que sempre me esperam.

Aos meus amigos, em particular ao Unas, à Inês e à Cláudia, pelas longas conversas, desabafo e conselhos desde o início do meu percurso académico. Pelas trocas de ideias, de apontamentos e de incentivos.

A todas as pessoas que responderam e partilharam o questionário que realizei para este estudo, pelo seu precioso e indispensável contributo à realização desta Dissertação.

À minha orientadora, pela disponibilidade e prontidão com que aceitou orientar este meu estudo. Pelos ensinamentos que me transmitiu e pela amabilidade com que o fez.

A todos, um bem-haja.

Resumo

Nesta dissertação será abordada a problemática jusfundamental das relações amorosas que ocorram no contexto laboral, tentando compreender como é possível alcançar um equilíbrio entre, por um lado, a proteção dos direitos fundamentais e de personalidade dos trabalhadores e, por outro, a liberdade fundamental da empresa a autorregular-se e a controlar o ambiente e o espaço de trabalho de modo a atingir os resultados económicos propostos.

Uma vez que se trata de um tema complexo, não só por se cruzarem diferentes áreas do direito – direito do trabalho e direitos fundamentais – mas também pelo galopante avanço das NTIC, reconhecemos, desde já, a dificuldade em providenciar respostas unívocas a todas as problemáticas suscitadas. Concomitantemente, o tema da dissertação versa também sobre outras áreas científicas, tais como a psicologia e a sociologia, pelo que esta é uma temática que carece de uma visão global interdisciplinar. Assim, iremos dividir o nosso estudo nas perspetivas do trabalhador, por um lado, e do empregador, por outro; reconhecendo a problemática como um verdadeiro conflito de direitos. Abordaremos ainda o despedimento por justa causa que, muitas das vezes, se tem traduzido na resposta dada pelas empresas aos relacionamentos íntimos ou amorosos entre os seus trabalhadores.

Finalizando a presente dissertação, e porque o direito não é meramente bibliográfico e documental, constará um pequeno estudo prático por nós conduzido, que contou com a participação de 300 pessoas. Neste estudo, procurámos compreender e quantificar as experiências dos inquiridos acerca das relações amorosas no contexto laboral, assim como as suas opiniões sobre a melhor forma de resolução de conflitos que daí advenham.

Palavras-chave: Direitos de personalidade; direitos fundamentais; liberdade de empresa; livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador; direito à reserva da vida privada e familiar; teoria das três esferas; despedimento por justa causa; relações amorosas no trabalho; relações afetivas no trabalho; conflitos de direitos.

Abstract

This dissertation addresses the fundamental issue of romantic relationships in the work context, while trying to understand how it is possible to achieve a balance between, on the one hand, the protection of fundamental and personality rights of workers and, on the other hand, the fundamental freedom of the company to self-regulate and control the environment and the workspace to achieve the proposed economic results.

We recognize that this is a complex issue, not only because different areas of law intersect – labour law and fundamental rights –, but also given the sprinting advance of the new ICT. At the same time, the theme of the dissertation also deals with other scientific areas, such as psychology and sociology, so this is a theme that needs an interdisciplinary global vision.

Thus, we will divide our study in the perspective of the worker, on the one hand, and the employer, on the other hand, recognizing the problem as a real conflict between rights. We will also address dismissal, which has often resulted as the response given by companies to intimate or romantic relationships between their workers.

Concluding this dissertation, and because law is not merely bibliographic and documentary, we will present a small practical study that counted with the participation of 300 people, in which we tried to unveil the experience of the respondents about the problem, as well as their personal beliefs about the best way to resolve it.

Keywords: Personality rights; fundamental rights; freedom of enterprise; free development of the worker's personality; right to private and family life; theory of the three spheres; dismissal; romantic relationships at work; affective relationships at work; conflicts between rights.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.(s)	Artigo(s)
CC	Código Civil
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
Cfr.	Conforme
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EUA	Estados Unidos da América
Fig.	Figura
N.º(s)	Número(s)
NTIC	Novas Tecnologias de Informação e Comunicação
P./pp.	Página/Páginas
Proc.	Processo
Ss.	Seguintes
SST	Segurança e Saúde no Trabalho
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TUE	Tratado da União Europeia
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UE	União Europeia
Vol.(s)	Volume(s)

Índice

Nota introdutória	9
1. A justificação da tutela dos direitos fundamentais no contrato de trabalho	10
2. Os direitos de personalidade dos trabalhadores	12
2.1. O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar	14
2.1.1. A teoria das três esferas	15
2.1.2. A reserva da intimidade da vida privada e as NTIC	17
2.1.3. Extensão da proteção	18
2.2. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade	19
3. O poder de controlo da entidade empregadora	19
3.1. Limites	21
3.2. A política “no dating”	22
4. Conflito de direitos: liberdade de empresa e liberdade na empresa	23
5. Despedimento por justa causa (?)	25
6. Análise de dados estatísticos	26
Reflexões finais	28
Apêndices	29
1. Questionário lançado ao público	29
2. Gráficos das respostas	32
Referências bibliográficas	36
Jurisprudência	36

Nota introdutória

Sendo certo que o mundo gira em torno da economia, dependendo dela, a verdade é que o trabalhador não pode ser visto meramente como fator de produção. Devemos antes perspetivá-lo como pessoa, dotada de mundividências e idiossincrasias, assim como de sentimentos e emoções que a impulsionam nas suas escolhas e na forma como desempenha toda e qualquer atividade.

Não é de estranhar, portanto, que, no local de trabalho – onde o trabalhador passa a maior parte do seu tempo –, venham a surgir relações de amizade e de maior afetividade, próprias da sua condição humana, que procura viver em sociedade¹.

Isto, aliado ao crescente papel da mulher no mercado de trabalho, ao aumento do número de horas de trabalho, e ainda ao aumento da idade média do casamento, tem vindo a tornar cada vez mais propício o surgimento de relacionamentos entre colegas de trabalho.²

A questão que nos propomos a estudar prende-se, precisamente, com a compatibilidade da liberdade do trabalhador na escolha dos indivíduos com quem pretende estabelecer uma relação afetiva e, por outro lado, com a autonomia de que dispõe o empregador de estabelecer as regras e princípios necessários à prossecução de maior produtividade que limitem ou proíbam esta liberdade do trabalhador.

Veja-se que, por um lado, o direito à reserva da intimidade da vida privada e ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador apresentam-se como seus direitos fundamentais, devendo este poder amar livremente, fazendo as suas escolhas pessoais sem receio de repercussões negativas no seu emprego, *maxime* o despedimento que, como veremos, tem sido a principal arma de combate nesta luta contra as relações pessoais indesejáveis no âmbito laboral.

Noutro prisma, a empresa deverá poder autorregular-se como entenda que seja mais benéfico para o seu fim: obtenção de lucro. Parece razoável pensar que as relações de intimidade entre trabalhadores, ou entre trabalhadores e superiores hierárquicos, possam acarretar consequências que se reflitam em termos económicos para a empresa? Ainda que tal possa ser possível, até que ponto é que este interesse se sobreporá aos interesses do trabalhador?

Será que durante a prestação laboral o trabalhador mantém em absoluto todos os seus direitos de personalidade? Ou, pelo contrário, deverá ser como que uma “pessoa-cidadão

¹ Já Aristóteles afirmava na sua obra *Ética a Nicómaco*, livro IX, que “não menos estranho seria fazer do homem feliz um solitário, pois ninguém escolheria a posse do mundo inteiro sob a condição de viver só, já que o homem é um ser político e está em sua natureza o viver em sociedade”.

² Medeiros, *et. al.*, 2015, p. 80.

em suspenso”³? Será que devemos limitar um direito basilar e fundamental do trabalhador em prol de um mero e potencial perigo de índole económica?

Com este cenário de incerteza em mente, e com a galopante evolução tecnológica e massificação do uso das NTIC⁴ na área laboral a que se assiste, fácil será de perceber que esta seja uma matéria delicada e em constante adaptação, levantando cada vez mais problemas para os quais se verifica, ainda, uma ausência de legislação específica.

Pretendemos, assim, por via desta dissertação, apurar até onde irá, afinal, a autonomia privada do empregador, e se esta poderá ser, e em que medida, uma limitação aos direitos fundamentais do trabalhador – nunca violando, claro está, o conteúdo mínimo essencial dos direitos de personalidade dos trabalhadores.

1. A justificação da tutela dos direitos fundamentais no contrato de trabalho

Pese embora no passado os direitos fundamentais tenham sido uma arma de defesa contra intromissões do Estado, atualmente assumem igualmente uma dimensão positiva, apresentando-se como um conjunto de preceitos normativos que definem o “estatuto fundamental dos indivíduos e cidadãos na sociedade política”⁵, reduto máximo do princípio da dignidade da pessoa humana⁶.

Estes direitos, apesar de existirem independentemente da condição profissional da pessoa, têm também bastante impacto na área laboral – a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁷ – acolhida (nas relações entre privados) pela Constituição portuguesa na parte final do n.º 1 do artigo 18.º.

Há, de facto, um verdadeiro “envolvimento integral da personalidade do trabalhador no vínculo laboral”⁸ uma vez que, ao realizar a prestação de trabalho, o trabalhador empenha a sua própria personalidade e as suas aptidões, conflituando muitas vezes com os fins e as exigências da empresa, levando, por isso, à renúncia ou limitação de direitos dos trabalhadores⁹.

Trata-se, portanto, de uma categoria de direitos muitíssimo importante para o direito do trabalho, não só pela inseparabilidade da pessoa do trabalhador, que fragiliza os seus direitos fundamentais, como também pela possibilidade de limitação desses direitos no exercício da prestação laboral¹⁰.

³ Leal Amado, 2019, p. 21.

⁴ Montenegro, 2020, p. 11.

⁵ Andrade, 1987, p. 76.

⁶ Abrantes, 2002, p. 93.

⁷ Para maiores desenvolvimentos sobre o ponto, Amaral, 2010, pp. 41-44.

⁸ Palma Ramalho, 2003, p. 158.

⁹ Abrantes, 2002, p. 25.

¹⁰ Palma Ramalho, 2003, p. 157.

Assim, e como bem salienta Palma Ramalho¹¹, justifica-se a tutela dos direitos fundamentais no contrato de trabalho (quer na fase inicial, como ao longo de toda a sua vigência) por três motivos essenciais:

i) Pelo grau de indeterminação da atividade laboral¹², que se vai adaptando às necessidades da empresa que vão, também elas, por seu turno, acomodando-se ao mercado e ao utilizador (a chamada indeterminação sucessiva da prestação de trabalho);

ii) Pela inevitável implicação da personalidade do trabalhador no exercício das funções para as quais foi contratado¹³. Com efeito, trata-se de um contrato *intuitu personae* relevando, por isso, as capacidades (físicas, psicológicas e técnicas) que o trabalhador possui e que aplicará também na sua área profissional. Afinal, “a relação entre a prestação de trabalho e a pessoa do prestador é incontornável”¹⁴; e

iii) Pela componente organizacional do próprio contrato de trabalho à qual está inerente uma sujeição do trabalhador perante as regras impostas pelo empregador. A verdade é que a empresa, enquanto estrutura de poder, tem a possibilidade de tomar decisões que tenham uma “especial potência lesiva para o exercício real e efetivo dos direitos fundamentais dos trabalhadores”¹⁵.

Por tudo isto, reconhece-se a necessidade de uma (maior) proteção do trabalhador, tão só por sê-lo, já que é “o próprio objeto do contrato – a disponibilidade da força de trabalho – que torna inevitável todo um conjunto de notáveis limitações à liberdade pessoal do trabalhador”¹⁶, que precisam de ser acauteladas e reguladas.

No CT esta proteção é feita, de forma mais específica, através da consagração dos direitos de personalidade (arts. 14.º e ss.)¹⁷. Estes direitos existem pelas pessoas e para as pessoas, procurando protegê-las e às suas posições, em especial a sua dignidade¹⁸.

Pela sua incontestável importância na temática, centremo-nos agora nestes direitos.

¹¹ Palma Ramalho, 2003.

¹² Para maiores desenvolvimentos ver Palma Ramalho, 2003, pp. 158-160.

¹³ Para maiores desenvolvimentos ver Palma Ramalho, 2003, pp. 160-163.

¹⁴ Palma Ramalho, 2003, p. 163.

¹⁵ Moreira, 2004b, pp. 57 e 58.

¹⁶ Abrantes, 2002, p. 25.

¹⁷ Estes direitos distinguem-se dos direitos fundamentais por estes serem acolhidos pela CRP e aqueles pelo CC. Cfr. Monteiro, 2021, p. 10.

¹⁸ Vasconcelos, 2017, p. 6. No mesmo sentido Carvalho, 2012, p. 190.

2. Os direitos de personalidade dos trabalhadores

Antes de trabalhador, quem se obriga ao exercício da prestação laboral através de um contrato de trabalho sempre será uma pessoa e cidadão¹⁹ e, como tal, ser-lhe-ão conferidos não só os direitos que advêm desse vínculo laboral – os direitos laborais específicos²⁰ –, como também certos direitos inerentes à pessoa, simplesmente por sê-lo – os direitos laborais inespecíficos²¹ –, “direitos do cidadão-trabalhador, que os exerce como trabalhador-cidadão”²². Por se tratar de direitos do cidadão, ainda que exercidos na empresa aquando nas suas vestes de trabalhador, podemos afirmar que, ao trabalhador, é reconhecida uma verdadeira *cidadania na empresa*²³.

Dentro desses direitos inespecíficos encontramos os direitos de personalidade²⁴, que podemos definir como sendo o conjunto de direitos que refletem o “conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa”²⁵, baseando-se no valor da dignidade da pessoa humana.

Pese embora o CC²⁶ e a CRP²⁷ já acautelem estes direitos, aplaude-se a opção legislativa de, em 2003, também o CT os passar a tutelar, mantendo-se²⁸ até então a sua presença, constando atualmente nos artigos 14.º e ss. do CT.

Este fenómeno traduziu-se numa “certa constitucionalização e numa certa democratização da relação de trabalho”²⁹, com vista ao aumento da efetividade da proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores³⁰, evitando assim que o “homem-trabalhador” fosse tratado como mercadoria ou coisa³¹.

Por nem sempre ser fácil a delimitação entre a prestação de trabalho e a pessoa que o presta, aliado ao carácter continuado e ao grau de indeterminação da prestação ao longo da execução do contrato³², justifica-se que os direitos de personalidade do trabalhador sejam acautelados também pela lei laboral, dada a especial vulnerabilidade dos seus direitos no exercício da prestação.

¹⁹ A este propósito, ver Gomes, 2007, pp. 265 e 266.

²⁰ Abrantes, 2002, p. 24.

²¹ Também denominados direitos não especificamente laborais, direitos de 2.ª geração *ou hoc sensu* (Cfr. Leal Amado, 2019, p. 22). No mesmo sentido Abrantes, 2002, pp. 25 e 26.

²² Lopez, 1991, pp. 31-34.

²³ Abrantes, 2004, p. 68.

²⁴ Dray, 2015, pp. 163-171.

²⁵ Mota Pinto, 2005, pp. 208-209.

²⁶ Arts. 70.º e ss.

²⁷ Arts. 24.º e ss.

²⁸ Com a revisão de 2009.

²⁹ Moreira, 2019, p. 107. No mesmo sentido Ferreira, 2020, p. 586; Abrantes, 2004, p. 92; Amaral, 2010, p. 47; Moreira, 2004, pp. 44 e 45.

³⁰ Amaral, 2010, p. 33.

³¹ Amaral, 2010, p. 47.

³² Palma Ramalho, 2016, pp. 294 e 295.

Note-se, no entanto, que apesar de serem os trabalhadores os mais necessitados de defesa e proteção, o CT consagra não só os direitos de personalidade dos trabalhadores como também dos empregadores.

Ora, perspetivar o trabalhador e o empregador num mesmo patamar é uma utopia, e desde cedo que isso é perceptível. Em 1989, quando questionado sobre a proibição do lock-out³³ ser ou não um exemplo de norma constitucional inconstitucional³⁴, o Tribunal Constitucional³⁵ aderiu ao princípio da igualdade material, reconhecendo que a lei deve ser também um instrumento de garantia da igualdade real. Nas suas palavras, “o princípio da igualdade apenas proíbe tratamentos diferenciados quando tais diferenciações sejam arbitrárias ou irrazoáveis, desprovidas de fundamento material bastante”. Com efeito, a área laboral é fortemente marcada pela desigualdade das partes: o trabalhador, qual elo mais fraco, necessita de proteção face ao empregador e a possíveis práticas abusivas por parte deste³⁶.

Deste modo, pensamos que andou mal o legislador laboral ao não ter, ao abrigo do princípio da proteção do trabalhador³⁷, consagrado um regime autónomo no domínio dos direitos de personalidade³⁸, protegendo o trabalhador de práticas abusivas concretas da empresa, evitando “tratamentos vexatórios e humilhantes, que possam lesar gravemente a sua personalidade”³⁹ que, pelo contrário, dificilmente poderão ser levadas a cabo.

Em todo o caso, e apesar de os direitos de personalidade dos trabalhadores representarem um limite aos poderes do empregador⁴⁰, é natural que, com a celebração do contrato de trabalho, eles sejam comprimidos.

Pese embora esta limitação⁴¹, a dignidade da pessoa humana, enquanto valor fundamental previsto nas ordens jurídicas internacional⁴², europeia⁴³ e constitucional⁴⁴ ⁴⁵, funcionará sempre como limite máximo, intransponível e inviolável, quer pelo empregador, quer por qualquer outra pessoa.

Também no art. 26.º da CRP, o valor fundamental da dignidade humana encontra casa, pois que todos os direitos aí expressamente consagrados são expressão daquele,

³³ N.º 4 do artigo 57.º da CRP.

³⁴ Sobre as normas constitucionais inconstitucionais ver Bachof, 1994. Mais recentemente, Roznai, 2017.

³⁵ Ac. TC n.º 408/89, de 13 de julho de 1989, in www.dgsi.pt.

³⁶ Abrantes, 2004, p. 62.

³⁷ Princípio orientador do direito do trabalho, *vide* Dray, 2015, p. 362 e Palma Ramalho, 2000, pp. 414-418.

³⁸ Dray, 2015, p. 363.

³⁹ Leitão, 2021, p. 131.

⁴⁰ Moreira, 2019, p. 106. No mesmo sentido Gomes, 2007, pp. 267 e 268.

⁴¹ Limitação esta bastante condicionada face ao art. 81.º do CC.

⁴² V. Art. 1.º da DUDH; Preambulo e Protocolo Adicional n.º 13 da CEDH.

⁴³ V. Art. 1.º da CDFUE; Art 2.º do TUE.

⁴⁴ V. Art. 1.º da CRP.

⁴⁵ Botelho, 2017, p. 261.

limitando, por esse motivo, o exercício de outros direitos fundamentais que com ele possam colidir.

Este preceito funciona como um direito geral de personalidade⁴⁶, no qual podemos incluir, entre outros, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade – que veremos adiante mais detalhadamente –, ambos com reflexos na prestação laboral, afinal, “o poder de direção do empregador e o correlativo dever de obediência do trabalhador (...) representam um potencial perigo para o livre desenvolvimento da personalidade e para a dignidade de quem trabalha”⁴⁷.

Cumpra, por fim, notar que, apesar de intransmissíveis e irrenunciáveis, o titular dos direitos de personalidade poderá efetuar “disposições voluntárias sobre eles, num exercício de liberdade que constitui, também expressão da sua personalidade”⁴⁸, como decorre do art. 81.º, n.º 1 *a contrario* do CC.

No fundo, se o direito for ofendido sem o seu consentimento, terá como consequência a ilicitude do ato lesivo. Se, por outra banda, houver consentimento e tiver sido validamente prestado, “essa violação passa a ser lícita, podendo referir-se aqui a figura do consentimento do lesado”⁴⁹.

Trata-se, por isso, de direitos irrenunciáveis, porém não absolutos, como, aliás, nenhum será⁵⁰.

2.1. O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar

Na lapidar expressão de Leal Amado, “podemos e devemos não viver *para o trabalho*, mas é indesmentível que, em boa medida, vivemos *do trabalho* e vivemos *no trabalho*”⁵¹. Ainda assim, e pese embora a grande quantidade de tempo que o trabalhador despende no exercício das suas funções, não se esgotará aqui a sua vida privada⁵². Este deverá ser protegido não só na execução do contrato, como também nos períodos em que se encontre fora da empresa⁵³ – na sua vida privada e familiar.

Por conseguinte, não é de estranhar que o direito à reserva da intimidade da vida privada esteja também reconhecido na legislação internacional (global e regional) e no direito da UE⁵⁴. Assim, ao observar os arts. 12.º da DUDH, 8.º da CEDH e ainda 7.º da CDFUE⁵⁵

⁴⁶ Medeiros, 1976, p. 443.

⁴⁷ Abrantes, 2004, p. 147.

⁴⁸ Mota Pinto, 2001, p. 527.

⁴⁹ Moreira, 2004b, p. 123.

⁵⁰ Andrade, 1987, p. 263.

⁵¹ Leal Amado, 2019, p. 20.

⁵² Dray, 2015, p. 371.

⁵³ Gomes, 2007, pp. 269 e 270.

⁵⁴ A nós aplicáveis por força do art. 8.º da CRP.

⁵⁵ E ainda o art. 8.º da Carta que aborda a proteção de dados pessoais, matéria incluída na proteção da intimidade da vida privada pela lei laboral portuguesa (art. 16.º do CT).

podemos aferir que, além de se acautelar a vida privada e familiar, também se protege a privacidade do domicílio e correspondência de qualquer cidadão. Esta leitura mais ampla, por força do art. 16.º, n.º 2 da CRP (quanto à DUDH) e do art. 8.º da CRP (quanto à restante legislação), deverá servir de linha orientadora na interpretação do direito nacional sobre a matéria.

Também ao nível nacional este direito marca presença. Trata-se, simultaneamente, de um direito fundamental reconhecido, como vimos, no art. 26.º, n.º 1 da CRP⁵⁶, e de um direito de personalidade, consagrado no art. 80.º do CC e, mais concretamente, no art. 16.º do CT.

Da sua previsão laboral, dúvidas não restam de que este direito abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspetos atinentes à esfera íntima e pessoal (nomeadamente relacionados com a vida familiar, afetiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas⁵⁷; mas ainda gostos pessoais e hábitos de vida do trabalhador ou informações relativas ao seu património⁵⁸) – art. 16.º, n.º 2 CT. Ademais, este direito não se reporta tão só a factos ocorridos na privacidade do domicílio ou presentes em meios de comunicação abrangidos por um dever de sigilo e confidencialidade, como também abrange “ocorrências verificadas em sítios públicos e, bem assim, no respetivo local de trabalho”⁵⁹.

Ou seja, mesmo nos casos em que seja o próprio trabalhador a confidenciar ao empregador certos aspetos da sua vida privada, o empregador continuará a não poder revelá-los a terceiros⁶⁰. Deste modo, procura garantir-se um “espaço reservado” a assuntos do trabalhador “perante interferências externas”⁶¹.

No entanto, pela leitura de todos estes preceitos, permanece em aberto a concretização dos conceitos de “intimidade” e de “vida privada”. O que estará, então, dentro do domínio de proteção deste direito?

2.1.1. A teoria das três esferas

Foram várias as teses doutrinárias e jurisprudenciais que se debruçaram sobre esta questão; no entanto, destacaremos aqui a teoria das três esferas⁶² (ou dos três graus). Segundo esta teoria podem diferenciar-se (como bem se vê, *infra* – Fig. 1) três dimensões da privacidade compreendida no direito à intimidade da vida privada:

⁵⁶ Note-se que, enquanto direito, liberdade e garantia, será diretamente aplicável à relação laboral por força do art. 18.º, n.º 1 da CRP.

⁵⁷ N.º 2 do art. 16.º do CT.

⁵⁸ Dray, 2020, p. 102.

⁵⁹ Medeiros, 1976, p. 453.

⁶⁰ Dray, 2020, p. 102.

⁶¹ Melgar, 2020, p. 314.

⁶² Proveniente da doutrina alemã (*Sphärentheorie*) e adotada por alguma doutrina portuguesa, tal como Abrantes, 2014, p. 22; Quintas, 2013, p. 217; Dray, 2001, pp. 48 e ss.; e Miranda & Medeiros, 1976, p. 452.

i) A vida íntima – esfera íntima –, que corresponde ao núcleo duro do direito⁶³, composta por “gestos e factos que em absoluto devem ser subtraídos ao conhecimento de outrem”⁶⁴, onde se incluem, entre outras, a conduta e a orientação sexuais da pessoa⁶⁵ e as suas relações amorosas, afetivas e sexuais;

ii) A vida privada – esfera privada –, num segundo patamar, em que se englobam acontecimentos da vida que a pessoa escolhe apenas partilhar com um grupo restrito de pessoas⁶⁶. Ao contrário do que acontece na vida íntima, aqui a proteção será meramente relativa, podendo ter este direito de ceder quando em conflito com outros que se revelem, *in casu*, de aplicação prioritária, admitindo, por isso, uma ponderação de proporcionalidade⁶⁷; e

iii) A vida pública – esfera social –, no plano mais abrangente, dado que trata de informações públicas e, por isso, suscetíveis de serem conhecidas por todos, podendo ser livremente recolhidas e divulgadas⁶⁸.

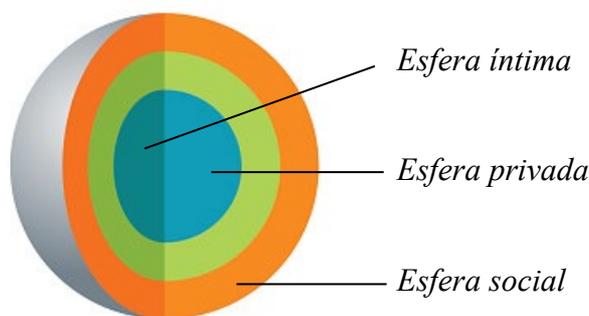


Fig.1: As três dimensões da privacidade compreendida no direito à intimidade da vida privada.

Pese embora os diferentes níveis de proteção, a reserva destas três esferas deve ser a regra e não a exceção, uma vez que estamos, em todo o caso, perante um direito fundamental e de personalidade.

Em bom rigor, este direito “só deverá cessar perante factos ou circunstâncias que fundem direitos de outras pessoas e quando um interesse superior o exija, em termos tais que se

⁶³ Medeiros, 1976, p. 452.

⁶⁴ Cabral, 1988, p. 30.

⁶⁵ Moreira, 2004a, p. 615.

⁶⁶ Cabral, 1988, p. 30.

⁶⁷ Medeiros, 2015, p. 452.

⁶⁸ Abrantes, 2014, pp. 22 e ss.

torne inexigível a sua manutenção”⁶⁹. Estes deverão ser “tão mais importantes quanto mais próximos nos situamos das esferas de intimidade pessoal”⁷⁰.

Esta ponderação deverá ser feita casuisticamente⁷¹, sendo que o próprio nível de intimidade dos dados ou informações deverá ser atendido e ponderado no juízo global de proporcionalidade, sendo, por isso, “legítima a adoção de diferentes concretizações em função do tipo de atividade laboral e do grau de subordinação do trabalhador”⁷².

2.1.2. A reserva da intimidade da vida privada e as NTIC

Este juízo de proporcionalidade de que falámos *supra* torna-se complexo com a crescente utilização e desenvolvimento das NTIC, havendo cada vez mais meios de obter informação sobre a vida privada e de a divulgar.

A internet, o surgimento de novas *apps* e as redes sociais criam, diariamente, um mundo infinito de possíveis afrontas à reserva da intimidade da vida privada e, para o trabalhador, isto pode ser duplamente problemático, dado que uma publicação infeliz poderá ser causa bastante para pôr fim ao seu único meio de subsistência⁷³.

Será que o trabalhador que mantenha uma relação amorosa com um colega de trabalho e que a exponha nas redes sociais poderá, por exemplo, vir a ser alvo de despedimento? Note-se que o despedimento não teria como causa a publicação em si, mas sim o relacionamento entre trabalhadores da mesma empresa de que foi possível ter conhecimento com base nessa publicação.

E será que pode o trabalhador defender-se, invocando o seu direito à reserva da intimidade da sua vida privada, quando foi ele mesmo que partilhou essa informação com a comunidade internauta⁷⁴? Mesmo que essa partilha não fosse destinada a ser vista pela entidade empregadora, a verdade é que, atualmente, a informação (em especial a disponível online) viaja rapidamente para qualquer lado, chegando a qualquer pessoa. Seria ingénuo pensar que o trabalhador, ao partilhar tal conteúdo, apenas o faria chegar ao conhecimento de um conjunto de pessoas limitado e restrito e que daí não passaria⁷⁵. Por esse motivo, partilhamos aqui o entender de Dias Ferreira⁷⁶ quando afirma que, nestas situações, o trabalhador não se poderá valer do seu direito à reserva da intimidade

⁶⁹ Moreira, 2004b, pp. 137 e 138. No entanto, para Reis Novais “é verdade que a presença de um bem na Constituição lhe confere, à partida, o reconhecimento de uma relevância especial, mas bens situados fora do texto constitucional podem, indiferentemente, dispor do mesmo ou de superior peso” (Novais, 2021, p. 227.)

⁷⁰ Medeiros, 1976, 453.

⁷¹ Moreira, 2004b, p. 138.

⁷² Dray, 2020, p. 103; e ainda Dray, 2015, p. 375.

⁷³ Como até já aconteceu (Ac. TRP, de 08/09/2014 – Proc. n.º 101/13.5TTMTS.P1 (disponível em www.dgsi.pt). Para maiores desenvolvimentos do tema ver Santos, 2017, pp. 25-27.

⁷⁴ Para maiores desenvolvimentos ver Ferreira, 2020, pp. 597 e ss.

⁷⁵ Sobre publicações em redes sociais que levaram ao despedimento do trabalhador que as fez, veja-se, por exemplo, o Ac. TRL, de 24/09/2014 – Proc. n.º 431/13.6TTFUN.L1-4 (disponível em www.dgsi.pt).

⁷⁶ Ferreira, 2020.

da vida privada⁷⁷, pois que “o titular que aceite restringir um seu direito não pode, depois, apelar à Constituição”⁷⁸.

2.1.3. Extensão da proteção

Se, por um lado, não surgem dúvidas de que, em princípio, as relações que os trabalhadores mantenham fora do tempo e local de trabalho se encontram protegidas pelo direito à reserva da vida privada e familiar, o mesmo não acontece com aquelas que aí tenham lugar. Vejamos.

Por um lado, as relações que ocorram alheias ao espaço e tempo de trabalho enquadram-se, como vimos, na esfera íntima da privacidade do trabalhador e, por isso, o empregador deverá guardar reserva (cfr. art. 16.º do CT).

No entanto, em relação aos atos de conteúdo afetivo/ amoroso que tenham lugar no horário e local de trabalho à vista de outros colegas, já não existirá essa mesma proteção, tratando-se de atos que incorporam a esfera social da privacidade do trabalhador.

Assim, no nosso entender, o envolvimento entre dois colegas de trabalho⁷⁹, em que somente demonstrem intimidade fora do ambiente de trabalho, apenas a eles lhes diz respeito, não devendo o empregador intrometer-se ou formar juízos de valor que os afetem laboralmente – a não ser que, ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do art. 17.º do CT, essas informações sejam imprescindíveis para avaliar a aptidão para a execução do contrato de trabalho⁸⁰, como sucede no exercício de “funções de tendência” nas chamadas “organizações de tendência”⁸¹, como é o caso da função levada a cabo por um padre na Igreja Católica⁸².

Ademais, a nosso ver, e sem prejuízo de entendimentos distintos⁸³, quando confrontados com questões sobre aspetos das suas vidas familiares, afetivas e sexuais, quer na fase pré-contratual, quer na fase de execução do contrato, os trabalhadores dispõem do “direito à mentira”⁸⁴, precisamente por se tratar de aspetos que compõem a sua esfera íntima de privacidade.

⁷⁷ Ferreira, 2020, p. 598.

⁷⁸ Cordeiro, 1998, p. 31.

⁷⁹ Pensamos aqui em trabalhadores da mesma categoria, sem que haja subordinação de um em relação ao outro, uma vez que, admitimos que, quando de categorias distintas, havendo poder de um sobre o outro, se possam levantar questões mais sensíveis e menos nítidas.

⁸⁰ Montenegro, 2020, p. 24.

⁸¹ Terminologias adotadas por Moreira, 2004a, p. 614.

⁸² Santos, 2014, pp. 81 e 82.

⁸³ Como é o caso de Romano Martinez, 2020, Anotação ao art. 102º do CT.

⁸⁴ Direito reconhecido doutrinariamente – Gomes, 2007, pp. 343 e 344; Leitão, 2021, p. 213; Leal Amado, 2010, pp. 179-181 – e jurisprudencialmente (Ac. TRL, de 18/04/2012 – Proc. n.º 4635/11.8TTLSB.L1-A, disponível em www.dgsi.pt).

2.2. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade

À semelhança do direito que abordámos em cima, também este é um direito fundamental (art. 26.º, n.º 1 da CRP). No entanto, ao passo que o direito à reserva da intimidade da vida privada protege, como vimos, a sua privacidade, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, por seu turno, pretende acautelar a liberdade do indivíduo.

Este direito, enquanto direito geral de liberdade⁸⁵, abarca uma “dupla dimensão”⁸⁶, protegendo não só a liberdade individual de coerção relativamente ao desenvolvimento da própria personalidade, como também a liberdade de remover os obstáculos que a limitem.

É, portanto, “um direito de agir livremente segundo as opções próprias, cujas restrições carecem de uma justificação com base constitucional, que se imponham como necessárias e que sejam proporcionais”⁸⁷.

Ora, aplicado ao nosso estudo, significa isto que também no plano das relações amorosas haverá, em princípio, primazia do direito do trabalhador ao livre desenvolvimento da sua personalidade sobre o interesse da eficiência empresarial ou organizacional da entidade empregadora. Aliás, “se há domínio onde a liberdade comportamental deva afirmar-se, esse domínio é, justamente, o dos afetos, o das relações amorosas e sexuais”⁸⁸.

3. O poder de controlo da entidade empregadora

O trabalhador, fruto de um contrato de trabalho, prestará a sua atividade à entidade empregadora “no âmbito da organização e sob a autoridade desta”⁸⁹. Para isto, o empregador será detentor de um conjunto de poderes⁹⁰ – de direção (art. 97.º do CT), disciplinar (art. 98.º do CT) e regulamentar (art. 99.º do CT) – de que pode (e deve) lançar mão para gerir a vida e o funcionamento da empresa, direcionando-a à prossecução dos seus fins.

Destes poderes, para a matéria em estudo releva o poder de direção – fruto do princípio da liberdade de empresa^{91/92} –, segundo o qual o empregador estabelecerá “os termos em que o trabalho deve ser prestado, dentro dos limites decorrentes do contrato e das normas que o regem”⁹³.

⁸⁵ Cfr. Leal Amado, 2019, p. 44.

⁸⁶ Pinto, 1999, p. 75.

⁸⁷ Pinto, 1999, p. 7.

⁸⁸ Leal Amado, 2019, p. 44.

⁸⁹ Cfr. art. 11.º do CT.

⁹⁰ Fator de supremacia do empregador face ao trabalhador, típico da estrutura da relação de trabalho. Ver art. 128.º, n.º 1, al. e) do CT.

⁹¹ Cfr. Moreira, 2004b), p. 239, onde se afirma que “o poder diretivo é irradiação essencial da liberdade de empresa”.

⁹² Art. 16.º do CDFUE.

⁹³ Art. 97.º do CT.

Apesar de alguns autores fazerem uma divisão distinta⁹⁴, seguimos aqui o entendimento de que o poder de direção se desdobra em três manifestações essenciais⁹⁵:

i) Determinação da função do trabalhador (art. 118.º, n.º 1), uma vez que, face à natural indeterminação do contrato de trabalho, será o empregador quem delegará tarefas, diretrizes ou ordens ao trabalhador;

ii) Conformação ou modificação das tarefas inicialmente atribuídas ao trabalhador em função das necessidades que se fizerem sentir na empresa; e

iii) No poder de vigilância ou de controlo do modo de cumprimento da prestação de trabalho, verificando se o trabalhador exerce as suas funções de acordo com as direções dadas, o acordado contratualmente e o previsto por lei ou regulamento interno, sob pena de este incorrer em infração disciplinar (arts. 328.º e ss. do CT).

Chamamos a atenção para este último ponto. Apesar de se tratar de um corolário do poder de direção, a verdade é que o poder de controlo complementa e auxilia os restantes poderes de que dispõe o empregador. Inerente a qualquer relação jurídico-laboral, surge como “condição *sine qua non* dos restantes poderes da empresa, cujas existências dependem diretamente daquele (e *vice versa*)”⁹⁶.

Ora, também neste campo, o grande impacto das NTIC é inegável. Se a tecnologia avançava e dominava já muitas áreas da vida, agora, e com a evolução a que se assistiu nos últimos anos por força da pandemia provocada pela Covid-19, domina também, e cada vez mais, a área laboral, revolucionando não só a forma de prestar trabalho, como também as inúmeras formas que o empregador tem para controlar a prestação dos seus trabalhadores.

Isto é suscetível de levantar alguns problemas. Veja-se: ao passo que o controlo efetuado sobre a atividade laboral do trabalhador não lesa os seus direitos, *maxime* a sua dignidade, por outra banda todo o restante controlo o lesará, imiscuindo-se na sua vida (e esfera) privada.

Mais ainda, podemos questionar se este poder de controlo (quer seja em teletrabalho ou na empresa) abrangerá apenas os eventos que ocorram no tempo e local de laboração⁹⁷,

⁹⁴ Como é o caso de Teresa Moreira, que segue a divisão realizada por Martinez Rocamora, segundo a qual este poder se divide em quatro, acrescentando àquelas a faculdade de melhorar as condições de trabalho aplicáveis (Moreira, 2004b, p. 243).

⁹⁵ Entendimento de Palma Ramalho (2016, pp. 561 e 562), Pedro Madeira Brito (in Romano Martinez, *et. al.*, 2020, p. 254) e Leal Amado (2010, p. 222).

⁹⁶ Montenegro, 2020, p. 27.

⁹⁷ Atendendo à nuance específica do teletrabalho onde a prestação de trabalho será prestada “*em regime de subordinação jurídica do trabalhador a um empregador, em local não determinado por este*”, cfr. art. 165.º do CT.

ou extravasará este âmbito⁹⁸. Questionamos aqui: afinal, até onde irão os poderes empresariais neste domínio?

3.1. Limites

O poder de direção, do qual decorre o poder de controlo, é um poder com carácter imperativo, de modo a “garantir plenamente os objetivos da organização empresarial, gerando um verdadeiro dever de obediência por parte do trabalhador”⁹⁹.

Esta obediência não será, no entanto, cega. Para que haja, de facto, obediência é necessário que, além da ordem emanar de quem lhe compete e de ter em conta as atribuições do trabalhador, seja “compatível com as cláusulas do contrato ou com a natureza do trabalho a prestar, e não ser ilícita, imoral ou vexatória, atentando contra a sua dignidade”¹⁰⁰. É dizer: a dignidade da pessoa humana do trabalhador funcionará sempre como limite ao seu dever de obediência (alínea e) do n.º 1 do art. 128.º do CT).

Ora então, no caso de o empregador controlar a vida íntima e privada do trabalhador – e, diga-se até, o seu direito à felicidade¹⁰¹ – não permitindo, ou condicionando com o seu controlo, que este mantenha relações amorosas com um colega de trabalho, não será este um controlo atentatório da dignidade humana do trabalhador? No nosso entender, não restam dúvidas de que assim o será.

Nesta linha, podemos daqui retirar que o poder de controlo e de fiscalização do empregador não se mostra como absoluto, apenas sendo válido quando respeite, pelo menos, a dignidade humana e o conteúdo mínimo essencial dos direitos fundamentais do trabalhador.

Assim, para que o controlo por parte do empregador seja válido, haverá que analisar, casuisticamente, a adequação das medidas adotadas à sua finalidade, e se essa finalidade pretende ou não acautelar o bom funcionamento da organização produtiva e a correta execução do contrato de trabalho, apenas podendo incidir sobre outros aspetos quando tal se mostre indispensável para proteger pessoas ou bens – como é o caso das regras de SST.

⁹⁸ À semelhança do que acontece com o praticante desportivo onde, por lei (art. 13.º da lei n.º 54/2017, de 14 de julho) haverá controlo dentro e fora do tempo e local de trabalho.

⁹⁹ Moreira, 2004b, p. 242.

¹⁰⁰ Moreira, 2004b, p. 242.

¹⁰¹ Expressão de Leal, 2017, pp. 287- 293.

3.2. A política “no dating”¹⁰²

Ao estabelecer uma política “no dating” na sua empresa, o empregador não pretende, naturalmente, prejudicar o seu trabalhador ou deixá-lo infeliz, tentando imiscuir-se nas decisões da sua vida privada e impondo-lhe determinados padrões de comportamento. Na realidade, esta política tem em vista, sim, prevenir “reais ou potenciais conflitos de interesse suscetíveis de perturbar a produtividade, a reputação e o regular funcionamento da empresa”¹⁰³ que podem surgir ao manter relações – não só amorosas, mas também familiares – no local de trabalho.

Pretende-se, pois, que os trabalhadores exerçam a sua atividade sem potenciais distrações, trabalhando mais eficiente e racionalmente, abstraindo-se, tanto quanto possível, de assuntos pessoais, empenhando assim todo o seu potencial na prestação laboral.

O amor, enquanto forte emoção que é, denota um perigo para estes objetivos, podendo toldar a visão de quem se apaixona, tornando-o, por consequência, menos racional na prestação do seu trabalho. Isto pode levar a que aconteçam erros, ou até acidentes de trabalho, que prejudicarão os resultados e a própria imagem da empresa.

Assim, e numa tentativa de gerir este problema, os empregadores instituíram uma série de regras e políticas onde se regula em que medida é legítimo/expectável que os trabalhadores interajam, a nível pessoal, entre si – as políticas “no dating”.

Para o trabalhador estas políticas tanto podem ser positivas como negativas. Vejamos. Por um lado, podem impedir que, por exemplo, havendo uma relação entre um trabalhador e um superior hierárquico ao qual este reporte diretamente, existam favoritismos na atribuição de tarefas, na progressão profissional, ou no tratamento daquele trabalhador em especial. Caso essa relação terminasse, o pêndulo poderia oscilar do favoritismo para o desfavorecimento dessa pessoa face às restantes, *maxime* traduzindo-se até num possível despedimento.

Estas políticas são também positivas nas relações entre trabalhadores da mesma categoria (sem relação de poder uma sobre a outra) pois, caso essa relação termine, poderá fazer-se sentir mau ambiente entre eles, o que, em consequência, afetará todos os outros trabalhadores.

Assim, estas políticas almejam proteger o bom ambiente de trabalho, possibilitando uma produção eficaz e livre de hostilidades e desconfortos e, em algumas potenciais situações, evitarão relacionamentos (mais concretamente os seus términos) que possam lesar a

¹⁰² Poderemos traduzir a expressão como políticas “sem namoro”, em sentido mais literal ou, como preferimos, de políticas de “zero romance”.

¹⁰³ Leal Amado, 2019, p. 33.

posição do trabalhador na empresa e, em alguns casos, ser causa de extinção da relação laboral, como veremos adiante.

Por outro lado, e pese embora as suas benesses, não podemos deixar de notar que estas políticas restringem a liberdade do trabalhador, não permitindo que ele escolha livremente com quem se relaciona intimamente, o que, como vimos, enquanto direito fundamental e de personalidade do trabalhador, deverá ser tão minimamente limitado quanto possível.

Além disso, e tendo esta política por base o alcance de uma maior produtividade, fará sentido haver uma distinção entre os relacionamentos que nada tenham a ver com o ambiente de trabalho e aqueles que envolvam pessoas que o partilhem? Em bom rigor, alguém que tenha um relacionamento amoroso com uma pessoa que nada tenha a ver com o seu contexto de trabalho e que veja essa relação terminada reduzirá, também, a sua produtividade. Será justo penalizar alguém “apenas porque amam alguém com quem têm a (in)felicidade de trabalhar”¹⁰⁴?

A título de exemplo, a Walmart¹⁰⁵, no seu Código de Conduta¹⁰⁶, proíbe as relações românticas entre trabalhadores que estejam em cadeia de comando, impedindo que as suas condições de trabalho ou avaliações de desempenho possam ser influenciadas pelo seu parceiro, pretendendo evitar, deste modo, conflitos de interesses no seio da empresa. Como mais adiante abordaremos, esta política gerou vários conflitos, em particular na Walmart brasileira.

4. Conflito de direitos: liberdade *de* empresa e liberdade *na* empresa

Aqui chegados, percebemos que toda a questão se centra numa ponderação de interesses e num difícil equilíbrio entre a liberdade *de* empresa e a liberdade *na* empresa.

Por um lado, a reserva da intimidade da vida privada do trabalhador (art. 16.º do CT) e o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 70.º, n.º 1 do CC) *na* empresa. Por outro, a liberdade de iniciativa económica (art. 61.º, n.º 1 da CRP) e o direito à propriedade privada (art. 62.º, n.º 1 da CRP) de que dispõe o empregador por via do princípio da liberdade *de* empresa.

Trata-se, pois, de um conflito/colisão de direitos, dado que “a esfera de proteção de um direito é constitucionalmente protegida em termos de intercetar a esfera de outro direito ou de colidir com uma outra norma ou princípio constitucional”¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Montenegro, 2020, p. 25.

¹⁰⁵ Cadeia de supermercados dos EUA espalhada pelo mundo, considerada atualmente a maior empresa do mundo (segundo a Fortune 500 – disponível em: <https://fortune.com/company/walmart/fortune500/>).

¹⁰⁶ “*Integrity Builds Trust: our Code of Conduct*”, p. 18, disponível em: https://www.walmartethics.com/content/walmartethics/en_us.html.

¹⁰⁷ Andrade, 1987, p. 299.

Embora, “em princípio, em caso de conflito, os interesses pessoais (de tutela da pessoa, da sua privacidade e da sua liberdade) prevaleçam sobre os interesses puramente patrimoniais ou organizacionais da empresa”¹⁰⁸, nem sempre assim acontecerá.

A resposta não será, por isso, linear e aplicável a todas as situações. Pelo contrário, para resolver a questão, e uma vez que não há direitos absolutos e ilimitados¹⁰⁹, devemos fazer um juízo de ponderação concreta dos bens em conflito, lançando mão do princípio da proporcionalidade na sua tripla dimensão – necessidade, adequação e proibição do excesso¹¹⁰ – “em busca de uma solução de concordância prática e de otimização dos direitos em conflito”¹¹¹.

Posto isto, e para uma melhor aplicação deste princípio, começaremos por distinguir três situações:

- i) A prática de relações de índole íntimo e/ou sexual no tempo e/ou espaço de trabalho;
- ii) A prática de relações de índole íntimo e/ou sexual fora do tempo e/ou espaço de trabalho; e
- iii) A breve demonstração de sentimentos ou afetos no local e/ou horário de trabalho. Vejamos.

A primeira situação é indiscutivelmente criticável, merecendo inclusive a aplicação de sanção disciplinar¹¹², uma vez que se trata de uma prática imprópria para o local de trabalho (para mais, no horário de trabalho) e incompatível com a prestação da atividade laboral.

A segunda situação também não nos levanta grandes dúvidas, uma vez que o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador “torna, em princípio, irrelevantes para o contrato de trabalho, como para a sua cessação, as condutas extra laborais do trabalhador, a menos que possa ser estabelecida uma conexão objetiva relevante entre aquelas condutas pessoais e o contrato de trabalho”¹¹³, o que não deverá, à partida, ser o caso, tratando-se por isso de uma colisão meramente aparente de direitos.

Quanto à última situação apresentada, parece-nos que teremos de apelar ao conceito do “homem médio” (ou, melhor ainda, “pessoa média”), tendo por base a pessoa medianamente informada, diligente, conhecedora e respeitadora, apurando casuisticamente o comportamento em causa. Uma coisa será o breve beijo dado entre dois trabalhadores ao início da prestação laboral, outra distinta será o piropo ou o apalpão, impróprios neste âmbito.

¹⁰⁸ Leal Amado, 2019, p. 49.

¹⁰⁹ Cfr. Leal Amado, 2019, p. 48; Moreira, 2019, p. 403; e Amaral, 2010, p. 34.

¹¹⁰ Abrantes, 2002, p. 34.

¹¹¹ Leal Amado, 2019, p. 49.

¹¹² Ao abrigo dos art. 98.º e 328.º ss. do CT.

¹¹³ Palma Ramalho, 2016, p. 296.

Caberá sempre ao trabalhador o bom senso de adaptar os seus comportamentos ao espaço onde se encontre, caso contrário, poderá estar a praticar uma infração disciplinar e, por isso, ser sancionado, *maxime* através do despedimento por justa causa.

5. Despedimento por justa causa (?)

No nosso ordenamento, o despedimento por causa imputável ao trabalhador, enquanto exceção ao princípio da segurança no emprego¹¹⁴ (art. 53.º da CRP), tem de assentar num incumprimento grave e culposo dos deveres contratuais que torne praticamente impossível a subsistência da relação laboral (art. 351.º e ss do CT) – a justa causa.

A verdade é que são já vários os exemplos¹¹⁵ que podemos trazer à colação de relações amorosas no âmbito laboral que tenham culminado em despedimento (porventura, ilícito, por não haver justa causa). Vejamos.

Em 2012, o STJ¹¹⁶ pronunciou-se no sentido de haver justa causa de despedimento da trabalhadora que se envolveu sexualmente com o marido da sua empregadora. Trata-se de um “caso-fronteira”: numa primeira análise, e até pelo facto de a trabalhadora ser a única a trabalhar para a empregadora, parece-nos fazer sentido a existência de justa causa de despedimento, havendo sem dúvida uma impossibilidade de subsistência da relação laboral face ao sucedido. No entanto, não conseguimos afirmar com certeza que tenha havido propriamente uma violação dos deveres contratuais.

Sem dúvida que, nestas situações de cariz pessoalíssimo, deverá haver maior margem de manobra na compreensão do conceito de “justa causa”, no entanto, não negamos que a resolução casuística destas questões gere maior insegurança jurídica.

Caso distinto teve lugar em 2014, no Brasil, a propósito das políticas “no dating” de que já falámos. Como vimos, no Walmart são vedados os relacionamentos amorosos entre trabalhadores e superiores hierárquicos. Nesta sequência, foram despedidos dois trabalhadores desta cadeia de supermercados, não tendo, no entanto, sido invocada justa causa de despedimento. Assim, ao chegar ao TST, este decidiu condenar o Walmart ao pagamento de duas indemnizações aos seus (ex) trabalhadores.

Por considerarmos as políticas “no dating” atentatórias do direito de livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, consideramos que andou bem o TST ao considerar este despedimento como ilícito por se ter baseado na alegada violação desta política.

Afinal, caso não existisse esta política, que outro motivo teria o Walmart para despedir aqueles trabalhadores ao abrigo do despedimento por facto imputável ao trabalhador?

¹¹⁴ Fernandes, 2011, p. 91.

¹¹⁵ Todos os exemplos de que agora falaremos foram trazidos das nossas leituras de Leal Amado, 2019.

¹¹⁶ Ac. STJ, de 7/3/2012 – Proc. nº 17/10.7TTEVR.E1., disponível em www.dgsi.pt.

Ou seja, em nosso entender, além das políticas “no dating” serem atentatórias dos direitos de personalidade do trabalhador, não devendo nem sequer existir, ao existirem, a sua violação nunca poderá configurar motivo justificativo de despedimento. Estas políticas deverão antes ser consideradas como meras indicações de conduta no seio da empresa.

6. Análise de dados estatísticos

Aqui chegados, e porque o direito não existe hermeticamente isolado da realidade sociológica em que se insere, decidimos conduzir um estudo estatístico¹¹⁷, com o intuito de compreender o impacto real das relações amorosas no âmbito laboral e a opinião da comunidade, possibilitando uma tomada de posição informada sobre a problemática.

Para o efeito, foram inquiridas 300 pessoas¹¹⁸, de faixas etárias variadas¹¹⁹, das quais um terço eram do género masculino e dois terços do género feminino¹²⁰.

Dos sujeitos inquiridos, quase 78%¹²¹ afirmou já ter mantido, ou conhecer quem tenha, relações amorosas no local de trabalho. Foi nestas, por serem conhecedoras de causa da questão que aqui se trata, que centrámos a maior parte das questões realizadas.

Segundo os dados apurados, na maior parte dos casos¹²², a existência de relações amorosas no seio da empresa afetou o ambiente e/ou a relação de trabalho. Destas, como já esperávamos, o impacto foi maioritariamente negativo¹²³. No entanto, poucas vezes se traduziu em despedimento dos trabalhadores ou na sua mudança para categoria inferior¹²⁴, tendo ocorrido antes repercussões ao nível social (colegas que se afastam, amizades que se quebram, e comentários depreciativos que ecoam pela empresa).

Apesar de, em regra, estas repercussões afetarem ambas as partes da mesma forma, é curioso (mas, quiçá, não surpreendente) ver que, nestas situações, independentemente de se tratar de uma relação heterossexual ou homossexual, são as mulheres as mais penalizadas quando em comparação com os homens¹²⁵.

Permitindo-nos divagar sobre o tópico, e por se tratar o despedimento de um ato genuinamente violento para o trabalhador, questionamo-nos se não podemos aqui estar perante uma violência de género, dada a desproporcional afetação das mulheres em

¹¹⁷ O teor do inquérito encontra-se reproduzido no apêndice, assim como o tratamento dos dados através dele aferidos.

¹¹⁸ A realização dos inquéritos teve lugar nos dias 15 a 21 de agosto de 2022 através de plataformas online – *Google Forms* – garantindo o anonimato dos participantes.

¹¹⁹ Ver *Gráfico 1*.

¹²⁰ Ver *Gráfico 2*.

¹²¹ Mais concretamente 233 inquiridos – Ver *Gráfico 3*.

¹²² Afetou 53,7% dos participantes – Ver *Gráfico 4*.

¹²³ Ver *Gráfico 5*.

¹²⁴ Ver *Gráfico 6*.

¹²⁵ Quase 26% dos participantes afirmaram que só o sexo feminino foi negativamente afetado, ao invés, apenas 8,6% dos participantes afirmaram que só o sexo masculino foi negativamente afetado – Ver *Gráfico 7*.

relação aos homens pela manutenção de relações românticas no âmbito laboral. Talvez isto se justifique por ainda existir a ideia (errada, diga-se) de valorizar o homem por manter um grande volume de relacionamentos, e de rebaixar a mulher pela mesma conduta.

Retomando ao nosso estudo, finalizámos a nossa investigação com a pergunta sobre qual deveria ser a resposta à imbricada questão que nesta dissertação se aborda: afinal, devem ou não ser permitidas relações amorosas entre trabalhadores?

Para isso, decidimos dividir a questão em duas situações distintas, por entendermos que possa haver consequências diferenciadas para cada uma delas:

- i) Quando os trabalhadores envolvidos sejam da mesma categoria; e
- ii) Quando sejam de categorias distintas (existindo, portanto, uma relação de poder).

No entanto, e curiosamente, pudemos aferir que as respostas nas duas hipóteses não diferem muito. Em ambos os casos, os participantes responderam que as relações devem ser permitidas¹²⁶ e que não deve ser legítimo que a entidade empregadora possa despedir esses trabalhadores apenas porque mantêm uma relação amorosa¹²⁷.

¹²⁶ Sendo que, no caso de trabalhadores da mesma categoria, 16% dos participantes pensa que, apesar de permitidas, deveriam estar sujeitas a restrições ou controlos por parte da entidade empregadora, e 4,3% dos participantes pensam que nunca deveriam ser permitidas – ver *Gráfico 8* –; e no caso de trabalhadores de categorias distintas, 21% dos participantes pensa que, apesar de permitidas, deveriam estar sujeitas a restrições ou controlos por parte da entidade empregadora, e 4,3% dos participantes pensam que nunca deveriam ser permitidas – ver *Gráfico 10*.

¹²⁷ Sendo que, no caso de trabalhadores da mesma categoria, apenas 6% dos participantes pensa que deveria ser legítimo o despedimento, – ver *Gráfico 9* –; e no caso de trabalhadores de categorias distintas, apenas a 8,3% parece legítimo que sejam despedidos – ver *Gráfico 11*.

Reflexões Finais

Apesar de se tratar de uma zona cinzenta, e com o devido respeito por visões divergentes, à semelhança da opinião dominante dos participantes no estudo que conduzimos, também a nossa pende para que a manutenção de um relacionamento íntimo/ amoroso entre trabalhadores da mesma empresa deva ser permitida.

Por um lado, e como já tivemos oportunidade de afirmar, repelimos fortemente as políticas “no dating” pelo seu efeito restritivo à liberdade individual do trabalhador, atentando, a nosso ver, contra os seus direitos fundamentais e de personalidade.

O trabalhador será pessoa fora e dentro do trabalho e a única coisa que se lhe acrescenta na execução deste é o estatuto de trabalhador. Assim, não devemos esperar que o trabalhador, durante a sua prestação de trabalho, coloque “em modo-avião” os seus sentimentos e crenças, as suas vontades e gostos, as suas aspirações e desejos pessoais. E é irrealista pensar que isso possa ser feito. É uma utopia pensar que o trabalhador, no seu local de trabalho – onde despende a maior parte do seu tempo – não se apaixone ou mantenha relacionamentos com outras “pessoas-trabalhadores” que aí se encontrem. O amor não é um *gadget* que possa ser posto em “modo-avião”, permitindo um trabalhador meramente funcional, mas vedando-lhe aquilo que o move, o humaniza e o faz feliz durante o tempo de trabalho.

Pelo contrário, também na empresa, no horário e local de trabalho, terá o trabalhador a capacidade e a possibilidade de amar.

No entanto, não queremos com isto dizer que ele seja completa e incondicionalmente livre de, no tempo e espaço de trabalho, conduzir demonstrações (públicas ou não) de afeto. A nosso ver, estas serão, como vimos, em princípio, impróprias para um ambiente de trabalho, que deverá ser levado com a seriedade e respeito próprios e inerentes ao local de trabalho.

É caso para dizer: nem muito, nem tão pouco. Nesta matéria, deverá imperar o bom-senso. Nem deverá o trabalhador ter total liberdade para fazer o que quiser e bem entender dentro da empresa (ainda que ao nível da sua vida privada e íntima), escudando-se nos seus direitos fundamentais e de personalidade; nem deverá a empresa ter o poder de lhe vedar unilateralmente a escolha atinente à sua vida (e esfera) íntima, muito menos usando-a para fazer cessar o vínculo laboral.

Apêndices

1. Questionário lançado ao público

Título: *Relações amorosas no trabalho*

Mensagem introdutória: *No âmbito da dissertação de Mestrado em Direito do Trabalho – Universidade Católica Portuguesa do Porto – onde abordo a problemática das relações amorosas no trabalho, realiza-se este questionário, totalmente anónimo, para recolha e tratamento de dados atinentes à matéria sob análise. Muito obrigada pela sua participação.*

Diana Matos Coelho

Nota: a participação no questionário implica o consentimento para o tratamento de dados.

Questões:

1. Indique em que faixa etária se encontra*¹²⁸

- 18-24
- 25-34
- 35-49
- 50 ou +

2. Indique o seu género*

- Feminino.
- Masculino.
- Outro.

3. Já manteve, ou conhece quem tenha mantido, relações amorosas com um colega de trabalho?*

- Sim.
- Não.

¹²⁸ As questões que sejam marcadas com “*” foram de resposta obrigatória.

4. Se sim, na sua opinião, acha que essas relações afetaram o ambiente e/ou a relação de trabalho?

- Sim.
- Não.

5. Se sim, de que forma?

- Positivamente.
- Negativamente.

6. Se respondeu que afetou negativamente, tem conhecimento que as pessoas envolvidas tenham sido despedidas ou despromovidas?

- Não.
- Sim, houve despedimento(s).
- Sim, houve despromoção(ões).

7. Se sim, afetou ambas as partes da mesma maneira?

- Sim (relação heterossexual).
- Sim (relação homossexual).
- Só o sexo feminino foi afetado.
- Só o sexo masculino foi afetado.

8. Na sua opinião, as relações amorosas entre trabalhadores (da mesma categoria) devem ou não ser permitidas?*

- Sim, livremente.
- Sim, mas com restrições ou controlos por parte da entidade empregadora.
- Não, nunca.

9. Acha legítimo que a entidade empregadora possa despedir estes trabalhadores?*

- Sim.
- Não.

10. Na sua opinião, as relações amorosas entre trabalhadores (de categorias distintas) devem ou não ser permitidas?*

- Sim, livremente.
- Sim, mas com restrições ou controlos por parte da entidade empregadora.
- Não, nunca.

11. Acha legítimo que a entidade empregadora possa despedir estes trabalhadores?*

- Sim.
- Não.

2. Gráficos das respostas

Gráfico 1 – Faixa etária dos participantes

300 respostas

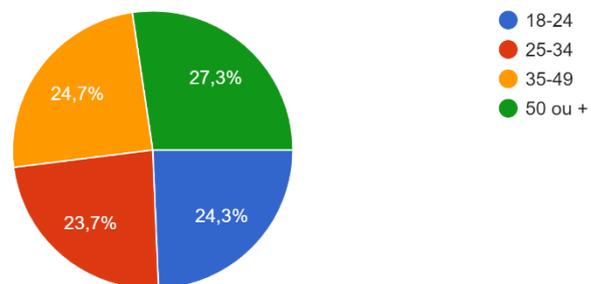


Gráfico 2 – Género dos participantes

300 respostas

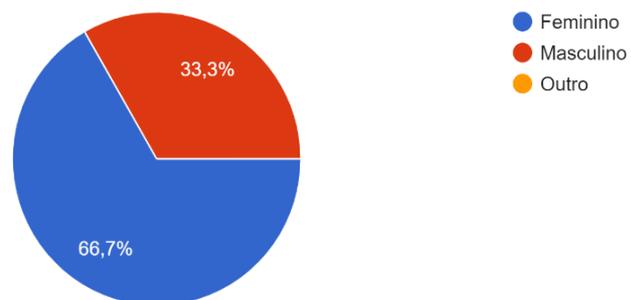


Gráfico 3 – Resposta à questão 3: “Já manteve, ou conhece quem tenha mantido, relações amorosas com um colega de trabalho?”

300 respostas

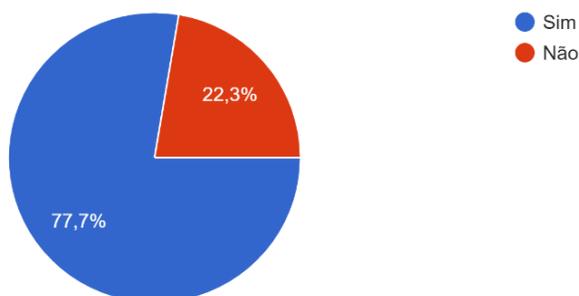


Gráfico 4 – Resposta à questão 4: “Se sim, na sua opinião, acha que essas relações afetaram o ambiente e/ou a relação de trabalho?”

244 respostas

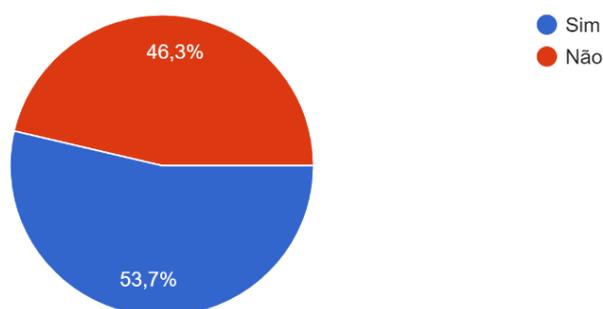


Gráfico 5 – Resposta à questão 5: “Se sim, de que forma?”

154 respostas

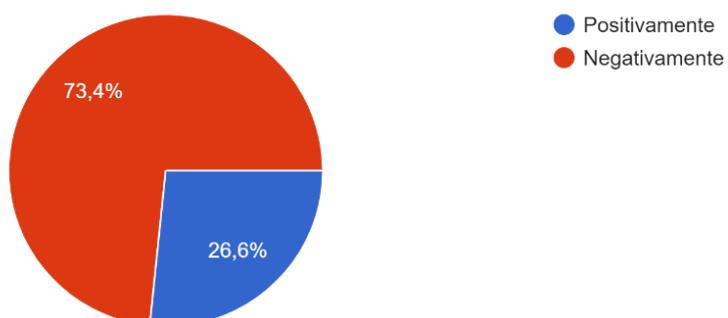


Gráfico 6 – Resposta à questão 6: “Se respondeu que afetou negativamente, tem conhecimento que as pessoas envolvidas tenham sido despedidas ou despromovidas?”

153 respostas

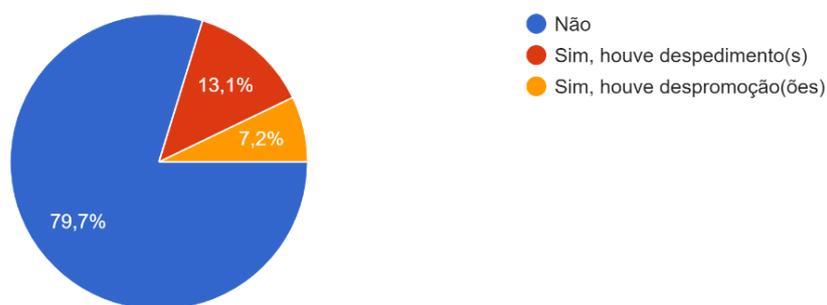


Gráfico 7 – Resposta à questão 7: “Se sim, afetou ambas as partes da mesma maneira?”

93 respostas

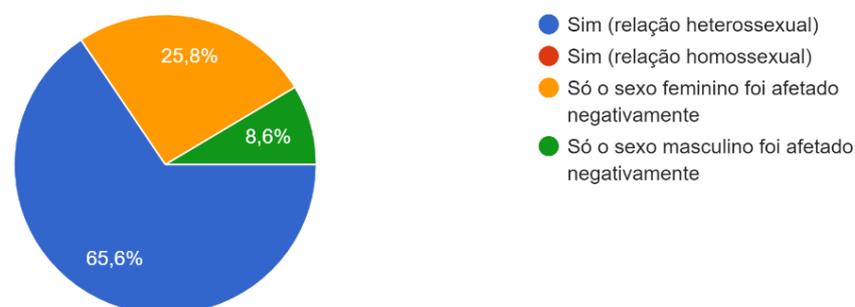


Gráfico 8 – Resposta à questão 8: “Na sua opinião, as relações amorosas entre trabalhadores (da mesma categoria) devem ou não ser permitidas?”

300 respostas

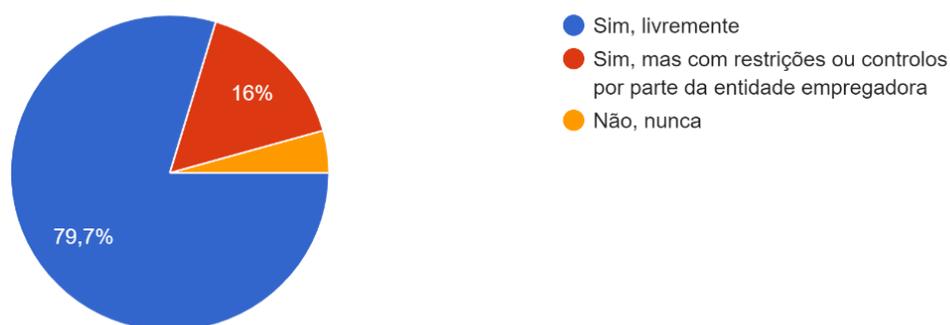


Gráfico 9 – Resposta à questão 9: “Acha legítimo que a entidade empregadora possa despedir estes trabalhadores?”

300 respostas

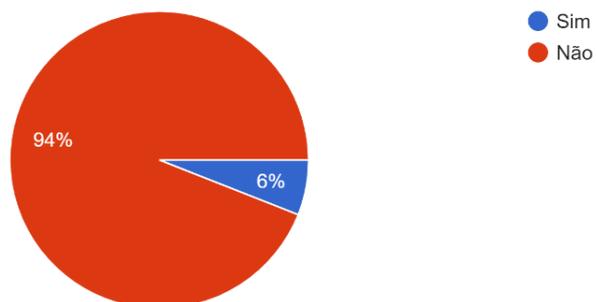


Gráfico 10 – Resposta à questão 10: “Na sua opinião, as relações amorosas entre trabalhadores (de categorias distintas) devem ou não ser permitidas?”

300 respostas

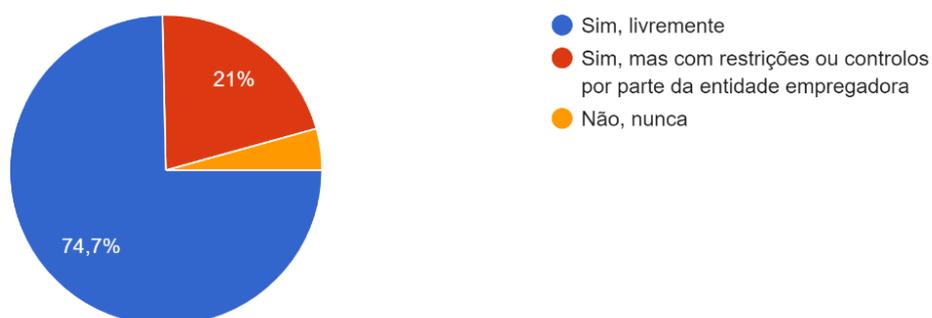
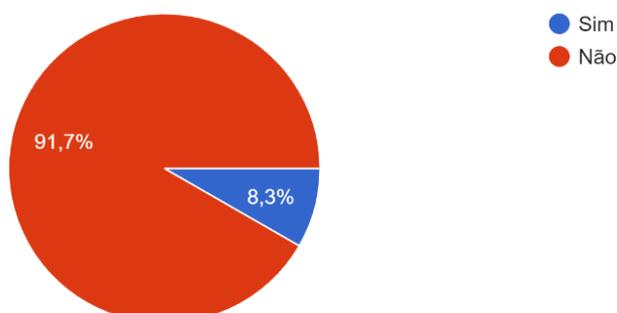


Gráfico 11 – Resposta à questão 11: “Acha legítimo que a entidade empregadora possa despedir estes trabalhadores?”

300 respostas



Referências bibliográficas

- ABRANTES, J. J. (2002). Contrato de trabalho e direitos fundamentais. *Themis – Revista de Direito*, n.º 4, pp. 23-39.
- ABRANTES, J. J. (2004). *Estudos sobre o Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ABRANTES, J. J. (2014). *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana no Trabalho – Em Especial, a Reserva da Intimidade da Vida Privada, Algumas Questões*. Coimbra: Ed. Almedina.
- AMARAL, J. (2010). Os direitos fundamentais e a constitucionalização do direito do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13.ª Região*, vol. 17, n.º 1, pp. 33-60.
- ANDRADE, J. C. V. de (1987). *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, reimp. Coimbra: Edições Almedina.
- BOTELHO, C. S. (2017). A dignidade da pessoa humana – Direito subjetivo ou princípio axial? *Revista Jurídica Portucalense*, n.º 21, pp. 256-282.
- CABRAL, R. M. (1988). O direito à intimidade da vida privada: breve reflexão acerca do artigo 80.º do Código Civil. Separata dos *Estudos em Memória do Prof. Paulo Cunha*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (dist.).
- CARVALHO, O. de (2012). *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- CORDEIRO, A. M. (1998). O respeito pela esfera privada do trabalhador. *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – António Moreira*. Coimbra: Edições Almedina.
- DRAY, G. (2001). Justa causa e esfera privada. *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. II – *Justa Causa de Despedimento*. Coimbra: Edições Almedina.
- DRAY, G. (2015). *O Princípio da Proteção do Trabalhador*. Col. Teses de Doutoramento. Coimbra: Edições Almedina.
- FERNANDES, A. M. (2011). Apreciação da justa causa num despedimento disciplinar. *Questões Laborais*, n.º 37.
- FERREIRA, D. D. (2020). Trabalhador, reserva da intimidade da vida privada e redes sociais: nótulas reflexivas sobre um delicado problema juslaboral. *Revista da Ordem dos Advogados*, pp. 585-609.
- GOMES, J. (2007). *Direito do Trabalho – Relações Individuais de Trabalho*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.
- LEAL, S. T. (2017). *Direito à Felicidade*. São Paulo: Almedina.
- LEAL AMADO, J. (2010). *Contrato de Trabalho*, 2.ª ed. Coimbra: Edições Almedina.
- LEAL AMADO, J. (2019). *Trabalhar e Amar: Poderes Patronais, Relações Amorosas e Direitos de Personalidade dos Trabalhadores*. Coimbra: Gestlegal.
- LEITÃO, L. M. (2021). *Direito do Trabalho*, 7.ª ed. Coimbra: Edições Almedina.
- LOPEZ, P. (1991). *Los Derechos Laborales en La Constitución Española*. Col. Cuadernos y Debates. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- MARTINEZ, P. R. *et. al.* (2020). *Código do Trabalho Anotado*. 13.^a ed. Coimbra: Edições Almedina.
- MEDEIROS, C. R. *et. al.* (2015). Experiências sociais quando “amor está no ar”: prazer e controle no ambiente de trabalho. *Journal Belo Horizonte*, vol. 14, n.º 3, pp. 75-93.
- MELGAR, A. M. (2020). *Derecho del Trabajo*, 41.^a ed. Madrid: Tecnos.
- MIRANDA, J. & MEDEIROS, R. (1976). *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2.^a ed. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- MONTEIRO, A. P. (2021). A tutela dos direitos de personalidade no Código Civil. *Revista Jurídica Portucalense*, n.º 29, pp. 9-23.
- MONTENEGRO, A. F. (2020). *Amor pelo Trabalho vs. Amor no Trabalho: Uma Perspetiva Multinível da Proteção dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores, no Âmbito das Relações Amorosas no Trabalho*. Dissertação de Mestrado em Direito. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.
- MOREIRA, T. C. (2004a). A conduta e a orientação sexuais do trabalhador. *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea*. Coimbra: Edições Almedina.
- MOREIRA, T. C. (2004b). *Da Esfera Privada do Trabalhador e o Controlo do Empregador*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MOREIRA, T. C. (2019). *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: Contributo para um Estudo dos Limites do Poder de Controlo Eletrónico do Empregador*. Col. Teses de Doutoramento, Coimbra: Edições Almedina.
- NOVAIS, J. R. (2021). *Limites dos Direitos Fundamentais: Fundamento, Justificação e Controlo*. Coimbra: Edições Almedina.
- OLIVEIRA, G. (2012). Direitos fundamentais à constituição da Família e ao desenvolvimento da personalidade. *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, n.º 17-18.
- PALMA RAMALHO, M. do R. (2000). Os princípios do direito do trabalho: o princípio da proteção do trabalhador e as suas concretizações nos domínios individual e coletivo da área jurídica. In *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*. Coimbra: Edições Almedina.
- PALMA RAMALHO, M. do R. (2003). *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. I. Col. Monografias. Coimbra: Edições Almedina.
- PALMA RAMALHO, M. do R. (2016). *Tratado de Direito do Trabalho: Parte II – Situações Laborais Individuais*, 6.^a ed. Coimbra: Edições Almedina.
- PINTO, C. A. da M. (2005). *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- PINTO, P. M. (2001). A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. II, Coimbra Editora.

- QUINTAS, P. (2013). *Os Direitos de Personalidade Consagrados no Código do Trabalho na Perspectiva Exclusiva do Trabalhador Subordinado – Direitos (Des)Figurados*. Coimbra: Edições Almedina.
- SANTOS, A. F. dos (2017). *Direitos de Personalidade e Contrato de Trabalho – As NTIC, em Especial as Redes Sociais*. Dissertação de Mestrado em Direito na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses. Coimbra, Faculdade de Direito da Univ. de Coimbra.
- SANTOS, L. M. C. (2014). *A Fase Pré-Contratual da Relação de Trabalho e do Direito à Mentira*. Dissertação de Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa. Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho.
- VASCONCELOS, P. P. de (2017). *Direito de Personalidade*, reimp. Coimbra: Edições Almedina.

Jurisprudência

- Ac. TC n.º 408/89, de 13/07/1989 – Proc. n.º 22/88. Relator Conselheiro Vital Moreira.
- Ac. STJ, de 07/03/2012 – Proc. n.º 17/10.7TTEVR.E1. Relator Fernandes da Silva.
- Ac. TRL, de 18/04/2012 – Proc. n.º 4635/11.8TTLSB.L1-A. Relator José Eduardo Sapateiro.
- Ac. TRL, de 24/09/2014 – Proc. n.º 431/13.6TTFUN.L1-4. Relator Jerónimo Freitas.
- Ac. TRP, de 08/09/2014 – Proc. n.º 101/13.5TTMTS.P1. Relatora Maria José Costa Pinto.

**O crime de terrorismo e a sua possível apreciação pelo Tribunal
Penal Internacional enquanto crime contra a humanidade**

Florabela Dinis de Campos Lopes

Sob a orientação do Professor
Doutor José Alberto de Azeredo Ferreira Lopes

Aos meus pais, a quem serei eternamente grata, pelo verdadeiro pilar que são na minha vida. A maior fonte de amor, paciência, segurança e força para tudo quanto se vislumbre no meu caminho.

Ao Professor Doutor Azeredo Lopes, meu Orientador, apoio incondicional durante toda esta jornada, contribuindo não só com a sua vasta sabedoria, como também, com toda a sua positividade e hombridade.

Resumo

O terrorismo constitui uma das formas mais atroz e desumanas de ofender e colocar em causa a paz entre a comunidade internacional. Não obstante a diversa regulamentação interna de cada Estado quanto ao crime, certo é que não está definido internacionalmente. Consensual é, porém, que constitui bárbaras condutas que aterrorizam toda a humanidade, constituindo um perigo e uma preocupação mundiais. Atualmente, o terrorismo poderá revestir a mais variada trama, acompanhada de uma incomensurável astúcia e sagacidade, sendo um fenómeno em constante e retorcida evolução que não pode em qualquer circunstância ficar impune. Ao invés de se perpetuar a discussão infinita sobre as delimitações dos conceitos, tendo em conta os vários entendimentos e conclusões obtidas, decisões já tomadas e experiência de vida, convida-se agora a uma análise sobre os pressupostos e como este fenómeno tão bem pode cair nos crimes contra a humanidade, além da simples e primeira semelhança da dimensão e gravidade dos eventos. Note-se que, assim, o Tribunal Penal Internacional poderá julgar os agentes destes atentados, punindo e responsabilizando no plano internacional, melhor dando cumprimento ao objeto e finalidade do ETPI, bem como à promoção da confiança, segurança e bem-estar da comunidade internacional.

Palavras-chave: Terrorismo, crimes contra a humanidade, Tribunal Penal Internacional.

Abstract

Terrorism is one of the most atrocious and inhumane forms of offending and jeopardizing peace within the international community. Despite the different internal regulations of each State regarding this crime, it is certain that it is not defined internationally. However, it is consensual that it constitutes barbaric conducts that terrify all humanity, constituting a danger and a worldwide concern.

Currently, terrorism can take on the most varied plots, accompanied by an immeasurable cunning and sagacity, being a phenomenon in constant twisted evolution that cannot, under any circumstances, go unpunished. Instead of perpetuating the discussion about the delimitations of the concepts, considering the various understandings and conclusions obtained, decisions already taken and life experience, the reader is now invited to an analysis of the assumptions and how this phenomenon may fall so well in crimes against humanity, beyond the simple and first similarity, the dimension and gravity of events. It should be noted that this way, the International Criminal Court will be able to judge the agents of these attacks, punishing and holding them accountable at an international level, complying better with the security and confidence of the international community.

Keywords: Terrorism, crimes against humanity, International Criminal Court.

Lista de siglas e abreviaturas

AGNU	Assembleia Geral das Nações Unidas
CCH	Crimes Contra a Humanidade
CS	Conselho de Segurança
DIC	Direito Internacional Criminal
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
DIH	Direito Internacional Humanitário
ETPI	Estatuto do Tribunal Penal Internacional
ONU	Organização das Nações Unidas
TEL	Tribunal Especial para o Líbano
TPI	Tribunal Penal Internacional
TPIJ	Tribunal Penal Internacional para a Ex-Jugoslávia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para a Ruanda

Índice

I. Introdução	6
II. O fenómeno do terrorismo e a problemática da sua definição	7
III. Possíveis elementos do crime internacional de terrorismo	11
IV. Referência ao conceito de crimes contra a humanidade	13
V. A necessidade de intervenção do TPI e a sua jurisdição	16
VI. Prosecação dos atos terroristas ao abrigo do art. 7.º do ETPI	19
VII. No nexus with an armed conflict	24
VIII. Efeitos jurídicos da qualificação do terrorismo como CCH	28
IX. Conclusão	32
X. Bibliografia	35

I. Introdução

O fenômeno do terrorismo tem sido alvo de grande discussão em todo o mundo, especialmente pela dimensão que tem alcançado ao longo dos anos, pelo que inúmeros países têm vindo a discutir estratégias de prevenção e combate a este crime, cada vez mais praticado. Partimos, desde logo, da dificuldade de definir internacionalmente o conceito de “terrorismo”, na medida em que, não obstante tratar-se de um termo já antigo, ainda não se procedeu à adoção de uma conceção única pela comunidade internacional. A dificuldade de tal importante passo prende-se com a falta de consenso dos Estados em relação à definição do conceito, ainda que persista uma grande vontade de punir os responsáveis por estes atos.

O Direito Internacional Criminal foca-se nos crimes internacionais, os quais, por representarem os atos e consequências mais atrozes, revelam a necessidade de desenvolver um sistema que possibilite o julgamento e a condenação daqueles que ofendem os valores fundamentais da comunidade internacional, permitindo, assim, uma punição e um processo justos. Importa fazer uma referência aos atentados de 11 de setembro de 2001, uma vez que, pelo terror, violência e atrocidade que marcadamente definem a data, representaram também uma histórica viragem no pensamento da comunidade internacional, tanto pela consciencialização para o problema que é o terrorismo, como pelas reações e alterações que se vieram a repercutir na doutrina e na comunidade internacional.

Ainda no “calor” de um pós-atentado qualificava-se o terrorismo como um crime internacional, estando sem dúvida colocadas em causa a segurança e a paz mundial. Porém, apesar de a AGNU e o Conselho Geral da ONU terem vindo a caracterizar o terrorismo como um crime internacional, não há harmonia quanto à forma de assim o consagrar. Não obstante, vários autores classificaram o ocorrido a 11 de setembro como um CCH.

Estas linhas orientadoras foram definidas em função de eventos mediáticos e marcantes da própria comunidade internacional, tendo vindo a existir algumas transformações desde a sua primeira codificação em Nuremberga. No entanto, há um elemento essencial e imutável nestes CCH – a censurabilidade – que está associado às mais abomináveis ofensas à dignidade humana, atingindo e afetando toda a comunidade. As organizações terroristas mais modernas têm vindo a pautar-se pelo método e pelo planeamento, o que lhes possibilita a prática consistente desses atos e, como tal, consegue-se vislumbrar uma clara semelhança entre os CCH e o terrorismo mais violento. Por conseguinte, o terrorismo está associado a uma certa carga política, de acordo com interesses dos Estados, o que acarreta mais uma dificuldade em caracterizar consensualmente este crime [em virtude da caracterização que é feita internamente por

cada Estado]. Todavia, é notório realçar a celebração de algumas Convenções sobre determinados atos terroristas, as quais têm o intuito de fornecer uma jurisdição quase universal.

II. O fenómeno do terrorismo e a problemática da sua definição

O terrorismo é sem dúvida um fenómeno mundial que atinge vários Estados, requerendo, por isso, também uma resposta a nível mundial. Os atentados do dia 11 de setembro de 2001 ao *World Trade Center* e ao Pentágono chocaram e mudaram drasticamente a comunidade internacional, tendo-se gerado e instalado um verdadeiro estado de terror e insegurança.

A fase que se seguiu ao atentado de 2001 foi uma fase em prol do combate ao terrorismo onde, para enfrentar tal ameaça, foi adotada pelo CS, entre outras, a Resolução de 1373, de 28 de setembro de 2001, instituindo um Comité dedicado à prevenção e punição do terrorismo. Tal Resolução merece destaque, uma vez que teve o escopo de levar os Estados a adotarem medidas contra o terrorismo, por via da obrigação de incorporarem as normas necessárias no seu domínio interno¹.

No único estatuto do tribunal internacional que prevê tal crime – TEL² – nenhuma definição internacional foi estabelecida, mas antes, é feita uma referência à lei libanesa. Note-se, contudo, que apesar de não haver consenso quanto a uma definição – a qual provavelmente nunca será alcançada – e apesar do crime de terrorismo não estar previsto no ETPI, tal não significa que não devam ser responsabilizados os agentes destes horrendos e desumanos crimes. Ainda assim, mesmo não estando previsto e tipificado no plano internacional, os atos de terrorismo podem, atendendo às circunstâncias do caso, consubstanciar outros crimes, nomeadamente crimes de guerra ou CCH³.

A determinação do elemento subjetivo do crime de terrorismo comporta uma elevada complexidade. Desde logo, atente-se ao objetivo em tríplice do agente dos atos terroristas: tem a intenção de cometer uma ofensa que consubstancia o ato terrorista, a intenção de aterrorizar ou intimidar a população e, por fim, a intenção de levar a cabo uma ideologia [política ou não], ou de pressionar um Estado.

Desde 1930 que são discutidas a motivação e a finalidade da ação terrorista, por ocorrência da Terceira Conferência Internacional para a Unificação do Direito Penal⁴, em Bruxelas. Por conseguinte, surgiram mais questões relacionadas com a inserção da

¹ Spínola & Robichez, 2020.

² O exemplo em causa é o do TEL para julgar crimes de natureza terrorista.

³ Cassese A., 2013.

⁴ Com efeito, foi nesta Conferência que foi apresentada a primeira proposta de definição de terrorismo: “o uso intencional de meios capazes de produzir um perigo comum que representa um ato de terrorismo por parte de alguém que perpetre crimes contra a vida, liberdade ou integridade física de pessoas ou contra a propriedade privada ou do Estado com o propósito de expressar ou executar ideias sociais ou políticas”.

finalidade política como especial elemento subjetivo da conduta, sobre a qual Niko Gunzburg veio esclarecer que o terrorismo não se trata apenas de um crime contra um Estado determinado, mas antes de um perigo para toda a humanidade, um crime comum. Como tal, no entendimento do relator da quinta Comissão da Conferência de 1930, ainda que relacionado com revoltas políticas, o crime de terrorismo não se enquadrará na categoria de crimes políticos.⁵

A Convenção para a Prevenção e Repressão do Terrorismo de 16 de novembro de 1937, em resposta ao assassinato de Alexandre I, na Jugoslávia, por um nacionalista macedônio, ainda que nunca tenha chegado a entrar em vigor⁶, pode considerar-se como a primeira tentativa relevante, moderna, de conceituar os atos terroristas.

Esta procura por uma noção consensual quanto aos atos terroristas ou, pelo menos, de elementos que permitissem tipificar tais atos como uma conduta que viola bens e valores jurídicos internacionais, foi intensificada na década de 70. Em 1972, a AGNU aprovou a Resolução 3034, sobre as Medidas de Prevenção do Terrorismo Internacional, exigindo aos Estados não “organizar, instigar, assistir ou participar em atos terroristas noutros Estados, ou aceitar atividades no seu território dirigidas à prática de tais atos”. Posteriormente, em 1977, os Estados Membros do Conselho Europeu chegaram ao acordo da Convenção Europeia para a Supressão do Terrorismo, em prol da cooperação no combate ao terrorismo, definindo assim as diretrizes para a extradição e exceção para as infrações políticas⁷.

Desde esta década que existe uma das mais polémicas argumentações sobre o que se deve entender por “terrorismo”, onde um dos principais pontos de discórdia assenta na questão de os *freedom fighters*, associados aos Movimentos de Libertação Nacional, poderem ou não ser classificados como atos terroristas. Este contexto de guerras de libertação e autodeterminação dos povos levou a uma enorme dificuldade em obter um consenso quanto à tipificação do conceito, e a questão era na verdade mais propriamente política do que semântica, na medida em que vários países argumentavam que atos terroristas praticados por indivíduos numa luta pela autodeterminação, deveriam ser isentos de condenação e proibição^{8,9}. Ao longo dos anos 70/80, a AGNU enfatizou esta isenção com base nas suas Resoluções sobre o terrorismo: tal como refere a Resolução 3103 de 1973, “A luta dos povos sob domínio colonial e estrangeiro e regimes racistas

⁵ Melo, 2014.

⁶ Uma vez que a Índia foi o único Estado a ratificá-la; contudo, desde então, várias Resoluções das Nações Unidas e várias convenções internacionais entraram em vigor, proibindo o terrorismo.

⁷ Fry, 2002.

⁸ “As long as governments were free to inflict terror, the only retaliation available to victims would be counter-terror”, in Relatório do Comité *Ad Hoc* sobre o Terrorismo Internacional, 1 | 24, U.N. Doc. A/9028; GAOR, 28.^a Sess., Sup. n.º 28 (1973).

⁹ A isenção da violência na luta pela liberdade e autodeterminação continua a ser defendida pelos países africanos, árabes e islâmicos.

pela implementação do seu direito à autodeterminação e independência é legítima e em plena conformidade com os princípios de direito internacional”, tendo havido vários esforços no sentido de legitimar estes movimentos e sido, inclusive, incluídos no Protocolo da Convenção de Genebra de 1977. Não obstante, com o fim da Guerra Fria, o panorama mudou, tendo as Nações Unidas vindo a considerar os atos terroristas como ofensas inegáveis e, como tal, deixou-se de parte esta associação¹⁰.

Em 1994, foi adotada a Declaração sobre Medidas para Eliminar o Terrorismo Internacional, pela AGNU, declarando, *inter alia*, que os Estados Membros solenemente reafirmam a condenação inequívoca de todos os atos, práticas e métodos terroristas como criminosos e injustificáveis, onde e por quem quer que tenham sido cometidos, uma vez que colocam em causa as relações entre os Estados e a população, ameaçando a paz, segurança e integridade dos mesmos¹¹. Por sua vez, em maio de 2001, entrou em vigor a Convenção Internacional para a Repressão dos Atentados Terroristas Bombistas, exigindo aos Estados que julguem ou extraditem os terroristas, com o objetivo de reforçar a cooperação internacional entre Estados, com vista à adoção de meios eficazes de prevenção, perseguição e punição destes agentes¹².

Nem os tratados universais nem as Resoluções das Nações Unidas fornecem uma definição universal de terrorismo, ausência esta que consubstancia um dos maiores obstáculos ao combate mundial do terrorismo. Note-se que tal lacuna é um dos maiores fatores deste atraso na devida punição dos agentes terroristas, impedindo também a aplicação e confiança na jurisdição universal por parte dos Estados¹³.

Foi muito mobilizada a clássica expressão “One’s person terrorist is another person’s freedom fighter”, a qual poderá desde logo ser enganadora, uma vez que emprega erradamente o conceito de terrorismo. Antes de mais, é uma abordagem relativista que ignora o facto de que, independentemente do motivo subjacente, nunca poderá ser legítimo atacar deliberadamente civis, inocentes, ainda que ao abrigo de uma luta pela liberdade – é princípio fundamental de direito internacional a proibição de ataques intencionais a civis, e não pode ser permitida a violência ou serem legitimados atos terroristas com base na autodeterminação ou oposição a um regime colonial, racista, ocupante ou opressivo – “terrorism [is wrong] wherever it takes place and whomever it targets”¹⁴.

¹⁰ Hickman, 2010.

¹¹ Relatório do Sexto Comité das Nações Unidas, Item 142, Resolução 490, AGNU, Doc. A/49/743 (1994).

¹² Arend, 1994. Contudo, o âmbito de aplicação da referida Convenção mostrou-se restrito, na medida em que apenas tratava concretos atos terroristas na altura enumerados, dada a falta de consenso quanto a uma definição universal, pelo que se revelou difícil a sua aplicação a um leque mais amplo de atos terroristas.

¹³ Fry, 2002.

¹⁴ Heymann, 2003.

Muitos Estados têm vindo a afirmar que enquanto não se chegar a um acordo sobre o significado e alcance dos chamados *freedom fighters*, também não será possível alcançar nenhum consenso acerca da noção de terrorismo.

A prática necessária [*usus*] reside e resulta da adoção convergente de leis nacionais, de sentenças proferidas por tribunais nacionais, da aprovação de resoluções da Assembleia Geral da ONU, bem como da ratificação de convenções internacionais por um grande número de Estados, de onde consta a posição desses Estados em relação ao tema. Em 2011, a Câmara de Recursos do TEL, na sua Decisão Interlocutória sobre a Lei Aplicável de 16 de fevereiro de 2011, entendeu que os vários tratados, resoluções e a prática legislativa e judicial dos Estados evidenciavam a formação de uma *global opinio juris* na comunidade internacional, segundo a qual o direito internacional consuetudinário é estabelecido por consenso, quando a prática estatal evidencia a convicção de que certas normas são legalmente obrigatórias e, embora tradicionalmente se considerasse que o direito internacional apenas regulava a conduta dos Estados, este expandiu-se para reger também a conduta dos indivíduos, em prol da proteção dos direitos humanos¹⁵.

Ao invés dos terroristas, que atentam deliberadamente contra civis, os Estados, no seio de um conflito armado, pretendem evitar danos colaterais a civis que não participem nas hostilidades, estando obrigados a obedecer às regras de DIH e às disposições estabelecidas nas Convenções de Genebra, cuja violação poderá consubstanciar crimes de guerra. Ora, estamos perante dois tipos de violência, onde por um lado os Estados são responsabilizados pela grave violação do DIH¹⁶ e, por outro, os terroristas ficam impunes no plano internacional¹⁷.

Estamos muito frequentemente perante uma utilização insensata e indiscriminada do conceito de terrorismo, bem como perante questões politicamente sensíveis, o que não motiva o consenso. Os próprios grupos terroristas contribuem para a dificuldade da punição e criminalização das suas condutas, na medida em que reconhecem a conotação negativa do terrorismo e, como tal, pretendem a sua não aplicação ou identificação, contribuindo para o “charco” semântico em torno do termo¹⁸.

Os atos de terror são um instrumento de representação de política externa muito poderoso. Porém, tal como nos diz Daniel Hickman, “Apesar dos persistentes problemas de definição, existe agora uma quase unanimidade de que os atos específicos de terrorismo são proibidos pelo direito internacional. Mais importante ainda, o obstáculo

¹⁵ Hickman, 2010.

¹⁶ Atente-se aos arts. 32.º e 33.º, n.º 1 da IV Convenção de Genebra e ao art. 4.º, n.º 2, d) do Protocolo II Adicional às Convenções de Genebra.

¹⁷ Hoffman, 1998.

¹⁸ Hoffman, 1998.

político da isenção para os movimentos de libertação nacional foi ultrapassado”¹⁹.

A posição segundo a qual existe uma definição globalmente aceite de terrorismo em tempo de paz²⁰ foi tomada pela Divisão Criminal do Tribunal de Recurso do Reino Unido (*Regina v. Mohammed Gul*), tendo o Tribunal remetido explicitamente para a Decisão Interlocutória STL sobre a Lei Aplicável de 16 de fevereiro de 2011 – “O Tribunal de Recurso começou por aceitar que existe um crime internacional habitual de terrorismo (pelo menos em tempos de paz) com base na decisão do falecido Juiz Cassese na Câmara de Recursos do Tribunal Especial para o Líbano”²¹.

Antonio Cassese, defensor da existência de uma definição de terrorismo postulada pelo Direito Costumeiro, distingue três elementos do crime internacional de terrorismo: os atos terroristas têm de ser considerados crimes na generalidade dos sistemas penais internos, devendo ainda ser perpetrados com a intenção de causar no público em geral o medo, o terror e a insegurança através da intimidação, num determinado grupo ou contra um Estado, motivados por razões políticas, religiosas, ou outra ideologia²², entendimento este que se segue no presente estudo.

Possível de assumir consensualmente é a proibição do terrorismo²³⁻²⁴ e, segundo Andreas Laursen, “Todos – ou quase todos – chegaram a acordo quanto à ilegalidade incondicional do terrorismo ao abrigo do direito internacional”. Porém, o que é abrangido pelo termo dependerá da regulamentação interna de cada Estado e dos acordos regionais.

III. Possíveis elementos do crime internacional de terrorismo

Primeiramente, podemos falar num elemento objetivo, o qual se encontra relacionado com a conduta – *actus reus*. Os atos terroristas envolvem uma conduta já criminalizada no domínio penal interno de qualquer Estado, nomeadamente o homicídio ou homicídio em massa, danos corporais graves, rapto, sequestro, bombardeamento, etc., pelo que consiste num ato proibido, atentando contra a vida ou integridade física das pessoas, ou contra a propriedade pública ou privada. Os concretos atos praticados

¹⁹ Hickman, 2010.

²⁰ Tem-se vindo a tentar distinguir terrorismo em tempo de guerra e paz, excluindo-se deste último os atos terroristas praticados em conflitos armados com o Estado na sua base. Contudo, a total exclusão do terrorismo estadual poderá abrir caminho à impunidade, acabando por ser desprezados o DIH e os civis, que são prejudicados face à ação Estadual e intenção das partes.

²¹ Trapp, 2012.

²² Cassese A., 2013.

²³ “Regardless of the lack of a comprehensive definition at the international level (...) there is near unanimity that terrorist acts are crimes under both domestic and international law” (Pejic, 2004).

²⁴ Cabe salientar a decisão digna de referência da *Cour de Cassation* Francesa no Caso *La Réunion Aérienne v. Jamahiriya Arabe Populaire et Socialiste*, onde foi analisado o limite jurisdicional de um Estado no contexto da ausência de punição e possível apoio a atos terroristas. No âmbito deste julgamento, a *Cour de Cassation* foi no sentido de uma proibição *jus cogens* dos atos terroristas, abrindo assim portas a uma interligação entre o crime internacional de terrorismo e as normas *jus cogens*.

deverão ser atos subjacentes, e tal ato material subjacente é um “ato ilegal de violência grave”²⁵.

Por conseguinte, ao elemento subjetivo corresponde a finalidade dos atos terroristas – *mens rea*. Ora, se a intenção, o fim e o motivo constituírem elementos subjetivos do tipo, comportam uma função de individualização da conduta criminosa. Em contrapartida, se pertencerem aos elementos subjetivos especiais de culpabilidade, não terão qualquer influência na definição do conceito, mas antes, e só, na averiguação do grau de culpa do agente.

Foi apresentada uma noção de terrorismo, pelo Projeto do ETPI, baseada na prática de atos violentos direcionados a pessoas ou bens de tal forma que propagam o medo, a insegurança e o terror. Esta apreciação do terrorismo como a prática de atos ilícitos, com o objetivo de intimidar uma população, coagir um Estado ou organização ou destabilizar uma estrutura, igualmente se poderá visualizar na legislação interna de inúmeros Estados, nomeadamente os Estados Membros da União Europeia, sob influência de uma Decisão-Quadro de 13 de junho de 2002, e aqueles Estados que assinaram a Convenção Árabe para a Supressão do Terrorismo.

É ainda notório referir a persistente discussão por parte da doutrina acerca de o objetivo do agente, político ou ideológico, poder constituir ou não um requisito para o crime internacional de terrorismo. Segundo Kai Ambos²⁶, as motivações do agente não devem ter relevo quanto ao conteúdo deste elemento subjetivo, tratando-se apenas de um elemento acessório resultante do direito costumeiro. Por sua vez, o autor Ben Saul entende que o motivo subjacente é o elemento que distingue o terrorismo da violência privada, seja ele político, ideológico, religioso, étnico ou filosófico²⁷.

O TEL considerou que o motivo político ou ideológico do agente poderá ser parte integrante do elemento subjetivo enquanto critério adicional, reconhecendo, contudo, que tal não está ainda estabelecido no direito costumeiro. Em contrapartida, Félix Fernández²⁸ é defensor da inclusão do motivo político no elemento subjetivo²⁹. Cabe ainda mencionar, neste âmbito, a definição constante do *Terrorism Act* do Reino Unido, que prevê a existência de um propósito político, religioso, racial ou ideológico³⁰.

Concluindo, existem vigorosas razões no sentido da inclusão deste critério, ainda que a finalidade política ou ideológica não seja uma posição, uma vez que dificilmente será equacionável a concretização de um atentado isolado na falta de uma motivação

²⁵ É dúbio e ambíguo aquilo em que concretamente consiste um ato violento e, embora esta ambiguidade seja aceite pelo direito costumeiro, viola o princípio da legalidade, não cumprindo o requisito de lei prévia,

²⁶ Ambos, 2011, paras. 4-6.

²⁷ Saul, 2011.

²⁸ No entender do autor, a intenção especial comporta duas vertentes: o escopo imediato de causar medo e insegurança, e o escopo mediato de prosseguir uma finalidade política.

²⁹ Fernández, 2011.

³⁰ *Terrorism Act* 2000, Secção I, (1), com as atualizações do *Terrorism Act* 2006 e do *Terrorism Act* 2008.

desta natureza. De facto, a experiência tem atestado que, na sua grande maioria, os ataques terroristas são perpetrados com vista a um fim distinto de simples razões pessoais. Esta circunscrição aparenta excluir os atos puramente internos de terrorismo, devendo apenas relevar o terrorismo internacional; todavia, e também em prol do trabalho do CS, observa-se uma evolução neste sentido. Embora as resoluções mais antigas incrementem a ideia de que o terrorismo constituirá uma ameaça à paz e segurança internacionais, se configurar este carácter internacional, a Resolução 1456 [Declaração sobre a Questão da Luta contra o Terrorismo] de 2003 declara que o terrorismo concebe uma das mais graves ameaças para a paz e segurança internacionais, em todas as suas formas e manifestações, ideia esta seguida pela Resolução 1904, de 2009.

Como refere Ben Saul, este elemento de internacionalidade deverá integrar todas as formas através das quais o terrorismo poderá impactar na comunidade internacional, isto é, mesmo numa circunstância de terrorismo interno, se integrar um evidente atentado à dignidade humana, poderá relevar para o Direito Internacional. Com efeito, não podemos não considerar os atentados de carácter interno, pois estes podem, de facto, atentar contra os valores protegidos pela comunidade internacional e, por isso mesmo, serem relevantes para o Direito Internacional³¹.

IV. Referência ao conceito de crimes contra a humanidade

“Os crimes contra a humanidade são tão antigos como a humanidade em si”³². Embora a sua primeira codificação tenha sido em 1945, na Carta de Nuremberga, os CCH são prévios à Segunda Guerra Mundial³³, e o termo “crimes contra a humanidade” foi pela primeira vez utilizado em 1915, pelas potências aliadas na Primeira Guerra Mundial, na condenação do homicídio em massa do povo da Arménia pela Turquia. Com efeito, as atrocidades que tiveram lugar na Europa entre 1932 e 1945, pela tamanha dimensão e brutalidade, conceberam a necessidade desta categoria de crimes.

A definição de CCH foi alvo de vários trabalhos nos anos seguintes³⁴, e podemos vislumbrar a formulação no art. 7.º do Estatuto de Roma de 1998, que define e estabelece a jurisdição *ratione materiae* do TPI acerca destes crimes.

³¹ Saul, 2011. “A number of terrorist offenses violate customary international law”, including war crimes, genocide and crimes against humanity (Paust, 1977).

³² Ratner, Abrams & Bischoff, 2009, p. 48.

³³ Discute-se a possibilidade de estarmos perante uma violação do princípio *nullum crimen sine lege* – não há direito sem lei, no entanto, note-se que a Carta de Nuremberga constituía a manifestação do direito internacional da época. A confusão com os crimes de guerra prende-se com a dimensão destes crimes, cometidos no seio desse conflito mundial, que possibilitava a sua simultânea qualificação como CCH. Além do mais, os atos perpetrados durante e com a guerra relacionados, mas que não consubstanciavam crimes de guerra, constituíam sim CCH.

³⁴ O art. 5.º do Estatuto do TPIJ (1993) prevê que os CCH consistem atos proibidos perpetrados no seio de um conflito armado, interno ou internacional, contra uma qualquer população civil, não exigindo que se

O ETPI dispõe que são CCH as ofensas realizadas no quadro de um ataque sistemático ou em larga escala³⁵, contra uma população civil, independentemente da ocorrência de um conflito armado, havendo conhecimento da execução desse mesmo ataque. O Estatuto elenca os atos que constituem “crime contra a humanidade”, atos esses que constam e são punidos na generalidade dos sistemas penais internos e, tal especificação justifica-se pelas exigências do princípio da legalidade, o que traduz um progresso no DIH³⁶.

Também os CCH pressupõem um elemento objetivo/material e um elemento subjetivo/mental. Estes crimes baseiam-se em condutas ilícitas, tal como a tortura ou o homicídio, sendo certo que tal infração apenas eleva ao patamar de CCH quando integrado um ataque sistemático ou em larga escala contra uma população civil, existindo, no mínimo, tolerância por parte da entidade estadual ou equiparada – estes crimes deverão ser patrocinados pelo Estado ou levar a cabo uma política governamental, ou uma outra ideologia. Note-se que, neste âmbito, por ataque não queremos dizer que estejamos perante a ocorrência de um conflito armado, mas antes a expressão de maus-tratos direcionados a civis³⁷.

Por sua vez, o elemento mental compreende o conhecimento, por parte do agente, do enquadramento das condutas num ataque mais amplo. Neste sentido, o agente tem de ter a intenção de, com os atos executados e com aquilo que os mesmos comportam, produzir um certo e determinado resultado. Por conseguinte, os atos que são praticados não podem corresponder a atos isolados, tendo de se integrar num plano previamente determinado ou na prática sistemática de atos ofensivos. Quanto ao motivo, o consentimento e a adesão do agente são um motivo bastante. Requer-se apenas que o agente tenha o conhecimento do risco daquilo que engloba a sua conduta, não se exigindo que tenha previsto todas as consequências, e nem sequer que estas sejam direta consequência da sua conduta³⁸.

trate de uma prática sistemática ou em larga escala. Esta constitui uma formulação mais abrangente do que a Carta de Nuremberga, ao incluir os conflitos internos, tendo-o feito por razões de conveniência relativamente às circunstâncias de guerra vividas naquele espaço territorial.

³⁵ O Proc. n.º ICTR-96-13-T (2000), *Ministério Público v. Alfred Musema*, caracterizou “generalizado” como uma “ação maciça, frequente e em larga escala, realizada coletivamente com considerável seriedade e dirigida contra múltiplas vítimas”, e “sistemática” como “ação organizada, seguindo um padrão regular, com base numa política comum e envolvendo recursos públicos ou privados substanciais”.

³⁶ Almeida, 2009.

³⁷ Cassese A., 2003. Quanto à população civil aqui em causa, não se abrange toda a população do território geográfico em que o ataque teve lugar. Na linha do entendimento da jurisprudência do TPI, a população civil é um grupo de indivíduos com características comuns, como a nacionalidade, religião, etnia, etc. Por população entende-se pessoas que não façam parte das forças armadas, nem sejam membros de grupos de resistência. Todavia, a presença de partes integrantes das forças armadas durante a ocorrência de um ataque não impede a qualificação do crime como CCH, visto apenas ser exigido que a maioria das pessoas atingidas sejam civis. O art. 7.º, n.º 2 do Estatuto de Roma refere o que se entende por “ataque contra uma população civil”.

³⁸ Stazger, 2012.

Ora, caracterizando-se os CCH por uma especial crueldade, a qual afeta toda a comunidade internacional, faz sentido que o elemento mental tenha de exigir algo mais do que se exige nas infrações comuns e isoladas. Neste sentido, Antonio Cassese considera que uma das particularidades que permite diferenciar estes crimes reside precisamente na *mens rea* – este elemento mental é possuidor de um caráter bifronte, isto é, por um lado o agente tem de atuar com a *mens rea* necessária para a prática do concreto ilícito e, por outro lado, tem de ter o conhecimento ou a consciência de que tal conduta fará parte de um plano maior. Deste modo, sendo os CCH uma das categorias de crimes mais graves aos olhos de todo o mundo, facilmente percebemos que não englobem uma categoria de dolo mais branda, desde logo, a negligência³⁹.

A maioria dos tribunais internos exige que as condutas ilícitas subjacentes aos CCH sejam possuidoras, no mínimo, de um dolo eventual, pelo que não podia o legislador internacional deixar de seguir estes padrões. Assim sendo, será possível uma condenação por esta categoria de crimes no caso de o agente atuar com dolo eventual, assumindo o risco da produção do evento danoso e, ainda assim, realizar o *iter criminis*, consciente de que tal conduta contribuirá para um mais vasto plano de atrocidades, ou de que ele próprio poderá ser um instrumento de execução da política em curso ou ataque sistemático, revestindo-se de vontade e consciência⁴⁰.

A expressão “larga escala” traduz um elemento quantitativo, pressupondo uma elevada quantidade de vítimas. Não há, porém, entraves à condenação de um sujeito por CCH tendo este contribuído e agido com a intenção necessária para tal, ainda que a sua conduta não tenha conduzido a um elevado número de vítimas. Neste sentido, terá de se demonstrar que a sua infração se integra num ataque mais vasto. Por sua vez, o termo “sistemático” diz respeito a um elemento qualitativo, o qual significa que, subjacente ao CCH, existe um plano/política no qual se baseia o ataque, previamente planeado com detalhe e praticado de forma padronizada. Como tal, o caráter sistemático permanecerá, ainda que não sejam alcançadas as consequências e os efeitos pretendidos com tal ataque, uma vez que existe um padrão de atuação⁴¹.

Como já pudemos constatar, os atos praticados enquanto CCH não se traduzem em atos isolados ou aleatórios. Existe uma política, ou ação estadual inerente a estes crimes, pelo que as ofensas perpetradas têm o objetivo de realizar uma política ou plano ideológico, com a finalidade de destruir, perseguir ou intimidar certo grupo – designamos isto de elemento político dos CCH. Segundo o professor Bassiouni, este elemento político permite conferir aos CCH o seu caráter internacional. Não obstante, há

³⁹ Cassese A., 2002.

⁴⁰ Cassese A., 2002.

⁴¹ Galingging, 2010. Não se confirmando o pressuposto do ataque sistemático ou em larga escala, mesmo que possuam um elevado grau de desumanidade, os atos corresponderão a crimes de direito interno comum.

quem defenda a extração do elemento político dos CCH no Estatuto de Roma⁴². É, contudo, de referir que o conceito atual de CCH não integra como pressupostos o intuito discriminatório ou o envolvimento do Estado⁴³. Pelo exposto, pode afirmar-se que o bem jurídico protegido nos CCH é a dignidade humana.

V. A necessidade de intervenção do TPI e a sua jurisdição

Terrorismo como uma violação indireta do direito internacional

Atualmente, existe a convicção generalizada de que o terrorismo pode efetivamente constituir uma ameaça à paz e segurança internacionais, tal como expresso na Resolução 1368 do CS da ONU, em 2001⁴⁴. Nos termos de Richard Falk, “O terrorismo é violência política ou ideológica sem restrição da lei ou da moralidade”⁴⁵ e, por isso mesmo, “Para que a comunidade internacional possa combater com sucesso o terrorismo, é necessária uma abordagem multilateral”⁴⁶.

São inúmeras as formas de manifestação de terrorismo, constituindo verdadeiras violações dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Osama Bin Laden foi um dos maiores líderes da História a explorar o conceito de terrorismo, e de forma alguma podemos continuar a mobilizar e aceitar desculpas ou justificações para condutas em momento algum aceitáveis. O terrorismo tem sido sempre um meio de domínio, poder, opressão e revolução, pelo que não podemos considerar que a “legítima defesa” seja uma justificação aceitável quando estamos perante ofensas atrozes em larga escala, desumanamente cometidas contra quem é inocente⁴⁷, qualquer que seja o fim em causa⁴⁸.

O terrorismo viola várias normas internacionais bem estabelecidas, ainda que não esteja individualizado ou previsto como crime internacional, pelo que, tratando-se de uma conduta verdadeiramente criminosa, os atos terroristas podem ser considerados como uma violação das normas internacionais perentórias [*jus cogens* ou *erga omnes*].

⁴² Segundo Matt Haling, o funcionamento e aplicação do elemento político no Estatuto de Roma corrompe a separação entre a prática sistemática ou em larga escala, pois a larga escala comportará sempre alguma sistematização, se a razão política for exigida. Contudo, este elemento atrapalha a perseguição de ofensas de censurabilidade equiparável à dos CCH, pelo TPI, na medida em que permitirá a sua impunidade.

⁴³ Correia, 2017. Ressalvando-se o elemento discriminatório nos casos de perseguição.

⁴⁴ Durante a 8.ª sessão da Comissão Preparatória do TPI, a Turquia apresentou um documento no qual enfatizava que os atos terroristas constituíam algumas das mais significativas ameaças à paz – PCNICC/2001/DP.1, de 2 de outubro de 2001.

⁴⁵ Falk, 1988.

⁴⁶ Strauss, 2009.

⁴⁷ Inocente é aquele que não é combatente, em tempo de guerra, nem é agressor em contexto de paz, atual ou iminente. Neste sentido, já Grotius, 1965, dizia que “the death of innocent people must be prevented so far as is possible”.

⁴⁸ Blakesley, 2007.

Independentemente do quadro de conduta a que se recorra para identificar e caracterizar o terrorismo, há um consenso internacional em como é *per se* ilegítimo, ilícito, proibido e intolerável⁴⁹.

De facto, o direito internacional consuetudinário ajuda-nos a preencher lacunas a que os sistemas jurídicos internos não conseguem fazer face. Do ponto de vista de um princípio de jurisdição penal universal, o ónus de encaminhar os agentes das práticas terroristas para a responsabilidade penal poderia ser partilhado pelos Estados, incrementando assim a possível e provável ação penal⁵⁰.

O TPI é um tribunal permanente, que foi criado no final do século XX e entrou em funções no século XXI, sendo o principal tribunal internacional em matéria criminal. Note-se, contudo, que estamos perante um tribunal internacional que resulta de um Tratado [Tratado de Roma⁵¹], não tendo jurisdição penal universal, o que comporta, de facto, uma limitação. Por conseguinte, a única entidade que tem capacidade para suscitar a intervenção do TPI, numa situação em que, à partida, ele não teria jurisdição de acordo com as suas disposições, é o CS. Foi este mesmo órgão que, no que aos atentados de 11 de setembro de 2001 diz respeito, considerou tais atos como uma ameaça à paz e segurança internacionais⁵². Inclusive, em várias Resoluções, reafirmou que o terrorismo, em todas as suas práticas e manifestações, constitui uma das mais graves ameaças à paz e segurança internacionais⁵³ e, em 2006, na Estratégia Global de Combate ao Terrorismo da AGNU, referiu-se ao terrorismo nestes mesmos termos⁵⁴.

O “braço” jurisdicional da ONU é, precisamente, o TPI, sendo o único tribunal permanente [ao contrário do que acontecia no domínio dos tribunais penais internacionais *ad hoc*] com competência para julgar CCH, crimes de guerra, crimes de agressão e o crime de genocídio.

Com efeito, a implementação de uma jurisdição permanente [do TPI, através do Estatuto de Roma assinado em 1998], embora difícil de prever, consolidou a Justiça

⁴⁹ Drumbl, 2008.

⁵⁰ Burgess, 2006.

⁵¹ O Tratado de Roma foi aprovado a 17 de julho de 1998 e veio prever a criação do TPI vinculado à ONU, com 120 votos a favor, 7 votos contra (EUA, China, Israel, Filipinas, Índia, Sri Lanka e Turquia) e 21 abstenções. Foi no dia 11 de abril de 2002 que foi alcançado o número exigido de adesões para a respetiva entrada em vigor, conseguindo 66 ratificações. Portugal assinou o Estatuto de Roma a 7 de outubro de 1998, e foi aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 3/2002, de 20 de dezembro de 2001. Foi ratificado e publicado em Diário da República a 18 de janeiro de 2002 e o depósito do instrumento de ratificação ocorreu a 5 de fevereiro de 2002 – data esta que é a relevante para efeitos de manifestação de consentimento à vinculação de Portugal. O Estatuto entrou em vigor a 1 de julho de 2002, nos termos do art. 126.º ETPI.

⁵² A Resolução 1308 do CS da ONU, de 12 de setembro de 2001, caracterizou os atrozos acontecimentos ocorridos no dia anterior como “ataques terroristas”. Nesse mesmo dia, foi adotada uma Resolução unânime pela AG, onde condenava os “atos hediondos de terrorismo” e apelava “à cooperação internacional para prevenir e erradicar os atos de terrorismo”.

⁵³ Resolução da ONU, Doc. A/RES/60/288, The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy, 20.09.2006, p. 2.

⁵⁴ Santos, 2015.

Penal Internacional e, tal como prevê o art. 5.º do referido Estatuto, “A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves que afetam a comunidade internacional no seu conjunto”.

O duplo objetivo da justiça internacional criminal é uma constante questão de inquietação na medida em que, ao mesmo tempo que pretende responsabilizar os perpetradores de atrozes violações de direitos humanos, tem de respeitar a legalidade⁵⁵ e os direitos daqueles que são acusados. Compete frisar que a procura por esta responsabilização e punição no plano internacional constitui a principal razão de ser da soberania do Estado e da sujeição dos perpetradores nacionais à jurisdição internacional, estando também subjacente ao DIC o processamento destas graves violações perante os tribunais nacionais⁵⁶.

É efetivamente necessária a punição daqueles que cometem estas graves ofensas, o que requer também que não possam ser mobilizadas, neste plano, as possíveis imunidades⁵⁷. Vittoria Suarez, Jean Bodin, Hugo Grotius e Emerich de Vattel, todos vão no sentido da regra de que cada Estado tem a obrigação de julgar ou extraditar – *aut dedere aut judicare*. Os Estados que ratificaram o ETPI aceitaram as obrigações de cooperar com o tribunal no caso de este pedir a extradição ou captura de uma pessoa, excetuando-se alguns casos de acordos bilaterais que proibam tal cooperação relativamente a determinadas pessoas⁵⁸.

Não restam dúvidas de que as situações de terrorismo ameaçam a paz e segurança internacionais, sendo difíceis de suprir apenas no domínio da reciprocidade do sistema de crimes de tratados. A criação do TPI foi algo de muito atrativo, na medida em que prometeu dar lugar a julgamentos neutros, atendendo aos interesses nacionais na perseguição do terrorismo, inviabilizando simultaneamente a perseguição de nacionais por crimes de terrorismo por parte de outros Estados, até porque também não parece ser essa a melhor via, do ponto de vista da salvaguarda dos direitos humanos⁵⁹.

⁵⁵ Como refere o ilustre Professor Jonathan Hafetz, da Faculdade de Direito da Universidade de Seton Hall, “At the same time, ICL seeks to demonstrate justice by dispensing it through a commitment to legality”. No seu entender, podemos entender a legalidade em sentido lato, abrangendo tanto a necessidade de articular claramente determinadas infrações e evitar a responsabilidade retroativa [*nulla poena sin lege e nullum crimen sin lege*], como também outros aspetos de justiça perante o indivíduo que é acusado, nomeadamente direitos e garantias processuais.

⁵⁶ Hafetz, 2015.

⁵⁷ Ao nível do TPI, importa referir o art. 98.º do Estatuto, ao abrigo do qual o Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa a qualquer Estado cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa. Por sua vez, o Tribunal não pode dar seguimento à execução de um pedido de entrega por força do qual o Estado requerido devesse atuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem em virtude de acordos internacionais à luz dos quais o consentimento do Estado de envio é necessário para que uma pessoa pertencente a esse Estado seja entregue ao TPI, a menos que o Tribunal consiga previamente obter a cooperação do Estado de envio para conseguir a entrega.

⁵⁸ Blakesley, 2007.

⁵⁹ Prolux, 2004.

VI. Prossecução dos atos terroristas ao abrigo do art. 7.º do ETPI

Tratar o terrorismo como um CCH permite responsabilizar estes agentes, ainda que se perca um elemento essencial do terrorismo – o objetivo mediato de causar terror no público-alvo – o que é parcialmente satisfatório.

É aos tribunais estaduais que pertence, primeiramente, a competência para investigar e julgar os perpetradores de crimes internacionais, ao abrigo do Estatuto de Roma⁶⁰, e o respeito pelos direitos humanos tem de ser promovido e levado realmente a sério, particularmente no que diz respeito à dignidade humana, à salvaguarda da paz internacional, da segurança e bem-estar da Humanidade, o que vai evoluindo com a cooperação de um tribunal independente e permanente como é o TPI, que assegura estes valores⁶¹.

O TPI é um tribunal que depende muito da cooperação dos Estados, sendo produto de um consenso que resultou de uma negociação de vários anos até culminar na Conferência de Roma. A sua jurisdição é limitada, desde logo, em razão da matéria⁶², do tempo⁶³, do local da conduta⁶⁴ e da nacionalidade do responsável⁶⁵, e em razão da idade. A jurisdição do TPI não deveria estar limitada, mas foi essa a solução, não obstante muitos Estados consagrarem o princípio da jurisdição universal⁶⁶, embora limitado. Se todos os Estados tiverem autoridade para capturar e julgar todos os terroristas encontrados no seu território, independentemente de onde quer que tenham

⁶⁰ Nos termos dos arts. 1.º e 17.º do ETPI, e do 10.º parágrafo do preâmbulo, o princípio da complementaridade confere jurisdição ao TPI se o Estado com competência (primária) para julgar o caso não tiver vontade ou capacidade para o fazer, garantindo que a jurisdição do TPI é complementar das jurisdições nacionais. De facto, o TPI é competente para determinar a existência ou não de vontade em agir por parte de um Estado, e o n.º 2 do art. 17.º do ETPI estabelece que o Tribunal, tendo em conta as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, e a fim de determinar se há ou não vontade para agir num determinado caso, verificará a existência das circunstâncias previstas nas alíneas a), b) e c) do mesmo artigo. Além disto, o diploma determina a obrigação de todos os Estados Parte cooperarem com o Tribunal (art. 86.º ETPI) e de adotarem, no domínio interno, os procedimentos necessários para fazer face a todas as formas de cooperação e auxílio internacional previstas (art. 88.º ETPI).

⁶¹ Simpson, 2003. Valores esses reconhecidos na Carta das Nações Unidas nos seus arts. 1.º e 2.º, que o ETPI veio reafirmar.

⁶² Apenas pode julgar os crimes internacionais previstos no art. 5.º e definidos nos arts. 6.º e ss. do ETPI.

⁶³ Só pode julgar crimes que tenham sido praticados após a entrada em vigor do Estatuto, ou seja, não há jurisdição retroativa, art. 24.º ETPI. Todas as situações ocorridas antes de 2002 não cabem no âmbito da jurisdição do TPI. Além disto, o n.º 2 do art. 11.º diz que, se um Estado se tornar Parte no presente Estatuto, o Tribunal só poderá exercer a sua competência em relação a crimes cometidos depois da sua entrada em vigor, a menos que o Estado faça uma declaração a consentir que o Tribunal exerça a sua competência em relação ao crime em questão, nos termos do art. 12.º, n.º 3 do ETPI, isto é, faça uma declaração aceitando uma jurisdição anterior à data da entrada em vigor do Estatuto para aquele Estado, mas nunca anterior a 1 de julho de 2002.

⁶⁴ O TPI apenas pode exercer a sua jurisdição no território de um Estado Parte, vigorando o princípio da jurisdição territorial, art. 12.º ETPI.

⁶⁵ Tem jurisdição em relação a perpetradores nacionais de um Estado Parte, art. 26.º ETPI.

⁶⁶ É um princípio de base consuetudinária, consagrado em textos convencionais, para os Estados que aderem a essas Convenções, nomeadamente no domínio dos crimes de guerra. Todavia, não foi adotado no TPI. Contudo, a melhor forma de evitar a impunidade é efetivamente a consagração do princípio da jurisdição universal, ainda que, em situações particulares e excecionais, o Tribunal possa ter jurisdição sobre quaisquer crimes, onde quer que tenham sido cometidos, independentemente do local ou da nacionalidade dos envolvidos. De acordo com o art. 17.º ETPI, a admissibilidade decorre de um duplo teste: do princípio da complementaridade e da gravidade do caso.

desenvolvido a conduta – isto, devido a um consenso universal quanto à repugnância e desumanidade destes atos, pelo que é do interesse de todos o impedimento e a repressão destas condutas. Porém, os Estados não têm jurisdição universal para o julgar e responsabilizar, devendo os atos, como os de 11 de setembro de 2001, ser entendidos e definidos como CCH⁶⁷.

Certo é que a ausência de progresso se deve ao fracasso dos Estados no consenso quanto a uma definição deste conceito. Não obstante, os atos mais graves de terrorismo já são crimes internacionais consuetudinários, o que supera este impasse vivido, e tal encontra-se cristalizado no aumento de ratificações de Convenções Antiterrorismo das Nações Unidas e nas Resoluções do CS desde os atentados de 11 de setembro. No entanto, se os participantes na Conferência de Revisão concordarem que surgiu um crime proveniente do costume, de terrorismo, que aplica a responsabilidade penal direta, então não haverá razão de princípio para não o incluir na jurisdição substantiva do TPI⁶⁸.

Relembrando os elementos do crime de terrorismo, deles consta a necessidade da prática de violentos atos ilícitos contra a população civil⁶⁹, por uma organização ou Estado, e causando terror para prosseguir um qualquer objetivo ideológico ou político. O especial estatuto, sendo abrangido pela jurisdição do TPI, adquirir-se-á constituindo a prática generalizada ou sistemática⁷⁰ de atos. Tendo em vista o conjunto de atos que podem ser integrados no âmbito do terrorismo – homicídio, ofensas à integridade física, rapto ou tomada de reféns – não podemos deixar de verificar que muitos deles se identificam com as infrações subsumíveis nos CCH e, conseqüentemente, integráveis nas alíneas do n.º 1 do art. 7.º do ETPI⁷¹.

Começando pelo elemento material, no Proc. n.º ICTR-96-3-T (1999) especificou-se que deve ser mais do que um ato desumano aleatório. O direito internacional consuetudinário exige que o *actus reus*⁷² seja perpetrado de forma generalizada ou

⁶⁷ Galingging, 2010.

⁶⁸ Much, 2006.

⁶⁹ Quanto às vítimas e à “qualidade” de civis, no caso dos atentados de 11 de setembro de 2001, a questão apenas se coloca relativamente a quem se encontrava no Pentágono. De facto, a maioria das pessoas eram trabalhadores militares e, por isso, presenças diárias do Departamento de Defesa dos EUA.

⁷⁰ A divisão entre os dois termos permite-nos contemplar que tanto poderão ser inseridos no âmbito dos CCH ataques caracterizados por um padrão de repetição, ainda que não causem um número de vítimas considerável, como ataques singulares ou espontâneos que atinjam um elevado número de indivíduos (Filippo, 2008).

⁷¹ Prolux, 2004.

⁷² Os atentados de 11 de setembro de 2001, levados a cabo pela Al-Qaeda, parecem preencher o requisito de ataque sistemático ou generalizado. Não corresponderam a ataques isolados, mas antes a um minucioso planeamento, o que denota um padrão consistente de atuação. Como refere James Fry, a organização terrorista Al-Qaeda esteve envolvida em inúmeros ataques contra os Estados Unidos da América prévios ao do terrível dia de 2001, de tal forma que se podem considerar sistemáticos (Fry, 2002-2003). Nos termos de Francisco Ferreira de Almeida, nos ataques de 11 de setembro poder-se-á constatar uma ação generalizada, pela magnitude das conseqüências produzidas com os desumanos atos perpetrados. Quanto ao elemento da prática múltipla dos atos referidos no n.º 1 do art. 7.º do Estatuto de Roma, preencher-se-á se, no entendimento do estabelecido na alínea a), do n.º 2 do referido art. 7.º, atendermos às políticas da organização terrorista, passando estas pelos ataques contra a população civil (Almeida, 2009).

sistemática, não tendo necessariamente de se verificar ambas as condições. Há, no entanto, quatro elementos que devem estar presentes, desde logo um ataque, existindo um nexos entre os concretos crimes praticados e esse ataque, cometido contra qualquer população civil, de forma generalizada ou sistemática⁷³.

Em contrapartida, no que ao segundo elemento essencial diz respeito, já vimos que, como prevê o art. 7.º, n.º 1 do ETPI, a *mens rea* necessária passa pelo conhecimento da realização de um ataque contra a população civil, o qual pressupõe a consciência do agente em relação ao planeamento em que se inserem os seus concretos atos, em função de um determinado escopo⁷⁴. Como prevê o art. 30.º EPTI, “Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por crime da competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais”⁷⁵. No n.º 3 acrescenta que “Nos termos do artigo em análise, entende-se por ‘conhecimento’ a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar numa ordem normal dos acontecimentos. As expressões ‘ter conhecimento’ e ‘com conhecimento’ deverão ser entendidas em conformidade”⁷⁶.

Vislumbra-se uma dupla vertente deste elemento subjetivo: a intenção de cometer uma concreta ofensa, com a consciência de que tais atos levarão à perpetração de um ataque em maior escala contra a população civil⁷⁷. Ademais, à exceção dos crimes de perseguição e de *apartheid*, a intenção discriminatória não constitui um requisito necessário para a caracterização de um ato como CCH. O crime de terrorismo também não pressupõe um elemento discriminatório, consistindo num ataque contra uma população generalizada, com o objetivo de intimidar ou aterrorizar. O terror é, efetivamente, elemento essencial do crime de terrorismo e, tratando-se de ataques de natureza indiscriminada, ainda que o “causar terror” seja um elemento extra face aos CCH, poderão ser incluídas nas ofensas subjacentes aos mesmos.

⁷³ Galingging, 2010. O Proc. n.º ICTR-96-13-T estipula que um ataque também pode ser não violento – o *apartheid* é um exemplo de um CCH, assim considerado no ETPI, não violento.

⁷⁴ Podemos considerar ambos os elementos que constituem a *mens rea* preenchidos, uma vez que existem provas, como vídeos e entrevistas do comandante da organização terrorista Al-Qaeda, evidenciando a sua vontade em concretizar um ataque terrorista de elevada magnitude, com consequências atrozes, e com um elevado número de vítimas. Apesar de se colocar em causa o nível de certeza de Osama bin Laden quanto à queda das torres, pensa-se que este tinha conhecimento de que os andares acima de onde embateram os aviões ruiam, o que para nós basta, na medida em que se propôs a causar tal efeito.

⁷⁵ No n.º 2 acrescenta que se entende atuar intencionalmente quem, relativamente a uma conduta, se propuser a adotá-la e, relativamente a um efeito do crime, se propuser a causá-lo ou estiver ciente de que ele terá lugar numa ordem normal dos acontecimentos.

⁷⁶ Tanto o TPIR como o TPIJ entenderam que o conhecimento “real” ou “constutivo” de que o ataque está a ser perpetrado na base de um comprometimento com um plano ou política a seguir é bastante para satisfazer o requisito mental. Veja-se, por exemplo, o Proc. n.º ICTR-95-1-T (21 de maio de 1999), confirmando o requisito de que a pessoa acusada tem de ter o conhecimento do contexto mais alargado em que se insere a sua conduta.

⁷⁷ “Without knowledge, the perpetrator would not have the *mens rea* for a crime against humanity but would merely possess the *mens rea* for an ordinary crime” (Kittichaisaree, 2001).

Muito se tem dito sobre o estado psicológico do agente e, mais concretamente, sobre este conhecimento. Note-se que as motivações destes agentes acabam por, em primeira instância, ser irrelevantes, na medida em que os motivos não importam à avaliação do tribunal quanto ao conhecimento do ataque, podendo apenas relevar para efeitos de atenuação ou agravação da pena. Ora, um perpetrador pode sê-lo, quer por motivos pessoais, quer não, sendo certo que, tendo o conhecimento do seio generalizado ou sistemático da sua conduta, acaba por não cometer os atos por motivos puramente pessoais⁷⁸, pelo que o cometimento do crime sustentado em motivos pessoais não absolverá o arguido do enquadramento da sua conduta nos CCH⁷⁹.

Sumariamente, requer-se que o agente das concretas ofensas saiba que os seus atos são objetivamente perturbantes e impactantes na Humanidade, indo contra todos os princípios globalmente aceites, afrontando a consciência moral universal. Relativamente ao dolo, nos CCH estaremos claramente perante um dolo direto e, como já vimos, o terrorismo não admite formas mais leves de dolo, e também assim é nos CCH, sendo remota a hipótese de dolo eventual⁸⁰.

Cumprir ainda abordar a política ou ideologia inerente aos CCH, ideia que é afirmada desde Nuremberga. Neste sentido, importa referir que o terrorismo não pratica a violência como um fim em si mesmo, isto é, os atos terroristas, tal como os CCH, têm uma política ou ideologia subjacentes. Olhando à atuação das organizações ligadas ao terrorismo, verificamos que estas aterrorizam e intimidam a população em prol de razões políticas ou ideológicas⁸¹.

Já quanto à entidade responsável pela concretização e planeamento dos CCH⁸², de acordo com o Projeto de Código sobre os Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade, no comentário (5) ao art. 18.º acerca dos CCH, refere que estes são realizados por um Estado ou por uma outra organização ou grupo que não esteja com este relacionada, demonstrando a evolução desta conceção desde Nuremberga. Foi evidenciada a mudança de paradigma na Decisão de investigação sobre a situação da República do Quênia do TPI de 31 de março de 2010, decisão esta que reconheceu a possibilidade de um CCH ser cometido por uma organização não correspondendo à

⁷⁸ Atente-se o Proc. n.º IT-94-1-A, *Procurador v. Dusko Tadic*, paras. 252 e 255, onde explica que nem um ato relacionado com um conflito armado é cometido por motivos puramente pessoais, nem um ato fora desse conflito armado é forçosamente cometido por motivos exclusivamente pessoais. Um agente pode praticar CCH por motivos puramente pessoais, desde que tenha o conhecimento do contexto mais amplo de crimes generalizados ou sistemáticos contra uma população civil.

⁷⁹ Kittichaisaree, 2001.

⁸⁰ Kirsch, 2001.

⁸¹ Almeida 2009.

⁸² A situação de violência pós-eleitoral ocorrida na República do Quênia, Proc. n.º ICC-01/09, de 31 de março de 2010, resultou numa verdadeira confusão em torno das definições de alguns crimes internacionais no Estatuto de Roma, derivante da falta de consenso normativo e análises inconsistentes por parte de juizes, investigadores e profissionais da área.

conceção tradicional da entidade com controlo efetivo sobre o território⁸³. É certo que uma correção ao Estatuto, no sentido de estabelecer e clarificar o que se entende por “organização” e por “política organizacional”, evitaria futuras confusões como as ocorridas na República do Quênia, pois uma interpretação ampla compreende a inclusão de grupos totalmente independentes, livremente constituídos ou com fins privados. Não obstante, no quadro de uma aceção ampla, a confusão e a ambiguidade também podem ser vistas como parte do processo evolutivo do direito internacional consuetudinário, onde o papel é expandir ou restringir a definição de CCH consoante os versáteis e mutáveis objetivos do Tribunal e dos Estados Parte. Neste sentido, o TPI deverá optar pela via da inclusão de agentes não estatais no âmbito dos CCH, de forma a dar cumprimento aos direitos humanos e a uma paz e justiça sustentáveis⁸⁴ – se já em Nuremberga se deduzia que a comunidade internacional condenava vivamente as violações generalizadas ou sistemáticas dos direitos humanos contra civis inocentes e desarmados, mais são as opiniões a favor da inclusão destes agentes do que contra⁸⁵.

Outra discussão possível é a possibilidade de expandir os CCH no sentido de incluir ocorrências pontuais, não sistemáticas, mas igualmente destrutivas e avassaladoras, nomeadamente os bombardeamentos ocorridos em Madrid em 2004, em Londres em 2005, ou os atentados na Índia em julho de 2011, qualificando-os como CCH, partilhando a responsabilidade com o TPI, e não crimes nacionais que dizem apenas respeito aos Estados afetados. Mais uma vez, o foco não é tanto o tipo de organização ou de política em causa, mas antes o caráter da conduta realizada e dos danos causados nas vítimas, o que merece uma ação coletiva e investigação ao nível do TPI⁸⁶.

Ficou assente que os pressupostos de enquadramento de uma organização no âmbito do art. 7.º do ETP, não têm de estar constatados na totalidade, pelo que se abre um caminho para a possibilidade de responsabilizar vários tipos de organizações por estes crimes e, conseqüentemente, afasta-se uma das dificuldades de qualificar os atos terroristas de dimensão considerável como tal. Assim, preenchendo o ato terrorista os requisitos dos CCH, não será nada mais nada menos que um CCH.

Poderemos concluir que os CCH nunca serão perpetrados por indivíduos atuando isoladamente, tal como afirma o TPIJ no caso *Nikolic*⁸⁷, o que não elimina a sua responsabilidade individual, e tal ideia prende-se com a magnitude destes crimes. Ao invés, nas conceções mais antigas do terrorismo, considerava-se que poderiam ser os

⁸³ Em Nuremberga falava-se em Estado ou organização que, ainda que não faça parte do aparelho estadual, exerça um controlo efetivo sobre o espaço territorial.

⁸⁴ A jurisprudência dos tribunais *ad hoc* oferece-nos apoio nesta visão, pois procurou – embora não tenha conseguido – eliminar a exigência política do Estado antes da criação do TPI.

⁸⁵ Kress, 2004.

⁸⁶ Jalloh, 2013.

⁸⁷ *Nikolic Indictment: Rule 61 Hearing*, Proc. n.º IT-95-2-R61, de 20 de outubro de 1995, para. 26.

atos executados quer por indivíduos, quer por grupos de indivíduos, estando tais doutrinas já ultrapassadas, pelo que se admite que, por detrás dos atrozes atos terroristas, muito provavelmente estará uma entidade estadual, podendo então o terrorismo ser concretizado por um Estado ou organização que cause o terror/insegurança em prol do fim pretendido. Deste modo, facilmente conseguimos vislumbrar, mais uma vez, a inserção do terrorismo nos CCH, tendo os requisitos para o enquadramento de qualquer organização, no domínio do art. 7.º do ETPI, de ser analisados caso a caso⁸⁸.

VII. No nexus with an armed conflict

Breve abordagem do Direito Internacional Humanitário ao Terrorismo

Nos termos do art. 7.º do ETPI, os CCH não pedem uma ligação com um conflito armado internacional – “A afirmação do Tribunal de que os crimes contra a humanidade podem ser cometidos em tempo de paz é da maior importância”⁸⁹.

Não existe um nexó entre os CCH e a ocorrência de uma guerra, sendo estes crimes proibidos pelo direito internacional consuetudinário, quer sejam realizados em tempo de guerra, quer em tempo de paz. O art. 7.º do ETPI parece implicitamente seguir esta posição, uma vez que não faz qualquer menção à necessidade de o ataque ser perpetrado no seio de um conflito armado para se configurar como CCH⁹⁰.

Há muito que a violência terrorista empregue para fins estratégicos é proibida pela lei consuetudinária da guerra⁹¹, e podemos vislumbrar proibições diretas e indiretas nos importantes Tratados de DIH, na medida em que implicam graves ofensas contra combatentes e não combatentes, podendo então constituir sérias violações do DIH e, por conseguinte, implicar a responsabilidade penal dos seus agentes e a obrigação de que estes sejam julgados ou extraditados, consagrada nas Convenções de Genebra⁹².

Podemos afirmar com confiança de que os atos de terror⁹³ poderão também constituir crimes de guerra, na existência de um conflito armado, havendo um nexó entre este conflito, tais atos e os alvos civis, incorporando sérias violações das regras

⁸⁸ Kress, 2004.

⁸⁹ Meron, 1996.

⁹⁰ Galingging, 2010.

⁹¹ Paust, 1974.

⁹² Gasser, 2002.

⁹³ O objetivo de propagar o terror pode ser entendido como uma violação mais precisa das leis de guerra, que se traduz numa espécie de circunstância agravante, ou como parte integrante de um crime de intenção específica (Kalshoven, 1983).

consuetudinárias ou convencionais, constituintes do *corpus* do DIH. Neste sentido, embora seja complexo o processo de levar agentes de atos terroristas à justiça, podemos considerar que o DIH vingou.

Podemos constatar no art. 33.º da IV Convenção de Genebra⁹⁴ que são expressamente proibidos atos ilícitos de violência que causem danos a pessoas inocentes, tais como o terrorismo, existindo punições e consequências para quem os causa – “opõe-se a todos os princípios baseados na humanidade e na justiça”⁹⁵. Neste sentido, devem as autoridades ou as forças armadas adotar as medidas que vão ao encontro da dignidade humana e do Estado de direito, em prol da manutenção da segurança pública⁹⁶.

Não obstante os atos de terrorismo serem verdadeiras violações do DIH, há determinadas práticas que não são necessariamente ilícitas, nomeadamente entre combatentes⁹⁷. Por definição, um ato legal parece excluir um ataque em que o objetivo principal seja a perpetração do terror entre a população civil, na medida em que não se verifica a ligação a uma legítima vantagem militar⁹⁸. Em contrapartida, a proibição será porventura aplicável a um ataque intencional contra civis, indiscriminada ou desproporcionadamente. Por conseguinte, nesse caso, tal terror levado a cabo contra os indivíduos da população civil não será incidental, uma vez que, poder-se-á dizer, os civis são objeto de tal ataque, quer do ponto de vista dos seus efeitos [morte e danos a civis], quer em termos do seu objetivo propriamente dito [espalhar o terror entre a população civil]. Como tal, um ato de terrorismo não constituirá um ataque legal a um alvo militar legítimo, pelo que, nos termos do art. 51.º, n.º 2 do Protocolo I e do art. 13.º, n.º 2 do Protocolo II, os atos de terrorismo ilegais envolvem atos ou ameaças de violência dirigidos contra a população civil – esta é a posição assumida por diversas autoridades, nomeadamente pelo TPIJ, onde a Câmara de Julgamento sustentou concretamente que o crime de terror incluía ataques ou ameaças indiscriminadas ou desproporcionais⁹⁹.

Não obstante, ainda que no seio de um conflito armado, ataques terroristas perpetrados contra civis ou não participantes nas hostilidades serão sempre ilícitos, violando vários princípios fundamentais, desde logo, o princípio da distinção entre combatentes e não combatentes previsto no art. 48.º do Protocolo I, o qual é motor de

⁹⁴ Este artigo abrange as pessoas protegidas, nomeadamente indivíduos nas mãos de uma Parte em conflito da qual não são nacionais. Por sua vez, os arts. 51.º, n.º 2 e 13.º, n.º 2 do Protocolo Adicional II protegem a população civil enquanto tal, constituída por todas as pessoas que não são elementos das forças armadas.

⁹⁵ Comentário do Comité Internacional da Cruz Vermelha sobre a IV Convenção de Genebra.

⁹⁶ Arnold, 2004.

⁹⁷ Art. 51.º do Protocolo Adicional I.

⁹⁸ Neste sentido vai também o entendimento de Kalshoven: “(...) attacks [on military objectives] will normally be regarded as having served first and foremost, if not exclusively the definite military purpose of gaining a distinct military advantage. In this respect, they are the exact opposite of attacks on the civilian population” (Registos Oficiais da Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e Desenvolvimento do DIH Aplicável nos Conflitos Armados, vol. XIV, 65, Genebra, 1974-1977).

⁹⁹ Jodoin, 2007. Veja-se, a este propósito, *Procurador vs. Galic*, Proc. n.º IT-98-29-T, Sentença, 5 dezembro de 2003.

várias proibições de atos de terrorismo no DIH, indo integralmente contra a própria noção de guerra limitada no coração do DIH, isto é, o uso da força limitado ao que é cabalmente necessário em prol dos objetivos militares¹⁰⁰.

Obviamente que, neste plano, o foco são as vítimas, e não o agente ou as suas motivações e, pese embora o DIH proíba absolutamente o manuseio de táticas terroristas contra civis ou não combatentes, não o subscreve contra os combatentes. O plano das vítimas integra-se na compreensão clássica daquele que é o principal objetivo do DIH: a atenuação do sofrimento provocado pela condução das hostilidades, sem banir a capacidade das Partes de assegurarem a vitória no conflito – “Os beligerantes não devem infligir danos aos seus adversários desproporcionados com o objetivo da guerra, que é destruir ou enfraquecer a força militar do inimigo”. O DIH não indaga sobre a legalidade do uso da força, mas antes inquieta-se com a atenuação e minimização das suas consequências – “Não pretendendo que eu possa pôr fim ao flagelo da guerra, o direito humanitário visa atenuar a dureza desnecessária da guerra”¹⁰¹.

Com efeito, os atos terroristas violam vários princípios fundamentais de DIH, e tal forma de terrorismo coloca efetivamente em causa dois conceitos do núcleo essencial do DIH, nomeadamente a separação do *jus ad bellum* [lei que procura regular o recurso à força nas relações internacionais] e *jus in bello* [DIH].

Um real e significativo desenvolvimento no DIC foi a definição do crime de agressão, adotada na Conferência de Kampala, em 2015, pela primeira vez impondo a responsabilidade criminal pelo uso da força ilícito, num sistema de justiça penal permanente. Está em causa, tal como refere o n.º 2 do art. 8.º bis do ETPI, “o uso da força armada de um Estado, contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, ou de qualquer forma incompatível com a Carta das Nações Unidas. Independentemente da existência ou não de uma declaração de guerra, em conformidade com a Resolução n.º 3314 (XXIX) da AGNU, de 14 de dezembro de 1974”.

Há, no entanto, várias implicações a ter em conta, desde logo o facto de o TPI apenas poder exercer a sua jurisdição em relação aos crimes cometidos um ano após as alterações terem sido aceites ou ratificadas por trinta Estados Partes, sob a reserva de uma decisão a ser tomada após 1 de janeiro de 2017, pela maioria de Estados Partes que aquela que é exigida, de ativar a jurisdição do TPI [art. 15.º bis e 15.º ter, n.º s 2 e 3

¹⁰⁰ Oeter, 1999.

¹⁰¹ Pictet, 1985.

ETPI¹⁰²] – Mary Ellen O’Connel e Mirakmal Niyazmatov qualificaram este processo como “bizantino”¹⁰³.

Ao nível conceptual, a ofensa que é o terrorismo representa uma tentativa de regressar à teoria da guerra justa e acabar com a distinção entre o *jus ad bellum* e o *jus in bello*. Muitos foram os terroristas, e também juristas e filósofos, que tentaram justificar o cometimento de atos terroristas contra civis fundando tal prática na legitimidade moral subjacente¹⁰⁴, o que se deve claramente ao conflito com a qualificação dos *freedom fighters*, apresentando-se tais ações como legítimas e justificando-se o terrorismo quando cometido pelas “razões certas” [a morte de civis inocentes justificada por uma causa maior]. Como resume Duggard, “O terrorista moderno vê-se a si próprio envolvido numa guerra justa em que o direito e a justiça estão exclusivamente do seu lado e é absolvido das habituais restrições ao uso da violência empregada na sua luta”¹⁰⁵.

De facto, o terrorismo desafia não só todos os limites estabelecidos, como também todos os motivos humanitários e não políticos que subjazem às regulações do conflito armado, uma vez que demonstra inequivocamente que, por vezes, não há limites à condução das hostilidades, nomeadamente no que diz respeito à proteção de civis na ocorrência de uma guerra. Neste sentido, o terrorismo entra consecutivamente em conflito com o DIH e com as normas que regulam um conflito armado, uma vez que carrega uma noção de guerra moral diferente, pesada, que nos conduz indubitavelmente a um conceito de guerra total¹⁰⁶.

Além do argumento avançado pelos terroristas de que os fins justificam os meios, também existe a mobilização da justificação do terrorismo ao abrigo da rejeição da inocência e neutralidade implícita no DIH. Muitas vezes, os terroristas que visam não combatentes justificam tais ações pela não inocência destes, na medida em que partilham a responsabilidade nas ações dos grupos a que pertencem [substituição de uma inocência tradicional por uma noção de responsabilidade coletiva, nomeadamente subjacente à mensagem de vídeo deixada por Osama Bin Laden ao público americano].

¹⁰² Estes dois artigos constituem os procedimentos segundo os quais o Tribunal pode exercer a sua jurisdição, prevendo o art. 15.º bis a submissão dos Estados ao Estatuto, bem como a exigência de o crime ter de ser cometido pelos nacionais ou no território de um Estado Parte. Por outro lado, prevê ainda o impulso processual por parte do Procurador, o qual se certifica primeiramente de que o CS verificou a existência da prática de um ato de agressão pelo Estado visado. Em caso afirmativo, o Procurador poderá abrir um inquérito em relação ao crime de agressão, desde que a Secção de Instrução tenha autorizado tal abertura, segundo o procedimento previsto no art. 15.º, e salvo decisão em contrário do CS, em conformidade com o art. 16.º. Isto sem esquecer que o Procurador terá de notificar o Secretário-Geral das Nações Unidas do caso levado a tribunal, bem como de quaisquer informações ou documentos pertinentes. Por sua vez, ao estabelecer-se a possibilidade de submissão do CS, o TPI será competente para julgar crimes de agressão, independentemente de o Estado ter aceite a sua jurisdição. Embora a AGNU apenas possa emitir recomendações, sem força vinculativa, confirmam o poder do CS – nos termos do art. 19.º da Carta das Nações Unidas, o CS tem o poder exclusivo para determinar a existência de ato de agressão.

¹⁰³ O’Connel & Niyazmatov, 2012.

¹⁰⁴ Held, 2004.

¹⁰⁵ Duggard, 2004

¹⁰⁶ Jodoin, 2007.

Tal argumento implica a própria negação da distinção entre combatentes e não combatentes, quando, sem sombra de dúvida, o DIH impõe que não se inflija danos desproporcionados aos adversários, pois o objeto do conflito armado é destruir ou enfraquecer a força militar inimiga, o que implica a necessária reivindicação da neutralidade ou inocência daqueles que não são participantes nas hostilidades¹⁰⁷.

Ao desprezarmos a noção de inocência e considerarmos todos os cidadãos como coagentes do Estado, igualmente responsáveis¹⁰⁸ pelas suas ações políticas, finda-se qualquer distinção entre o Estado e os seus nacionais no domínio internacional, o que coloca em causa vários princípios subjacentes ao DIH, como o princípio da autonomia individual, bem como a própria estruturação da ordem jurídica internacional. Neste sentido, a proibição do terrorismo no âmbito do DIH aparenta fazer parte, quer da “Lei de Haia”, quer da “Lei de Genebra”, na medida em que, relativamente ao primeiro conceito, os arts. 51.º e 13.º dos Protocolos I e II estabelecem, respetivamente, a proteção da população civil contra os efeitos das operações militares e atos individuais de hostilidade. Já no que concerne ao segundo, o art. 33.º da IV Convenção de Genebra e a alínea d) do n.º 2 do art. 4.º do Protocolo II notam a proteção da população civil ou de indivíduos sob o controlo do adversário contra atos violentos ou arbitrários¹⁰⁹.

Nos termos da distinção mais convencional destes conceitos, a proibição do terrorismo dirá sobretudo respeito à “Lei de Genebra”, na medida em que se versa mais propriamente sobre a proteção devida aos não combatentes no seio de um conflito armado do que sobre o uso lícito ou ilícito da violência terrorista como um método de guerra. De qualquer forma, esta distinção não está claramente estabelecida¹¹⁰.

VIII. Efeitos jurídicos da qualificação do terrorismo como CCH

Os CCH presenteiam-nos com a descrição precisa das ocorrências na data de 11 de setembro de 2001¹¹¹, ainda que a magnitude e a versatilidade do conceito de terror possam ser incapazes de ser abordadas no direito internacional. Ao serem identificados como esta categoria de crimes, os atos como os desta fatídica data devem envolver toda

¹⁰⁷ Held, 2004.

¹⁰⁸ O art. 33.º da IV Convenção de Genebra deriva do art. 50.º do Regulamento de Haia de 1907 e prevê que nenhuma penalização geral será infligida à população em razão de atos de indivíduos pelos quais não possam ser considerados como conjunta e solidariamente responsáveis.

¹⁰⁹ Gasser, 2002.

¹¹⁰ McCoubrey, 1998.

¹¹¹ A lei belga de 10 de fevereiro de 1999 veio modificar a lei de 16 de junho de 1993, ao abrigo da qual foi apresentado um processo contra o Primeiro Ministro de Israel, devido à sua responsabilidade nos massacres de Sabra e Chatila, em 1982, e onde podemos vislumbrar que não só condena os homicídios e outros crimes como CCH, como também aqueles que “projetam, seguram ou transportam um instrumento ou construção existente (...) com o objetivo de transportar tais crimes” – o uso de aviões como instrumento de homicídio em massa, tal como ocorreu em 11 de setembro de 2001, não poderia ser melhor descrito.

a Humanidade, isto é, envolver a preocupação de todos os indivíduos do mundo, pelo que todos os governos devem cooperar em prol da investigação e para a determinação e captura dos culpados, o que não acontece ao abrigo de “terrorismo”¹¹².

Sem dúvida que os elementos dos CCH poderão ser compatíveis com os atos terroristas, existindo variada jurisprudência nesse sentido¹¹³. Podemos também constatar uma atividade crescente por parte do TPI, manifestando ser um órgão jurídico que pretende combater a impunidade, e é de salientar neste âmbito a posição do CS das Nações Unidas. Os limites à jurisdição do TPI são também o resultado de tensões jurídico-políticas subjacentes à relação do CS com a jurisdição complementar e, por outro lado, devem-se às formulações ambíguas de que é detentor o Estatuto, desde logo as expressões “crime de agressão” e “crime contra a humanidade”, o que já originou vários problemas interpretativos¹¹⁴. Nos termos da alínea b) do art. 13.º do ETPI, o CS pode submeter ao Procurador situações no âmbito do Capítulo VII, o que demonstra não se exigir, para tal, o consentimento do Estado onde os atos foram cometidos ou da nacionalidade daquele que os cometeu. Notórias foram as submissões do CS das situações ocorridas em Darfur, no Sudão, em 2005, e na Líbia, em 2011, pela existência de indícios do cometimento de crimes internacionais¹¹⁵. Neste sentido, pode vislumbrar-se a possibilidade de alargamento da jurisdição do TPI a Estados não Parte do Estatuto, constituindo uma “evolução na conformação da ordem pública internacional”¹¹⁶.

Não obstante, apesar de tais submissões serem consideradas históricas, nos termos do art. 16.º do ETPI, um inquérito poderá não ter início, ou poderá não prosseguir por um período de 12 meses, se assim pretender o CS, o que mostra que, por vezes, também o próprio CS poderá constituir um obstáculo, pois tem inclusive a possibilidade de renovar tal pedido. Este mecanismo origina várias críticas, assentes no facto de tal possibilidade poder “minar a independência do Tribunal”. Jorge Bacelar Gouveia refere-se a este mecanismo como “esdrúxulo” e diz que “É muito difícil aceitar a interferência de um órgão político no coração do exercício do poder público de uma instância que se quer jurisdicional, numa intervenção que, além do mais, não só pode acontecer em

¹¹² Mallat, 2002.

¹¹³ No caso Sobrenica, o TPIJ caracterizou “os crimes de terror e a transferência forçada da mulher, crianças e idosos em Potocari como constituindo crimes contra a humanidade” (*Prosecutor v. Kvočka*, TC Judgement, IT-98-33, 2 de agosto de 2001).

¹¹⁴ Veja-se o art. 21.º do ETPI, o qual estabelece as bases do direito aplicável.

¹¹⁵ Atente-se a Resolução 1970 (2011), a qual submete a situação ocorrida na Líbia, mencionando ataques generalizados e sistemáticos perpetrados contra a população civil desse mesmo Estado, que podem constituir CCH. Por sua vez, a Resolução 1593 (2005) submete a situação em Darfur ao TPI, não especificando os possíveis crimes internacionais em causa. No entanto, o CS refere na aludida Resolução que tomou nota do Relatório da International Commission of Inquiry on Darfur – comissão estabelecida por Kofi Annan, antigo Secretário-Geral das Nações Unidas, assente na Resolução 1564 (2004), com o mandato para investigar denúncias de violações do DIDH e do DIH na região que considera poder constituir tais atos crimes de guerra e CCH (U.N. Doc. S/2005/60).

¹¹⁶ Kowalski, 2011.

qualquer momento processual como pode inclusivamente repetir-se, se bem que tenha a favor a sua temporariedade e o contexto adstringente do Capítulo VII da CNU”¹¹⁷.

O TPI poderá efetivamente exercer a sua jurisdição, nomeadamente para evitar a impunidade e reafirmar a validade da sua jurisdição para a condenação de atos terroristas. É então notório o papel do CS das Nações Unidas na jurisdição do TPI, onde a comunidade internacional poderá apelar a que este órgão remeta a questão ao TPI em prol de uma solução eficaz e expedita, pelo que como resposta a tais situações, a decisão do CS poderá ser a base para o estabelecimento de jurisdição no âmbito do TPI. Neste sentido, o ETPI é aplicável para o processamento individual dos perpetradores de atos terroristas sob o título de CCH, onde para a concretização de tal objetivo será necessária a referência a específicos atos terroristas.

Os Estados não têm jurisdição universal para o processamento dos atos terroristas, uma vez que não existe uma definição universal. Existem, no entanto, concretos atos terroristas para os quais o Direito Internacional previu determinados tratados internacionais que geram obrigações, como é o caso do princípio *de aut dedere aut judicare* e mesmo o exercício do princípio da jurisdição universal. A prática de atos terroristas, enquanto proibição imperativa [proibição de *jus cogens*], contrapõe a obrigação *erga omnes* dos Estados em prevenir e punir a concretização destes atentados. Existem vários tratados a prever a possibilidade de exercício da jurisdição universal¹¹⁸, nomeadamente no domínio do DIH, para os crimes de guerra, para aqueles que concretamente são classificados como atos terroristas, ou onde consequências humanas sejam expressas. Para os crimes de guerra, as Convenções de Genebra consagram a regra *aut dedere, aut judicare*, impendendo sobre os Estados o dever de julgar os responsáveis por tais crimes, ou, perante essa impossibilidade, extraditar, conduzindo o julgamento para outro Estado ou para o TPI. Note-se que tal obrigação se encontra à disposição, e é corolário do princípio da jurisdição universal, o que se justifica pelo interesse da comunidade internacional na proteção dos valores violados com a punição dos responsáveis pelos tipos de crimes em causa.

O mesmo não se encontra previsto para os CCH ou para o genocídio. Contudo, poderão os atos terroristas qualificar-se para a jurisdição universal, sem a necessária exigência de referência convencional ao exercício da jurisdição universal para cada caso. Isto, na medida em que, embora as várias Convenções não mencionem especificamente o princípio da jurisdição universal, pode retirar-se dos seus textos a imposição do

¹¹⁷ Gouveia, 2013.

¹¹⁸ Existem concretos atos terroristas para os quais o DIC tem vindo a prever específicos tratados internacionais que originam obrigações, incluindo o princípio *aut dedere aut judicare*, e mesmo o exercício do seu princípio da jurisdição universal. Por conseguinte, tem servido também de *ratio decidendi* para inúmeras normas nacionais e processos judiciais.

princípio *aut dedere aut judicare*, a preferência pela jurisdição territorial quanto à prática do crime, à nacionalidade do autor ou ao local da sua detenção, e a referência a qualquer outra jurisdição penal – não está em causa o direito do Estado à jurisdição universal, mas antes a obrigação de julgar ou extraditar mesmo que tal não esteja formalmente estabelecido, o que constitui uma vantagem ao considerarmos os atos terroristas enquanto CCH, ainda que as consequências do próprio terrorismo possam constituir outros crimes¹¹⁹.

Isto é também coerente com algumas Resoluções do CS, desde logo a Resolução 1373 (2001), a qual incorpora o princípio *aut dedere aut judicare*, determinando a obrigação dos Estados de “assegurar que qualquer pessoa que participe no financiamento, planeamento, preparação ou perpetração de atos terroristas ou no apoio a atos terroristas seja apresentada à justiça”¹²⁰. Estamos a falar de um princípio geral que origina uma obrigação de resultado, sendo *judicare* entendido como ação penal. Embora seja verdade que a jurisdição universal não precisa de ser identificada com o princípio em causa, a ligação direta é inevitável e óbvia, tal como claramente afirma o Relatório sobre a Obrigação de Extraditar ou Julgar¹²¹ do relator especial das Nações Unidas, Zdzislaw Galicki, em 2006. Em suma, o princípio *aut dedere aut judicare* deriva do princípio da universalidade, pelo que implica uma implícita qualificação para o exercício da jurisdição universal.

Note-se, contudo, que tais Convenções internacionais apenas funcionam quando no âmbito dos atos terroristas em causa esteja um elemento transnacional¹²². Para que o princípio da universalidade possa funcionar para com as violações de normas de Direito Internacional, temos obviamente de estar perante graves infrações, ao abrigo das quais a norma seja específica, universal e obrigatória. Em contrapartida, os opositores a este princípio argumentam que não existe um consenso universal quanto aos crimes sob que deve impender. Ora, sendo certo relativamente a alguns crimes, quanto a outros há um consenso suficiente para justificar a jurisdição universal.

¹¹⁹ Newton, 2013.

¹²⁰ Neste sentido vão também as Resoluções 1456 (2003), 1566 (2004), e 1963 (2010), que especificam este princípio, e o art. 8.º da Convenção Internacional para a Repressão dos Atentados Terroristas à Bomba, de 1997.

¹²¹ Doc. A/CN.4/571, 7 de junho de 2006, legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_571.pdf.

¹²² Nos termos do art. 3.º da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, Resolução adotada pela AGNU, A/RES/55/25, “uma ofensa é transnacional se: (a) for cometida em mais do que um Estado; (b) for cometida num Estado mas uma parte substancial da sua preparação, planeamento, direção ou controlo tiver lugar noutro Estado; (c) for cometida num Estado, mas envolver um grupo criminoso organizado que se envolve em atividades criminosas em mais do que um Estado; ou (d) for cometida num Estado, mas tiver efeitos substanciais noutro Estado”.

IX. Conclusão

Conseguir-se-ia demonstrar a prioridade pela segurança internacional através da previsão de um crime internacional de terrorismo ao abrigo da jurisdição de um Tribunal Internacional. Contudo, mesmo com a exigência da gravidade inerente ao TPI, há uma tentação significativa para a utilização abusiva do conceito, já para não falar da ausência de consenso para estabelecer uma definição internacional e das dificuldades associadas ao facto de estarmos perante questões e informações sensíveis dos Estados, tal como os desafios probatório e processual, que podem comprometer a aspiração e intenção dos tribunais internacionais em, de forma justa e imparcial, fazer justiça. Na verdade, o debate em torno da definição é verdadeiramente político e académico, e não deve nesta altura impedir o reconhecimento por toda a comunidade internacional de que se trata de atos e políticas inaceitáveis, independentemente da “justiça” da causa em questão.

De facto, a comunidade internacional condena o terrorismo em geral, o qual é alvo de inúmeras operações policiais que reforçam as normas de direitos humanos que o DIC procura proteger. Desde os ataques de 11 de setembro de 2001 que o regime dos direitos humanos ficou vulnerável às questões de segurança, liberdade de expressão, proteção, privacidade e julgamento justo. Porém, ao invés de elevarmos as normas de direitos humanos para os casos de terrorismo, sobrecarregou-se o DIC com desafios processuais e probatórios. Além do mais, mesmo o Tribunal Internacional protegendo plenamente os direitos do acusado, a sua legitimidade será sempre questionada se as acusações forem vistas como seletivas, na medida em que favoreçam uma Parte num conflito ou uma região em detrimento da outra – as alegações de enviesamento seletivo têm perseguido o TPI desde o início, aquando da acusação de “justiça de vencedor” nivelada nos tribunais de Nuremberga e Tóquio, reivindicações que persistem nos dias de hoje¹²³. Muito provavelmente, tal tendência seria potenciada ao trazermos o terrorismo como crime internacional para o TPI. Neste sentido, o terrorismo com o estatuto de crime internacional potenciará a divulgação dos atrozes danos que o mesmo pode causar e a horrenda ameaça que representa para a estabilidade e paz internacionais. Em suma, ainda que a prossecução do terrorismo como um crime internacional possa promover o objetivo da justiça substantiva do DIC, poderá ao mesmo tempo enfraquecer a capacidade de o mesmo cumprir o seu compromisso com a legalidade.

O julgamento perante o TPI poderia ocorrer perante um painel diversificado de juízes, criando um veredito amplamente aceite, salientando que os atos cometidos são crimes internacionais condenados por todas as nações civilizadas e que, ainda que o terrorismo não constitua um claro e estabelecido crime internacional, é merecedor de

¹²³ Nomeadamente ataques ao TPI por visar o Estado Africano, ignorando, ao mesmo tempo, graves e semelhantes violações de direitos humanos perpetradas noutras regiões.

um tratamento semelhante aos CCH e aos crimes de genocídio processados perante o TPI.

Há duas vias de processar os atos terroristas ao nível do TPI. Na verdade, o corpo do Estatuto não necessita de alteração para englobar os atos de terrorismo, ainda que muitos outros aspetos mereçam reformulação e clarificação. São visíveis as várias semelhanças entre o terrorismo e os CCH, nomeadamente o facto de serem dos crimes mais horrendos perante toda a Humanidade, possuírem filosofias idênticas e exigirem um elevado grau de planeamento e estrutura, consubstanciando crimes que atentam contra a própria decência e dignidade humanas. Neste sentido, o art. 7.º ETPI pode constituir a base legal para o julgamento de atos terroristas, não havendo nexos causais com o conflito armado; e, mesmo não se tratando de um ataque generalizado ou sistemático, poderá ainda assim integrar esta categoria de crimes, uma vez que um só ato poderá constituir um CCH se, por exemplo, for produto de um sistema político assente no terror ou na perseguição, como já considerado, nomeadamente pelo TPIJ.

Vislumbram-se algumas vantagens na prossecução dos atos terroristas ao abrigo do art. 7.º ETPI, desde logo, este artigo, mais do que o direito consuetudinário vigente sobre CCH, não só constitui um instrumento inovador de repressão de atos terroristas, como é também uma alternativa às convenções antiterrorismo. Não se exige a existência de um conflito armado, pelo que ambas as categorias do terrorismo são abrangidas, e os atos podem ser perpetrados por qualquer indivíduo, quer com base numa política governamental, quer não governamental. Dispomos de um grande leque de vítimas, na medida em que a “população civil” inclui todos aqueles que não desempenham funções de combate de facto durante o ataque, independentemente da sua nacionalidade, pelo que, assim, para efeitos da noção de população civil, importa a função exercida, ao invés do estatuto que possuem, abarcando diplomatas, representantes do governo, prisioneiros de guerra, membros das forças armadas que estão doentes ou feridos, bem como civis comuns, inclusive da mesma nacionalidade que os perpetradores. Cumpre frisar que o crime de tortura não requer uma finalidade, tal como previsto pela Convenção da ONU sobre a Tortura de 1984, mas antes importam as fortes dores físicas ou psicológicas que são infligidas, como é comum no seio dos ataques terroristas, aplicando-se o art.7.º, n.º 1, f) ETPI. Nos dias de hoje, não é possível argumentar contra o facto de que a tortura, o genocídio ou o terrorismo constituem, de facto, agressões a uma vítima coletiva, a comunidade internacional, pelo que a responsabilização e criminalização não pode bastar-se ao território do Estado com jurisdição, à nacionalidade da vítima ou do agente dos factos, mas antes a todo o globo.

O Estatuto de Roma de 17 de julho de 1998, U.N. Doc. A/CONF. 183/9, vem no seu preâmbulo reforçar que “A afirmação dos crimes mais graves que preocupam a

comunidade internacional no seu conjunto não deve ficar impune e a sua perseguição penal efetiva deve ser assegurada pela adoção de medidas a nível nacional e pelo reforço da cooperação internacional”. O ETPI foi o primeiro tratado multilateral a incorporar os CCH como um todo, não tendo o propósito de alterar os princípios de Direito Internacional já estabelecidos. Como tal, embora mantendo o seu papel complementar às jurisdições nacionais, o TPI investigará e julgará os crimes considerados como mais graves pela comunidade internacional, e os CCH não deverão ser exceção¹²⁴.

Alguns tribunais nacionais, seguidamente ao Supremo Tribunal da Austrália, afirmaram que os CCH devem merecer jurisdição universal, reforçando que, nesta procura de punição destes crimes ao nível estadual, o princípio da universalidade deve primar sobre o princípio da territorialidade, uma vez que não diz apenas respeito à justiça nacional, mas também a “dar expressão ao sentido de justiça à comunidade das Nações, cujo sentido tinha mais profundamente chocado por tais crimes”¹²⁵. Neste sentido, existe uma proposta ao abrigo do consenso internacional para que qualquer Estado possa exercer controlo sobre os perpetradores de CCH, defendendo e prevalecendo assim os interesses morais da Humanidade, interesses estes comuns e pertencentes à ordem jurídica internacional. Não nos esqueçamos, porém, de que, num espírito de complementaridade, o ETPI só se mantém eficaz quando se mostra improvável ou está em causa a ausência de verdadeiro esforço para levar a questão com a merecida seriedade.

Cumprido, por fim, salientar o carácter imprescritível¹²⁶ dos CCH e, desde logo, dos crimes de terrorismo que sejam subsumíveis aos mesmos. Deste modo, diminui-se a possibilidade de impunidade dos responsáveis, sendo a justiça aplicável a todo o tempo – “Os crimes contra o Direito Internacional são cometidos por homens e não por entidades abstratas, e só através da punição dos indivíduos que cometem tais crimes podem as provisões do Direito Internacional ser reforçadas”¹²⁷.

¹²⁴ Raponi, 1999.

¹²⁵ Julgamento de Hans Albin Rauter, 14 L.R.T.W.C. 89, 109, sobre crimes de guerra ou análogos (1949). E ainda, *Polyukhovich v. Commonwealth of Australia and Another* (1991) 101 A.L.R. 545, 651, afirmando que os CCH deveriam estar ao abrigo da jurisdição universal.

¹²⁶ Foi consagrada a imprescritibilidade dos CCH na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos CCH, Resolução 2391 da Assembleia Geral, de 26 de novembro de 1968, linha de pensamento essa seguida pelo Estatuto de Roma, art. 29.º ETPI.

¹²⁷ Citação do Julgamento de Nuremberga n.º 33, 30 de setembro de 1946.

X. Bibliografia

- ALMEIDA, F. F. (2009). *Os crimes contra a humanidade no actual direito internacional penal*. Almedina.
- AMBOS, K. (2011). Amicus curiae brief submitted to the Appelas Chamber of the Special Tribunal for Lebanon the question of the applicable terrorism offence with a particular focus on "special" special intent and/or a special motive as additional subjective requirements. *Criminal Law Forum*.
- AREND, R. J. (1994). "Don't tread on us": International law and forcible state responses to terrorism. *Wisconsin Int'L L.J.*
- ARNOLD, R. (2004). *The ICC as a new instrument for repressing terrorism*. Ardsley, NY: Transnational Publishers.
- ASLAN, M. Y. (2005). The role of international law in the global war on terrorism. *Ankara Law Review*, no. 2.
- BASSIOUNI, M. C. (1992). *Crimes against humanity in international criminal law*. Martinus Nijhoff Publishers.
- BLAKESLEY, C. L. (2007). Ruminations on terrorism: Expiation and exposition. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, vol. 10, n.º 4, pp. 554-581.
- CASSESE, A. (2001). Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of international law. *EJIL*, vol. 4.
- CASSESE, A. (2002). *"Crimes against humanity" in the Rome statute of the International Criminal Court: A commentary*. Oxford Public International Law.
- CASSESE, A. (2003). *International criminal law*. Oxford University Press.
- CASSESE, A. (2013). *Cassese's international criminal law*, 3rd Edition. Oxford University Press.
- CASTO, W. R. (2006). The new federal common law of tort remedies for violations of international law. *Rutgers L. J.*, vol. 37.
- CHERTOFF, M. (2009). The responsibility to contain: Protecting sovereignty under international law. *Foreign Aff.*
- COCO, A. (2018). The universal duty to establish jurisdiction over, and investigate, crimes against humanity. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 16, pp. 751-774.
- CORREIA, M. I. (2017). *Terrorismo e crimes contra a humanidade*. Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito.
- CRYER, R. (2010). *An introduction to international criminal law procedure*. New York: Cambridge University Press.
- DOUGLAS R. BURGESS, J. (2006). Hostis humani generi: Piracy, terrorism and a new international law. *Miami Int'L & Comp. L. Rev.*
- DRUMBL, M. A. (2008). Transnational terrorist financing: Criminal and civil perspectives. *Ger. L.J.*
- DUGARD, J. (1973). Towards the definition of international terrorism. *AM. J. INT'L. L.*
- DUGARD, J. (2004). Terrorism and war. *Journal of Ethics*, vol. 8, no. 59.
- FALK, R. (1988). *Revolutionaries and functionaries: The dual face of terrorism*. E. P. Dutton.
- FERNÁNDEZ, F. V. (2011). *El terrorismo como crimen internacional*. Tirant Lo Blanch.

- FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, P. A. (2018). Universal jurisdiction and terrorism. *Groningen Journal of International Law*, vol. 6.
- FILLIPO, M. D. (2008). Terrorist crimes and international cooperation: Critical remarks on the definition and inclusion of terrorism in the category of international crimes. *Eur. J. Int'l L.*
- FRY, J. D. (2002). Terrorism as a crime against humanity and genocide: The backdoor to universal jurisdiction. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*.
- GALINGGING, R. (2010). Prosecuting acts of terrorism as crimes against humanity under the ICC Treaty. *IJIL*, vol. 7, no. 4.
- GASSER, H.-P. (2002). Acts of terror, "terrorism" and international humanitarian law. *International Review of the Red Cross*.
- GOUVEIA, J. B. (2013). *Manual de Direito Internacional Público*, 4.^a ed. Coimbra: Almedina.
- HAFETZ, J. (2015). Terrorism as an international crime? Mediating between justice and legality. In *Proceedings of the One Hundred Ninth Annual Meeting of the American Society Of International Law*.
- HELD, V. (2004). Terrorism and war. 8 *Journal of Ethics* 59.
- HEYMANN, P. B. (2003). *Terrorism, freedom, and security: Winning without war*. The MIT Press.
- HICKMAN, D. J. (2010). Terrorism as a violation of the "Law of nations": Finally overcoming the definitional problem. *Wisconsin International Law Journal*, vol. 29, n.º 3, pp. 447-483.
- HOFFMAN, B. (1998). *Inside terrorism*. Columbia University Press.
- JALLOH, C. C. (2013). *What makes a crime against humanity a crime against humanity*. *Am. U. Int'l L. Rev.*
- JODOIN, S. (2007). *Terrorism as a war crime*. Koninklijke Brill NV, Leiden.
- KALSHOVEN, F. (1983). "Guerrilla" and "terrorism" in internal armed conflict. *American University Law Review*, vol. 33.
- KIRSCH, P. (2001). *Terrorisme, crimes contre l'humanité et Cour Pénale Internationale*. Coalition pour la Cour Pénale Internationale.
- KITTICHAISAREE, K. (2001). *International criminal law*. Oxford University Press.
- KOWALSKI, M. (2011). O Tribunal Penal Internacional: Reflexões para um teste de resistência aos seus fundamentos. *e-journal of International Relations*.
- KRESS, C. (2004). On the outer limits of crimes against humanity: The concept of organization within the policy requirement: Some reflections of the march 2010 icc kenya decision. *Leiden J. Int'l L.*
- LAURSEN, A. (2006). *Changing international law to meet new challenges: Interpretation, modification and the use of force*. PhD Thesis. Florence: European University Institute.
- LEWANDOWSKI, E. R. (2005). O Tribunal Penal Internacional: De uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. Obtido de SciELO: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142002000200012>.
- MACRAE, C. (2001). *Terrorist attacks signal need for international court*. Inside Washington Publishers.

- MALLAT, C. (2002). The original sin: Terrorism or crime against humanity? *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 34, n.º 2.
- MCCOUBREY, H. (1998). *International humanitarian law: Modern developments in the limitation of warfare*, 2.^a ed. Brookfield: Ashgate Press.
- MELO, J. T. (2014). *A utilização dos veículos aéreos não tripulados (drones): Uma análise à luz do direito internacional penal*. Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito.
- MERON, T. (1996). The continuing role of costum in the formation of international humanitarian law. *Am. J. Int'l L.*
- MUCH, C. (2006). *The International Criminal Court (ICC) and terrorism as an international crime*. *Mich. St. J. Int'l L.*
- NEWTON, M. (2013). *Terrorist crimes and the aut dedere aut judicare obligation*. Cambridge University Press.
- O'CONNEL, M. E. & NIYAZMATOV, M. (2012). What is aggression? Comparing the Jus ad Bellum and the ICC Statute. *Journal of African and International Law*.
- OETER, S. (1999). *Methods and means of combat*. In D. Fleker. *The handbook of humanitarian law in armed conflicts*. Oxford: Oxford University Press.
- PAUST, J. J. (1977). Terrorism: A definitional focus. In *Terrorism: Interdisciplinary Perspectives*.
- PEJIC, J. (2004). Terrorist acts and groups: A role for international law? *Brit. Y.B. Int'L L.*
- PEREIRA, B. G. (2019). *Terrorismo internacional: A possibilidade de uma definição jurídica e a inserção na jurisdição do Tribunal Penal Internacional*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito.
- PICTET, J. (1985). *Development and principles of international humanitarian law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff.
- PROLUX, V.-J. (2004). Rethinking the jurisdiction of the International Criminal Court in the post-September 11th era: Should acts of terrorism qualify as crimes against humanity? *Am. U. Int'L L. Rev.*
- RAPONI, J. L. (1999). The protection of human rights through international criminal law: A conversation with Madam Justice Louise Arbor, Chief Prosecutor for the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda. *U.T. Fac. L. Rev.*, no. 83.
- ROBINSON, D. (1999). Defining "crimes against humanity" at the Rome Conference. *Am. J. Int'l L.*
- SANTOS, S. (2015). O Tribunal Penal Internacional e a construção de uma ordem pública internacional. *JANUS.NET e-journal of International Relations*, vol. 5, n.º 2, pp. 16-45.
- SAUL, B. (2011). *Defining terrorism in international law*. Oxford University Press.
- SCHAACK, B. V. (2008). Finding the tort of terrorism in international law. *REV. LiTIG.*
- SHESTACK, J. J. (1982). Private and State terror - Some preliminary observations. *Rutgers L.J.*, vol. 12.
- SIMPSON, R. J. (2003). Evaluating the role of the International Criminal Court as a legal response to terrorism. *Harv. Hum. Rts. J.*

- SPÍNOLA, L. M. & ROBICHEZ, J. (2020). A complexa definição de ato terrorista como crime contra a humanidade. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, vol. 65, pp. 149-176.
- STAHN, C. (2012). Libya, the International Criminal Court and complementarity: A test for "shared responsibility". *Journal of International Criminal Justice*.
- STAZGER, H. (2012). *International and European criminal law*. München, Oxford: Hart.
- STEGLICH, E. (2000). Hiding in the hulls: Attacking the practice of high seas murder of stowaways through expanded criminal jurisdiction. *Tex. L. Rev.*
- STRAUSS, D. M. (2009). Reaching out to the international community: Civil lawsuits as the common ground in the battle against terrorism. *Duke J. Comp. & Int'L L.*
- TRAPP, K. (2012). R. v. Mohammed Gul: Are you a terrorist if you support the Syrian insurgency? Retirado de "Blog of the European Journal of International Law": <https://www.ejiltalk.org/r-v-mohammed-gul-are-you-a-terrorist-if-you-support-the-syrian-insurgency/>.

Legislação Internacional:

Resoluções da ONU:

Resolução 2391 (1973)

Resolução 3103 (1973)

Resolução 3314 (1974)

Resolução 1368 (2001)

Resolução 1373 (2001)

Resolução 1456 (2003)

Resolução 1566 (2004)

Resolução 1593 (2005)

Resolução 1904 (2009)

Resolução 1963 (2010)

Resolução 1970 (2011)

Resolução 2249 (2015)

Convenção Europeia para a Supressão do Terrorismo

Convenção Árabe para a Supressão do Terrorismo

Regulamento de Haia (1907)

Convenção para a Prevenção e Repressão do Terrorismo (1937)

Relatório do Comité Ad Hoc sobre o Terrorismo Internacional, U.N. Doc. A/9028; GAOR, 28.^a Sessão, Sup. n.º 28 (1973)

Relatório do Sexto Comité das Nações Unidas, Item 142, Resolução 490, AGNU, Doc. A/49/743 (1994)

Convenção Internacional para a Repressão dos Atentados Terroristas Bombistas

Declaração sobre as medidas para eliminar o Terrorismo Internacional (AGNU)
Convenções de Genebra e Protocolos Adicionais

Jurisprudência:

Decisão da Divisão Criminal do Tribunal de Recurso do Reino Unido (Regina v. Mohammed Gul)

Decisão Interlocutória do Supremo Tribunal do Líbano

Decisão Interlocutória sobre a Lei Aplicável de 16 de fevereiro de 2011 da Câmara de Recursos do
Tribunal Especial do Líbano

Proc. n.º IT-95-2-R61 (1995)

Proc. n.º ICTR-96-3-T (1999)

Proc. n.º ICTR-95-1-T (1999)

Proc. n.º ICTR-96-13-T (2000), Ministério Público v. Alfred Musama

Proc. n.º IT-98-33 (2001), Procurador v. Kvočka

Proc. n.º IT-98-29-T (2003), Procurador v. Galic

Proc. n.º IT-94-1-A, Procurador v. Dusko Tadic

Proc. n.º ICC-09/09 (2010)

Abuso fiscal e escolha fiscal:
O caso particular das sociedades de prestação de serviços

Francisca Pinto Marabuto de Carvalho Tavares

Sob a orientação do Professor
Doutor Rui Duarte Morais

Agradecimentos

À minha família, pelo incentivo permanente e pelo apoio sem reservas.

Ao António, pelo seu olhar sobre a vida.

Aos meus amigos, os de sempre e os que a Universidade me deu.

Ao Professor Doutor Rui Duarte Morais, pela bondade em partilhar a sua sabedoria.

À Morais Leitão, uma segunda casa tão prestigiada. Ao Dr. António Lobo Xavier e à Dr.^a Inês Pinto Leite, pelo seu raro talento e por todo o carinho refletido em exigência e desafio constantes, total disponibilidade e ajuda sem medida.

Resumo

A presente dissertação estuda a Cláusula Geral Anti Abuso consagrada na lei fiscal portuguesa. Em particular, pretendemos analisar a aplicabilidade desta cláusula aos casos de escolha fiscal concedidos expressamente pelo legislador aos sujeitos passivos, com especial enfoque na liberdade de escolha da forma jurídica associada à prestação de serviços.

Palavras-chave: Cláusula Geral Anti Abuso; elisão fiscal; escolha fiscal; liberdade de prestação de serviços.

Abstract

This dissertation studies the General Anti-Abuse Clause enshrined in Portuguese tax law. In particular, it analyses the applicability of this clause to cases of tax choice expressly granted by the legislator to taxpayers, with a special focus on the freedom to choose the legal form associated with the provision of services.

Keywords: General Anti-Abuse Clause; tax avoidance; tax choice; freedom to provide services.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
AO	<i>Abgabenordnung</i> (Código Fiscal Alemão)
AT	Autoridade Tributária e Aduaneira
BFH	<i>Bundesfinanzhof</i> (Tribunal Fiscal Alemão)
CAAD	Centro de Arbitragem Administrativa
Cf.	Conferir
CGAA	Cláusula Geral Anti Abuso
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CPT	Código de Processo Tributário
Ed.	Edição
I.e.	Isto é
IDEFF	Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal
IMT	Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis
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
N.º	Número
N.ºs	Números
OE	Orçamento do Estado
Op. Cit.	<i>Opere citato</i> : na obra citada
p.	Página
pp.	Páginas
PIV	Pedido de Informação Vinculativa
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRP	Tribunal da Relação do Porto
TCAS	Tribunal Central Administrativo Sul
UE	União Europeia
Vd.	Ver
Vol.	Volume

Índice

Introdução	6
I. O sistema de tributação de rendimentos em Portugal: suas características e racionalidade	6
II. Os princípios da Constituição fiscal e as pessoas	8
a. O princípio da igualdade tributária	9
b. O princípio da legalidade tributária	9
III. Os mecanismos anti abuso	11
a. A CGAA	12
b. O elemento teleológico da CGAA	16
IV. Os casos de escolha fiscal assegurada diretamente pelo legislador	20
a. A tributação das mais-valias obtidas decorrentes da venda de ações	21
b. A renúncia às isenções incompletas de IVA	24
c. A escolha resultante do sistema de tributação de rendimentos português	26
V. O caso particular das sociedades de prestação de serviços	27
a. A liberdade de escolha da forma jurídica	27
b. O sistema e a distribuição de lucros	29
c. A transparência fiscal	31
d. A utilização “oculta” de bens sociais e a sua tributação	34
VI. Conclusão	36
VII. Referências bibliográficas	38
VIII. Jurisprudência	40

Introdução

O presente trabalho resulta de um caso particular com o qual contactámos de forma aprofundada no âmbito profissional, e que consiste na análise da possível aplicação da CGAA às sociedades de prestação de serviços.

A CGAA, prevista no n.º 2 do artigo 38.º da LGT, foi pensada pelo nosso legislador como um meio de combate ao planeamento fiscal ilegítimo. Pese embora o seu propósito seja o de garantir o cumprimento do princípio da igualdade na repartição da carga tributária e na prossecução da satisfação das necessidades financeiras do Estado e de outras entidades públicas, é inevitável reconhecer que a sua aplicação pode conduzir a resultados que contrariam a previsibilidade e a segurança na esfera jurídica dos sujeitos passivos.

Nesta dissertação, começaremos por distinguir o sistema de tributação de rendimentos em Portugal, atendendo às suas características e racionalidade. Passaremos, depois, para os princípios constitucionais ligados à CGAA, incidindo especialmente sobre os princípios da igualdade e da legalidade classicamente entendidos. De seguida, abordaremos a CGAA na perspectiva dos seus limites e fronteiras. Posteriormente, faremos alusão a vários casos de escolha fiscal assegurada diretamente pelo legislador. E, por fim, alcançaremos aquele que é o nosso fito: as sociedades destinadas ao exercício profissional de certas atividades. Neste capítulo, colocaremos o âmago na discussão sobre se o simples facto de uma sociedade comercial ficar sujeita a tributação em sede de IRC a uma taxa inferior àquela que é aplicada em sede de IRS deve ser considerado, de forma automática e irremediável, abusivo.

Que seja do nosso conhecimento, existem apenas dois casos jurisprudenciais em Portugal que versam sobre este tema, nos quais estamos diretamente envolvidos, pelo que sobre eles não nos poderemos pronunciar em detalhe.

I. O sistema de tributação de rendimentos em Portugal: suas características e racionalidade

Em Portugal, os impostos sobre o rendimento incidem sobre as pessoas coletivas (IRC) e sobre as pessoas singulares (IRS). As primeiras são contribuintes *sui generis* face aos indivíduos: é sobre estes que impendem os deveres fundamentais ou os custos *lato sensu* da existência e funcionamento da comunidade¹.

Por um lado, o IRC desencadeia uma tributação a uma taxa estatutária (taxa de 21% acrescida das derramas estadual e municipal)²; por outro, do IRS decorre uma tributação por aplicação (entre outras regras) da tabela de taxas progressivas e, ainda, da taxa adicional de solidariedade, que pode atingir uma taxa efetiva de 53%. Na verdade, a nossa Constituição não

¹ Vd. Nabais, 2003, pp. 737-792.

² No IRC “é dominante o objectivo da promoção do investimento e do crescimento económico, justificando taxas tendencialmente proporcionais e moderadas” (Machado & Nogueira da Costa, 2012, p. 171). Os lucros das sociedades estão ao serviço da comunidade; trata-se de um estímulo para que as sociedades reinvestam ativa e não passivamente.

exige uma tributação sobre o rendimento das sociedades³. O que se prevê no n.º 2 do artigo 104.º é que, se existir, essa incida sobre o rendimento real. No fundo, a tributação sobre o rendimento das sociedades é uma opção do legislador⁴.

Por princípio, os lucros distribuídos por uma sociedade aos sócios estão sujeitos a dois níveis de tributação: o da sociedade que os distribui e, depois, o do sócio. O problema da dupla tributação dos lucros distribuídos tem vindo a ser muito discutido e várias têm sido as respostas apresentadas. Temos, entre elas, os sistemas da integração e da separação.

Até à data, a integração – que “só poderá ser alcançada através da atribuição aos sócios dos rendimentos obtidos ao nível da sociedade, quer tenham ou não sido distribuídos, e da tributação desses rendimentos de acordo com as taxas aplicáveis aos rendimentos dos vários sócios”⁵ – não foi adotada por qualquer sistema fiscal, devido à complexidade e aos elevados custos administrativos associados. O nosso legislador optou, nesta linha, pela separação: tributa, em separado, as sociedades e os sócios. Compreende-se que assim o tenha feito por três ordens de razão.

Em primeiro lugar, para evitar lacunas na tributação do rendimento. É exemplo clássico o das “sociedades-mealheiro”: casos há muitos em que é constituída uma sociedade comercial, mantida por gerações, sem qualquer distribuição de lucros. Na hipótese de não existir a tributação do rendimento das sociedades, sobre esses lucros – que, no limite, poderiam nunca vir a ser distribuídos e, em consequência, tributados na esfera dos sócios (IRS) –, não incidiria qualquer tributação.

Em segundo lugar, é de notar a internacionalização das sociedades decorrente da globalização económica. É cada vez mais frequente os sócios, individuais ou coletivos, não residirem na mesma jurisdição em que a sociedade tem a sua sede/direção efetiva. Considerando que o nosso sistema fiscal tributa preferencialmente os residentes em Portugal, optar-se pela tributação integrada do rendimento das sociedades na esfera dos sócios conduziria à impossibilidade de tributação de parte significativa do rendimento empresarial⁶.

Por fim, atualmente, as sociedades são insubstituíveis para o sistema de liquidação e cobrança da generalidade dos impostos. A sua *aparelhagem*, composta por importantes e onerosos meios humanos, materiais e financeiros afetos à realização das tarefas que o sistema de *outsourcing* na administração dos impostos implica, facilita em larga medida a coleta de impostos das pessoas singulares.

Assim, o nosso legislador optou por tributar o lucro das sociedades, num primeiro plano, i.e., quando é auferido, em IRC, a uma taxa estatutária de 21% e, num segundo plano, i.e., no momento da sua distribuição aos sócios pessoas singulares, em IRS, a uma taxa de 28%.

É inquestionável que, analisadas de forma autónoma as taxas de IRC e de IRS, a primeira

³ Vd. Nabais, 2003.

⁴ Vd. Basto, 1978, pp. 322 e ss.; Fernandes, 2010, pp. 287 e ss.

⁵ Vd. Teixeira, 2003, pp. 297 a 303.

⁶ Morais, 2007, p. 7.

é inferior. Contudo, é “necessária [uma] articulação entre IRS e IRC”⁷, pois o legislador optou por separar, “para integrar”. Intrinsecamente, a tributação das pessoas coletivas visa tão-só antecipar a tributação das pessoas singulares, pelo que os rendimentos obtidos por uma sociedade apenas são tributados a uma taxa tendencialmente mais baixa enquanto não forem disponibilizados aos respetivos sócios, i.e., enquanto se mantiverem exclusivamente afetos à organização societária. Se os sócios quiserem dispor daqueles rendimentos, terão de os sujeitar a IRS. E a soma ponderada das taxas dos dois impostos, aplicados nas diferentes esferas jurídicas, tende para a indiferença, para a neutralidade.

II. Os princípios da Constituição fiscal e as pessoas

Nos artigos 103.º e 104.º, a CRP procura recortar os traços fundamentais do sistema fiscal. Começa por consagrar os fins do sistema: satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas; e repartição justa dos rendimentos e da riqueza. Passa depois para o princípio da reserva de lei em matéria tributária e, de seguida, para a definição da estrutura básica do sistema: tributação do rendimento dos indivíduos e das sociedades, do património e do consumo.

Para além das normas constitucionais que tratam especificamente do sistema fiscal, este deve ser entendido e estruturado mediante referência aos valores, princípios e regras da ordem constitucional livre e democrática, os quais se impõem aos poderes públicos, em particular à AT e aos Tribunais, que devem velar pela sua aplicabilidade direta na realização do interesse geral e na defesa dos direitos fundamentais dos particulares⁸. Por um lado, esses princípios cumprem uma função positiva – influência que exercem sobre as decisões adotadas; por outro, uma função negativa – conduzem à eliminação de normas e tipos de atuação que se mostrem contrários aos valores da justiça e da igualdade.

Os princípios da justiça tributária – igualdade, proporcionalidade, razoabilidade, imparcialidade, equidade – são especialmente aplicáveis no domínio dos atos praticados no exercício de poderes discricionários. São limites intrínsecos que devem nortear a AT no exercício desse poder, sob pena de esta incorrer em atuações ilegais. O princípio da legalidade, na sua dimensão de princípio da tipicidade, é, por seu turno, um dos mais importantes princípios gerais de direito aplicáveis à AT.

O princípio da igualdade tributária

O artigo 13.º da CRP estabelece o princípio da igualdade. A vertente da igualdade tributária – entendida hoje como igualdade material, pois considera não apenas a capacidade contributiva (rendimento, património e consumo) e o rendimento real, como também critérios

⁷ Cf. Preâmbulo do Código do IRC de 1988.

⁸ Vd. Sousa, 2013, p. 79.

de justiça e de igualdade substancial –, tem como expressão a obrigação universal de todos os cidadãos se encontrarem adstritos ao pagamento de impostos, impondo um tratamento igual ou diferenciado dos contribuintes, consoante estes se situem, ou não, no mesmo escalão de rendimento (*igualdade horizontal* ou *vertical*, respetivamente).

Este princípio tem como corolário a proibição do arbítrio, também relacionada com a segurança jurídica e a proporcionalidade, podendo ser mobilizado quando a tributação se baseia em normas conceitualmente indeterminadas ou extremamente complexas, de administração onerosa, difícil e imprevisível, geradoras de desigualdades significativas na sua aplicação⁹, como é o caso da CGAA.

O princípio da legalidade tributária

O contexto geral de interpretação das normas tributárias é o do artigo 9.º do Código Civil, que constitui a norma matriz a partir da qual irradiam, para todo o direito português, as “regras e princípios gerais de interpretação e aplicação das leis”. Segundo o n.º 1, a interpretação não tem de se cingir à letra da lei, devendo “reconstituir o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada”.

Porém, não só essa *reconstituição* deve ser sempre feita “a partir dos textos”, ainda nos termos do n.º 1, como “[n]ão pode (...) ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso” (n.º 2). Isto porque, “[n]a fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados” (n.º 3). Ou seja, que “soube exprimir o seu pensamento” na letra da lei.

Do sobredito artigo 9.º resulta, assim, que não se pode dar à letra da lei uma função hermenêutica automática. O conteúdo literal da norma não deve prender absolutamente a interpretação. As normas têm uma racionalidade operativa imanente que deve ser percebida *para lá* daquilo que está escrito.

Mas do artigo decorre também que a interpretação deve ser realizada *a partir* do elemento literal. Não pode ser reconhecida a uma norma qualquer racionalidade que transcenda a linguagem, que não tenha um apoio minimamente discernível no tecido lógico-textual da lei. A letra é o principal referente da interpretação, o guia principal – e o único inamovível – da pesquisa do espírito do legislador¹⁰.

Este enquadramento geral do direito português tem uma tradução ainda mais rigorosa e apertada no direito fiscal, o que se percebe tendo em conta a necessidade de salvaguardar os

⁹ Vd. Machado & Nogueira da Costa, 2012.

¹⁰ Campos, Silva Rodrigues & Lopes de Sousa, 2012, pp. 363-364.

direitos dos particulares perante o poder soberano de criar e cobrar tributos.

Com efeito, o princípio da legalidade tem uma dimensão de *reserva de lei*: os impostos, *na sua instituição, incidência e medida*, só podem ser objeto de lei (da Assembleia da República) ou de decreto-lei (do Governo) devidamente autorizado pela instituição parlamentar¹¹. E tem igualmente uma dimensão de *tipicidade*: ninguém pode ser obrigado a pagar impostos sobre factos da vida que não estejam nomeados com clareza nas normas de incidência (artigo 103.º, n.ºs 2 e 3, da CRP).

Se assim não fosse – isto é, se a tributação se bastasse com a mera exigência de lei formal, deixando-se em aberto um espaço para a atuação arbitrária da AT –, “poderia colidir[-se] com a liberdade económica dos cidadãos e das empresas. (...) proíbe-se o abuso das formas jurídicas pelos poderes públicos tributários, prevalecendo a lei sobre a mera necessidade de arrecadação de receitas tributárias, salvaguardando-se então a confiança dos contribuintes”¹².

Assim, qualquer interpretação de uma norma de incidência tributária que alargue o âmbito de aplicação para lá do que decorre com evidência do elemento literal será inconstitucional.

III. Os mecanismos anti abuso

A globalização, o desenvolvimento das relações económicas, a eliminação de obstáculos à liberdade de circulação de pessoas e capitais e a facilidade das comunicações são fatores que fomentam “a sofisticação e agressividade da parte do contribuinte a desenvolverem técnicas legais e ilegais de tirar proveito das fraquezas dos sistemas fiscais nacionais”¹³.

A lei, por respeito à autonomia privada e à liberdade de gestão fiscal que assiste aos contribuintes, não coloca em causa as suas escolhas, contanto que as mesmas “sejam certas (não se prestem a equívocos por existir uma perfeita identidade entre o conteúdo e a forma), normais (correspondam a uma das formas jurídicas de utilização comum e vulgar para prosseguir determinado objectivo) e sem intenção (que a tal escolha não presida, apenas ou essencialmente, uma motivação de economia fiscal)”¹⁴.

De modo a combater o risco de evasão fiscal¹⁵, muitas legislações fiscais incluem mecanismos anti abuso, os quais envolvem, em abstrato, dois patamares. No primeiro, determina-se se o formato em questão gera uma vantagem fiscal. O segundo tem que ver com a determinação de uma divergência entre a aplicação literal da norma e o seu significado e finalidade, a sua *ratio*.

Na lei fiscal portuguesa, deparamo-nos com diversos mecanismos anti abuso, tanto de

¹¹ Cf. alínea i) do artigo 165.º, da CRP. Vd. Basto & Lobo Xavier, 1994, pp. 5 e ss.; Dourado, 2007, pp. 75 e ss.

¹² Marques, 2016, pp. 123-159.

¹³ “Revision of the Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties” of the Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters – Seven Session, Geneva, 24-28 October 2011, E/c.18/2011/CRP.11/Add.1, p. 32.

¹⁴ Morais, 2006, p. 888; Amorós, 1965, p. 593.

¹⁵ Caldas, 2018, p. 36.

caráter específico – os quais são aplicados *a priori*, “perante uma situação que haja sido previamente qualificada como sendo abusiva em termos fiscais”¹⁶, e que visam assegurar que certos negócios realizados com o propósito de elidir o pagamento de impostos não produzem os efeitos fiscais que lhes estariam associados –, quanto geral (como é o caso da CGAA¹⁷) – permite à AT a requalificação *a posteriori*, de modo unilateral, dos efeitos fiscais *típicos* de negócios *habituais*, realizados para a concretização dos seus resultados jurídico-económicos *próprios*; ou seja, através da CGAA, a AT pode afetar a esfera fiscal de contribuintes que atuaram num quadro de perfeita habitualidade e tipicidade perante esse contexto de *normalidade*.

A CGAA

Foi através da Lei n.º 87-B/98, de 31 de dezembro, que aprovou o OE para 1999, que a lei fiscal portuguesa passou a incluir a CGAA – uma norma que habilita a AT a desconsiderar as consequências fiscais das formas negociais inusitadas ou atípicas a que os contribuintes recorrem com o único ou principal objetivo de diminuir ou evitar a consequência fiscal que corresponde às formas habituais ou típicas que asseguram os mesmos objetivos económicos¹⁸.

Inicialmente, a cláusula foi objeto de uma inserção sistemática errada: na verdade, o artigo 32.º-A do CPT figurava na Secção VI (*Dos factos tributários*) do Capítulo II (*Das relações tributárias*), num momento em que se encontrava já em vigor a LGT (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro), destinada a “regular as relações jurídicas tributárias, através da consagração dos grandes princípios substantivos que regem o direito fiscal português”. Esta introdução foi interpretada pela Doutrina como um meio sub-reptício de aprovar algo que a comissão incumbida da redação do anteprojeto da LGT entendeu não dever incluir¹⁹.

Só com a transferência desta cláusula para a sua sede própria na LGT (o n.º 2 do artigo 38.º), operada pela Lei n.º 100/99, de 26 de julho, viria a ser ultrapassada esta questão, subsistindo no entanto dúvidas significativas quanto à sua redação: “[s]ão ineficazes os actos ou negócios jurídicos quando se demonstre que foram realizados com o único ou principal objectivo de redução ou eliminação dos impostos que seriam devidos em virtude de actos ou negócios jurídicos de resultado económico equivalente, caso em que a tributação recai sobre estes últimos”.

Tratava-se de uma escrita claramente infeliz, não sendo de estranhar, por isso, que a citada norma, tanto quanto se sabe, não tenha chegado a ser aplicada pela AT a qualquer

¹⁶ Morais, Rui Duarte, 2006, p. 888.

¹⁷ As CGAA existem, entre outros, em Espanha (artigo 15.º da Lei Geral Tributária Espanhola), França (artigo L64 do *Livre de procédures fiscales*) e Reino Unido (artigo 206.º da *Finance Act*).

¹⁸ Pires, 2015, p. 324.

¹⁹ Fernandes, 1999, pp. 145-146: “[a]o incluí-la, não na Lei Geral Tributária, (...) mas no Código de Processo Tributário, (...), dir-se-ia estar o legislador a fazê-lo à socapa e de algum modo comprometido”; Morais, 2005, p. 211.

situação concreta. Na verdade, para além de não esclarecer em que consistia a ineficácia sobre que dispunha (se se tratava de uma ineficácia respeitante unicamente ao plano fiscal, ou se, pelo contrário, se tratava de uma ineficácia no próprio plano do direito privado), o preceito parecia estabelecer o princípio de que, em face de um certo ato ou negócio jurídico que se revelasse fiscalmente menos oneroso do que outro de efeito económico equivalente, a tributação teria sempre lugar de acordo com as normas correspondentes ao segundo.

A comunidade jurídica foi unívoca ao denunciar um tal conteúdo como inaceitável, porque estabeleceria uma limitação drástica do alcance do princípio da legalidade, ao desligar-se dos tipos para propor uma espécie de princípio da prevalência da via tributária mais onerosa. A sua excessiva amplitude restringia de um modo intolerável a liberdade de gestão fiscal dos contribuintes, em ofensa ao postulado da proporcionalidade, visto que os únicos critérios apontados para a identificação das condutas elisivas eram a equivalência de efeitos económicos e o objetivo de reduzir a tributação, sem que se exigisse o contorno forçado da norma e o carácter inusitado ou desadequado das formas jurídicas, impostos na maioria dos ordenamentos jurídicos que deitaram mão de soluções do tipo aqui visado. De facto, “[o] primeiro e maior problema introduzido com [esta redação] da norma resultava na eliminação do planeamento fiscal (que é unanimemente considerado legítimo): o legislador apenas erigia como pressuposto da norma a simples motivação fiscal (a intenção de pagar menos impostos)”²⁰.

Tendo sido objeto dos referidos reparos quanto à sua redação inicial, a CGAA viria a ser alterada pela Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro. Estas alterações “foram precisamente no sentido de renunciar a uma visão de fraude à lei em matéria fiscal, analisada apenas pelos efeitos (negócios com o único ou principal objetivo de redução ou eliminação dos impostos que seriam devidos’), passando a ser determinante que os tais negócios sejam praticados ‘com abuso de formas jurídicas’”²¹. “Ou seja, (...) a evolução da lei é clara no sentido de proporcionar fundamento legal para o planeamento fiscal, desde que seja praticado sem o abuso de formas jurídicas, sem negócios jurídicos artificiosos e fraudulentos, mas limitando-se a escolher a via que se encontra aberta e que lhe permite realizar economias fiscais”.

Atualmente, a CGAA está plasmada no n.º 2 do artigo 38.º da LGT, o qual dita que “as construções ou séries de construções que, tendo sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, sejam realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, são desconsideradas para efeitos tributários, efetuando-se a tributação de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica e não se produzindo as vantagens fiscais pretendidas”.

²⁰ Moura Ramos, 2001, pp. 712-713; Nunes, 2000, pp. 56-58.

²¹ Saldanha Sanches, 2009, p. 50.

De acordo com doutrina corrente – e de acordo, também, com a prática da AT –, o n.º 2 do artigo 38.º exige a verificação de quatro elementos essenciais²².

O primeiro é o elemento “meio”: trata-se da via escolhida pelo sujeito passivo – atos ou negócios jurídicos com uma determinada configuração e sequência – para alcançar um objetivo económico identificável. É aos contribuintes que cabe “a escolha dos meios específicos pelos quais realizam os seus negócios: necessário é que exista, como motivo para a sua escolha, não uma certa via de obtenção de uma poupança fiscal contra a intenção expressa da lei, mas, sim, o que pode considerar-se como uma razão comercial legítima”²³.

O segundo é o elemento “resultado”: é indispensável que a celebração daqueles atos ou negócios se venha a traduzir numa vantagem fiscal – isto é, na eliminação, redução ou diferimento temporal do imposto²⁴.

O terceiro é o elemento “intelectual”²⁵: a motivação fiscal referida deve ser o propósito único, essencial ou principal do sujeito passivo para celebrar ou praticar aqueles negócios ou atos; é a designada “motivação face aos meios e aos resultados”²⁶. Exige-se que “as escolhas e formas adoptadas pelo contribuinte sejam fiscalmente dirigidas (*tax driven*), e que aquele (resultado fiscal) prevaleça sobre este (resultado não fiscal)”²⁷. O que é verdadeiramente proibido é o contribuinte pretender um ato, um negócio, uma estrutura, apenas ou essencialmente para obtenção de certas vantagens fiscais; é “a pretensão de se visar em primeira mão aquele resultado fiscal que, enquanto motivo que impulsiona o contribuinte, é reprovável”²⁸.

O quarto é o elemento “normativo”: a atuação do contribuinte tendente à obtenção de uma vantagem fiscal deve merecer uma reprovação normativo-sistemática, por se ter traduzido num *abuso de formas jurídicas*, isto é, na utilização de institutos cuja criação ou surgimento ocorreu por motivos económicos que não presidem, total ou essencialmente, às operações concretas do sujeito passivo²⁹. É “necessário encontrar, no ordenamento jurídico-tributário e como condição *sine qua non* de aplicação da cláusula antiabuso, os sinais inequívocos de uma intenção de tributar (...), primeiro, porque a evitação fiscal abusiva não pode confundir-se com a permanente tentativa do contribuinte para reduzir a sua tributação ou para ponderar cuidadosamente – planeamento fiscal não abusivo – as consequências da lei fiscal na sua atividade empresarial ou pessoal (...), segundo, porque nesse esforço permanente

²² Cf. Courinha, 2004, pp. 165 e ss.; Saldanha Sanches, J. L., 2006, pp. 169 e ss.

²³ Saldanha Sanches, 2006.

²⁴ Courinha, 2004, pp. 171-172.

²⁵ A redação anterior do artigo 38.º, n.º 2, da LGT previa o seguinte elemento intelectual: “*essencial ou principalmente dirigidas*” a um objetivo fiscal. Atualmente, inclui não só esses meios, como aqueles em que uma das finalidades principais seja a obtenção de vantagem fiscal. Permite-se, assim, uma maior margem de apreciação por parte da AT e, por outro lado, parece potenciar uma dificuldade acrescida na aplicação e insegurança da posição jurídica dos contribuintes.

²⁶ Courinha, 2004, p. 179.

²⁷ Courinha, 2004, p. 179; Ac. do CAAD de 15.05.2019, processo n.º 441/2018-T.

²⁸ Courinha, 2004, p. 180.

²⁹ O legislador alemão instituiu o “abuso de formas jurídicas” no §6 da Lei de Adaptação Alemã, no §42 da AO e no §22 da Ordenação Tributária Federal austríaca. Já no Código Civil Brasileiro não está previsto o “abuso de formas” (Abraham, 2011, pp. 495-510).

para reduzir a carga fiscal podemos encontrar o aproveitamento pelo contribuinte do que podemos qualificar como omissões deliberadas – justas, ou não, é uma outra coisa – do legislador fiscal e, se isso aconteceu, não pode atribuir-se ao aplicador da lei a tarefa que cabe primariamente ao legislador”³⁰. Está, pois, em causa a aferição da desconformidade entre o resultado obtido e a *ratio legis* da norma, o seu espírito e intento.

Verificados todos os pressupostos, pode então a AT, em cumprimento do elemento “sancionatório” da CGAA, determinar a ineficácia, no campo tributário, dos atos ou negócios verificados, fazendo aplicar ao caso concreto as consequências próprias dos tipos que normalmente seriam realizados em função dos referidos objetivos económicos substanciais. Na maior parte das situações, é levantado o “véu jurídico” da sociedade para responsabilizar os autores dos atos censuráveis legalmente³¹ que, no caso do direito fiscal e da CGAA, correspondem aos sujeitos passivos que detêm a referida pessoa coletiva.

Ora, desagregando a norma, temos que a CGAA se aplica quando, cumulativamente, os atos ou negócios jurídicos têm como finalidade principal ou uma das finalidades principais a obtenção de uma vantagem fiscal (redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos) e são dirigidos a esses fins com violação do espírito das normas aplicáveis. Ambos são requisitos insuperáveis da CGAA. Não há dúvida, assim, de que a índole *fiscal* e a índole *artificial* ou *abusiva* estão previstas na letra da lei como dois requisitos separados. Aliás, quanto à parte específica do “abuso de formas jurídicas”, não é sequer preciso um trabalho aturado de separação das orações: basta reparar na conjunção coordenativa “e” (“e com abuso de formas jurídicas”), para perceber que, com esta expressão, o legislador quis acrescentar ao conteúdo do preceito algo que não consta dos outros segmentos normativos.

Assim, se se quis fazer constar da CGAA as referências à vantagem fiscal e ao abuso de formas, expressamente e em momentos distintos do texto, só pode ser porque é suposto estarmos a falar de noções diferentes, que não se confundem: o requisito de os atos ou negócios serem realizados por “*meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso de formas jurídicas*” não há de ser densificado pela circunstância de o contribuinte ter praticado aqueles com o intuito exclusivo ou principal de pagar menos impostos. Mas mais do que isso: a lógica evidente da redação é a de que o abuso de formas jurídicas é que torna ilegítima a vantagem fiscal.

O elemento teleológico da CGAA

A redação da CGAA não poderia ser outra porque foi justamente assim que a sua racionalidade intrínseca a determinou, incluindo aquela que advém do cumprimento dos princípios constitucionais que a enformam.

Cláusulas do tipo do n.º 2 do artigo 38.º da LGT encontram-se em vários ordenamentos

³⁰ Saldanha Sanches, 2006, p. 180.

³¹ Ac. do STJ, de 07.11.2017, processo n.º 919/15.4T8PNF.P1.S1.

jurídico-tributários como meio de reação ao comportamento evasivo dos sujeitos passivos em matéria fiscal. Na base de tais soluções está a distinção doutrinal clássica entre as três vias típicas pelas quais se pode lograr a minimização de impostos a pagar: a gestão ou planeamento fiscal, a fraude fiscal e a evasão/elisão fiscal.

A primeira consiste na atenuação perfeitamente legítima e lícita (*intra legem*) dos efeitos fiscais decorrentes de uma qualquer situação juridicamente relevante, que coloca o sujeito passivo perante a possibilidade de escolher o caminho fiscalmente menos oneroso, o qual frequentemente lhe é oferecido em alternativa clara pelo próprio legislador.

Por seu turno, aquela segunda via concretiza-se na prática de atos ou negócios contrários à lei fiscal (*contra legem*), de que é exemplo paradigmático a ocultação de rendimentos (por via negocial, declarativa ou contabilística).

Finalmente, a evasão ou elisão fiscal traduz-se na prática de atos ou negócios lícitos, mas que a lei fiscal qualifica como anómalos, anormais ou abusivos, quando os mesmos, em casos concretos, se mostrem desconformes com a realidade económica que presidiu ao seu surgimento – trata-se de atuações *extra legem*, ou seja, que visam contornar a lei ou que implicam uma interpretação forçada da mesma, para lá das razões substantivas que subjazem à sua criação. “A elisão fiscal é função direta da quantidade e qualidade das normas que compõem o sistema tributário”³². É para combater este último tipo de atuações que se estabelecem normas como a CGAA.

O que confere legitimidade jurídica e constitucional a normas desta tipologia é a circunstância de elas constituírem instrumentos que permitem às autoridades tributárias desconsiderar vantagens fiscais ilegitimamente obtidas pelos contribuintes, de modo a garantir o cumprimento do princípio da igualdade na repartição da carga tributária e na prossecução da satisfação das necessidades financeiras do Estado e de outras entidades públicas, como concretização do referido princípio geral da igualdade (artigo 13.º da CRP).

No entanto, a CGAA não seria constitucionalmente legítima se, para cumprimento do princípio da igualdade, o seu funcionamento típico pudesse exceder o que é admissível do ponto de vista de outros princípios fundamentais correspondentes ao “estatuto dos contribuintes”, incluindo os princípios da liberdade económica (artigos 61.º, alínea c), 81.º e artigo 86.º, da CRP), da segurança jurídica, na sua expressão de proteção da confiança, ínsito na ideia de Estado de Direito democrático (artigo 2.º da CRP), ou o da legalidade fiscal, na sua dimensão de tipicidade (n.º 2 do artigo 103.º, artigo 104.º, e alínea i) do n.º 1 do artigo 165.º, da CRP). Nesse caso, a aplicação da CGAA redundaria na imposição de restrições a direitos, liberdades e garantias em violação do princípio da proporcionalidade inerente ao princípio do Estado de direito (artigo 2.º da CRP).

Com efeito, para o justo entendimento dos limites constitucionais de uma norma como a CGAA, impõe-se ter presente que o nosso ordenamento jurídico valoriza e dá guarida ao

³² Cippolina, 1992, p. 124; Morais, 2006, p. 888.

princípio da liberdade de escolha fiscal enquanto dimensão fundamental de muitos dos princípios acima elencados, como o da liberdade de iniciativa económica e o da autonomia privada.

Uma vez que estas normas (do tipo da CGAA) não servem, de todo, como meros instrumentos de arrecadação de receita por parte do Estado (mas apenas de anulação dos efeitos fiscais de atuações abusivas), teria de ser recusada qualquer solução legislativa cujo conteúdo e alcance implicassem a diminuição daquela liberdade nos casos em que os contribuintes se limitam a exercer o seu direito de opção fiscal através do recurso a formas jurídicas perfeitamente adequadas aos seus intentos negociais, ou simplesmente o seu direito à liberdade negocial, cuidando ou não do impacto fiscal das suas decisões. A liberdade de opção fiscal é, portanto, o limite fundamental da CGAA – é, por assim dizer, o “Norte” que deve guiar sempre o aplicador do direito.

A atividade económica das sociedades (como a das famílias e a dos indivíduos) é feita de escolhas que têm relevância fiscal: só por acaso dois atos alternativos estarão sujeitos ao mesmo regime tributário. Quando em todas as áreas da vida se pretende atingir um certo resultado jurídico, tem-se normalmente à disposição uma série de técnicas jurídicas adequadas; e, conforme a técnica utilizada, assim será o específico tratamento fiscal – daí o entendimento do Direito Fiscal como “direito de sobreposição”³³.

Tendo em vista a realização de um certo resultado jurídico (constituição de uma sociedade, exercício de uma atividade económica, construção de uma estrutura otimizada de financiamento, transmissão de um bem), os sujeitos passivos podem recorrer a diversas vias juridicamente relevantes e a diversas técnicas jurídicas, realizando, para o efeito, uma *opção jurídica*. Uma escolha jurídico-privada implica necessariamente consequências tributárias que correspondem, elas próprias, a *opções fiscais*, todas elas diretamente decorrentes da lei e livremente selecionadas pelo sujeito da escolha³⁴.

A questão que tradicionalmente se levanta é a de saber se o Direito se deverá interessar por essas escolhas jurídico-fiscais, em termos de proibir ou limitar a opção por vias menos tributadas, ou seja, a escolha pelo não preenchimento de um determinado tipo legal que conduz a uma determinada tributação. O sistema jurídico de um Estado de Direito democrático, que reconhece a propriedade privada, não pode deixar de ter como fulcro o respeito pela liberdade negocial e pelo poder de autorregulamentação dos particulares. Portanto, a ideia de que para cada negócio jurídico existe apenas uma via fiscalmente aceitável não pode prevalecer.

Note-se que a CRP sublinha a liberdade de iniciativa e de organização empresarial (artigos 61.º, alínea c), 80.º e 86.º), através da qual se garante aos particulares a liberdade de organizarem os seus negócios da forma mais eficiente possível, implicando, evidentemente,

³³ Xavier, 1981, p. 23.

³⁴ Agostini, 1983, pp. 8-9.

ao nível do sistema constitucional tributário, o reconhecimento do direito de estruturar os negócios de modo a suportar a menor carga tributária que lhe seja, por lei, permitida.

Nas palavras da Doutrina, “o princípio da livre disponibilidade (económica) dos indivíduos implica (...) que a ordem jurídica da economia garanta uma economia de mercado (ou privada), em que o processo económico caiba primariamente à livre iniciativa individual. (...) o princípio da subsidiariedade em sentido amplo no domínio económico (...), em termos de (sub)sistema tributário, implica o reconhecimento da livre conformação fiscal dos indivíduos, traduzida na liberdade destes para planificarem a sua vida económica sem consideração das necessidades financeiras da respectiva comunidade estadual e para actuarem de molde a obter o melhor planeamento fiscal da sua vida”³⁵.

Significa isto, desde logo, que a lei fiscal não pode obrigar o contribuinte a levar a cabo um certo comportamento ou a obter um certo resultado que seja o mais tributado de entre todas as opções viáveis disponíveis. De contrário, teríamos que todos os negócios que não tivessem conduzido ao resultado pretendido pela Administração seriam por ela considerados anormais e os seus efeitos “corrigidos”, em violação da regra da não ingerência (ou interferência) da AT na gestão das empresas.

Neste sentido, uma CGAA não pode ser construída com base numa conceção de *fraude à lei*. Tipicamente, este instituto da fraude à lei visa a descrição e punição dos negócios que iludem, contornam ou evitam a aplicação de uma *lei imperativa*, violando-a de modo indireto. Aplicado este princípio através de uma cláusula geral anti abuso, estaríamos perante um enquadramento jurídico que permitiria à AT (e aos Tribunais) exigir dos contribuintes um determinado comportamento ativo, utilizando a sua soberania para os orientar no sentido da onerosidade tributária. Seria uma solução inaceitável, tendo em conta os princípios da autonomia privada e da liberdade de escolha fiscal a que nos temos vindo a referir: dando-se legitimidade à AT para encarar as normas tributárias como normas absolutamente imperativas, ficaria aberto um caminho de discricionariedade tal que seria lícito àquela exigir aos contribuintes a realização de determinados negócios jurídicos, em detrimento de outros.

A questão do abuso de direito no campo da fiscalidade é aquela onde com mais premência e propriedade se deve falar da relação entre a evasão e a opção fiscais: é uma situação-limite, porque, nas legislações que dispõem de normas para a combater, permite a desconsideração administrativa de escolhas livres dos contribuintes, que nem sequer são *contra-legem*, mas apenas “anómalas”, no sentido em que, com intuito exclusiva ou predominantemente fiscal, fazem da lei uma utilização excessivamente distinta da que o legislador tinha em mente quando configurou os tipos (um aproveitamento *extra-legem*).

Por isso é que é indispensável excluir do âmbito de aplicação de normas como a CGAA os casos em que, apesar de os contribuintes terem realizado atos ou negócios para cujos efeitos *económicos* existiam outros com efeitos *fiscais* mais onerosos, aqueles não foram realizados

³⁵ Nabais, 1988, pp. 205-206.

com *abuso de formas jurídicas*, porque foram utilizados para o seu fim económico-jurídico típico. Os atos ou negócios não divergem da realidade económica que presidiu ao surgimento da norma jurídica em que se arrimam, não sendo praticados, pois, em ofensa dessa norma: não visam contornar a lei, diretamente ou através de uma interpretação forçada da mesma, totalmente desligada das razões substantivas que a justificam.

O “centro nevrálgico” da reprovação normativa promovida por uma norma como a CGAA deve ser o *abuso de formas jurídicas* e não a *vantagem fiscal comparativa* obtida. Não é a finalidade o elemento que o legislador deve valorar de forma particularmente negativa, mas sim o desrespeito pelo programa implicitamente inscrito na norma utilizada. O que é determinante no espírito normativo da CGAA não é censurar os efeitos, mas sim os meios: “abuso de formas jurídicas”. Ou seja, mais do que analisar o objetivo do planeamento fiscal – desde logo porque qualquer tipo de planeamento fiscal tem necessariamente como escopo obter uma vantagem fiscal³⁶ –, é imprescindível olhar para os limites desse planeamento, que poderão ou não contrariar o escopo das normais fiscais aplicáveis. É necessário exigir-se que aquela *vantagem fiscal* resulte de uma operação artificial, sem razões económicas, que não haja sido desejada nem permitida pelo legislador, e que coloque “em causa a totalidade do ordenamento jurídico-tributário como sistema de partilha de encargos tributários”³⁷. Só nestes termos estaremos perante um planeamento fiscal abusivo.

Dito de outro modo: não são os elementos “*meio*”, “*resultado*” e “*intelectual*” (a realização de negócios com a intenção única ou preponderante de obtenção da vantagem fiscal comparativa) que devem justificar e dar legitimidade jurídico-constitucional, em cumprimento do princípio da igualdade, à criação de uma norma do tipo da CGAA; é, isso sim, o elemento “*normativo*”. O que o legislador deve considerar censurável – um “abuso” – é o “artifício” (a utilização de formas jurídicas insólitas, absolutamente impróprias), porque ele é que permite concluir pela *total* ausência de razões economicamente válidas.

Um negócio atacável através da CGAA deve ser, sempre, um *expediente puramente artificial*: deve ser um ato desprovido de qualquer utilidade, realidade económica ou sentido imediato; o recurso ao mesmo deve ser de tal modo invulgar, despropositado, arresado ou absurdo que se possa dizer que “desfuncionalizou” a forma jurídica utilizada, afastando-a decisivamente da sua habitual vocação³⁸.

Ademais, o facto de o princípio da liberdade de gestão e escolha fiscal ser o principal limite e auxílio interpretativo da CGAA é demonstrado, desde logo, pela evolução que a redação da norma sofreu desde a sua introdução no sistema fiscal. Essa evolução – a preocupação do legislador ao afinar a letra da lei – é um testemunho esclarecedor do espírito que lhe preside e, assim sendo, uma orientação básica quanto aos termos em que deve decorrer a sua aplicação concreta. Os requisitos da *vantagem fiscal*

³⁶ Caldas, 2018, pp. 110 e ss.

³⁷ Saldanha Sanches, 2000, pp. 28-29.

³⁸ Courinha, 2004, pp. 163 e ss.

comparativa e do *abuso de formas jurídicas* permanecem expressamente distintos e cumulativos.

IV. Os casos de escolha fiscal assegurada diretamente pelo legislador

Foquemos agora a nossa atenção no conceito de “lacunas conscientes de tributação”³⁹. O primeiro teste a fazer nos casos em que se analisa um eventual *abuso* é o de saber se, em vez de uma situação artificiosa, não estaremos perante uma ausência ou redução de tributação que o legislador nunca procurou evitar⁴⁰. Aqui, não se poderá falar em *abuso de formas*, mas apenas de aproveitamento de uma liberdade que, por definição, não é suscetível de abuso. É o próprio legislador que cria consciente e abertamente regimes de favor para certos negócios jurídicos: umas vezes, por exemplo, privilegia – ou já privilegiou – as mais-valias obtidas com a venda de ações; outras vezes, no caso do IVA, oferece aos contribuintes a possibilidade de escolherem entre a isenção ou a sujeição a imposto, quanto ao exercício da mesma atividade económica; finalmente, configura regimes fiscais diversos, em matéria de onerosidade fiscal, consoante o contribuinte exerça individualmente a mesma atividade económica ou opte por fazê-lo através de uma sociedade.

Para aferirmos se um negócio concreto deve sofrer a reprovação normativo-sistemática ínsita na CGAA, por ter sido utilizado para um fim não suficientemente próximo da sua habitual vocação (isto é, para sabermos se existe *desfuncionalização*), é necessário o apuramento da intenção de tributar, porque podemos estar, verdadeiramente, perante as tais “lacunas conscientes de tributação”, cujo aproveitamento não é, por natureza, censurável. Pode acontecer que, por força de uma opção de política legislativa, certas zonas propícias à obtenção de vantagens fiscais significativas sejam deixadas de fora do âmbito da tributação, ou fiquem sujeitas a uma carga tributária reduzida: essa opção do legislador, legítima, não pode deixar de ser valorada como uma manifestação clara da não reprovação pelo Direito da utilização, por parte dos contribuintes, das regras desse setor de tributação⁴¹.

Vale a pena referir, a este propósito, a distinção corrente na Doutrina espanhola entre “economias de opção implícitas” (ou “*stricto sensu*”) – “aquelas condutas tendentes à redução da carga tributária cujos pressupostos e efeitos não estão expressamente regulados na lei fiscal, mas que (...) são admissíveis na medida em que se traduzam em negócios válidos segundo as normas de Direito privado por que se rege e não vá contra o espírito da norma tributária” – e “economias de opção explícitas” (ou “impositiva”) – são reguladas (pressupostos e efeitos) expressamente pela lei⁴².

Ora, sendo juridicamente admissíveis as economias de opção implícitas, por maioria de

³⁹ A expressão é de Saldanha Sanches, 2006, p. 182.

⁴⁰ Saldanha Sanches, 2009, p. 62.

⁴¹ Courinha, 2004, p. 196.

⁴² Pérez Ayala, 2006, p. 5.

razão, não o poderão deixar de ser também as economias de opção explícitas. Elas são o núcleo de liberdade de escolha mais seguro contra medidas anti abuso, porque, nesses casos, não há *desfuncionalização* de normas, as quais foram criadas, precisamente, para serem aproveitadas em ordem à poupança fiscal. Se o legislador promoveu o recurso às mesmas, obviamente que o não pode censurar.

A tributação das mais-valias obtidas decorrentes da venda de ações

Com a reforma de 1988, verificou-se uma mudança de paradigma do conceito de *rendimento-fonte* para *rendimento-acrécimo*: surgiu a categoria G (inicialmente *mais-valias* e, mais tarde (Lei n.º 30-G/2000), *incrementos patrimoniais*). Do artigo 10.º, n.º 1, alínea b), do Código do IRS consta que são mais-valias os ganhos decorrentes de alienação onerosa de partes sociais.

Pese embora as sociedades por quotas tenham hoje um tratamento equivalente ao das sociedades anónimas, durante largos anos verificou-se um entorse do princípio da equidade entre as duas formas societárias.

Decorria da lei – com o objetivo de favorecer o mercado de capitais – que apenas as mais-valias decorrentes da alienação de ações detidas por um período inferior ou igual a 12 meses seriam tributadas. A regra que constava na alínea d) do n.º 4 do artigo 43.º do Código do IRS era a FIFO (*first in, first out*): “tratando-se de valores mobiliários da mesma natureza e que confirmam os mesmos direitos, os alienados são os adquiridos há mais tempo”. Assim, eram muitos os casos de mais-valias de ações que não chegavam a ser tributadas. Pelo contrário, no caso das sociedades por quotas, não relevava o tempo de detenção das quotas vendidas, uma vez que quaisquer mais-valias apuradas decorrentes da sua alienação estariam sujeitas a tributação. Verificava-se assim um claro favorecimento das sociedades anónimas.

Após várias *curvas e contracurvas*⁴³, a aproximação entre acionistas e quotistas veio a ocorrer com a entrada em vigor da Lei n.º 15/2010, de 26 de julho, para fazer face à “necessidade de aproximação do regime de tributação das mais-valias mobiliárias ao praticado na generalidade dos países da OCDE”⁴⁴. Passou a tributar-se também as mais-valias decorrentes da alienação de ações detidas por mais de 12 meses e alterou-se a taxa de tributação destes rendimentos de 10% para 20%, com opção pelo englobamento.

Atualmente, as mais-valias são tributadas a uma taxa autónoma de 28%, conforme estabelece o artigo 72.º, n.º 1, alínea c), do Código do IRS.

Também em sede de IMT o tratamento das sociedades por quotas e das sociedades

⁴³ A Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro, “constituiu uma tentativa meritória de superar as soluções extremas da Reforma Fiscal de 1989” (Basto, 2007): previa a revogação do n.º 2 do artigo 10.º do Código do IRS. Este regime foi, porém, suspenso e alterado pelo OE para 2002 e posteriormente revogado pelo Governo, que regressou ao regime anterior.

⁴⁴ Lima, 2014, p. 21.

anónimas era, até muito recentemente, distinto. O artigo 2.º, n.º 2, alínea d), do Código do IMT já há muito que estabelece, desde 1958 – data em que foi introduzido no nosso ordenamento jurídico através do Código da Sisa –, que um negócio de transmissão de participações sociais de sociedades em nome coletivo, por quotas ou em comandita deve ser considerado como incluindo uma alienação de bens imóveis para efeitos de IMT quando tais sociedades possuam bens imóveis, desde que algum dos sócios fique a dispor de, pelo menos, 75% do capital social da sociedade em causa.

Trata-se, no fundo, de uma espécie de norma anti abuso que pretende evitar a *camuflagem* de uma transmissão de imóveis; i.e., poderia dar-se o caso de a transmissão de participações sociais de uma sociedade, cujo património consistisse em imóveis, ter por *objeto real* a transmissão desses mesmos imóveis sem haver lugar ao pagamento de IMT por estar em causa, formalmente, uma transmissão de participações sociais⁴⁵.

Com a aprovação do Código do IMT, em 2003, esta norma manteve-se intacta e, ao longo dos tempos, esta regra de incidência gozou de uma estabilidade rara no nosso sistema fiscal, mantendo-se dela afastadas as sociedades anónimas⁴⁶. No entanto, considerando o crescente aumento de operações de transmissão de ações de sociedades anónimas detentoras de bens imóveis – resultante de uma adaptação dos agentes de mercado àquela norma – e, bem assim, a imperativa necessidade de obtenção de receita em contexto de pandemia, o legislador veio incluir nesta norma as transmissões de ações, através do OE para 2021⁴⁷.

Em consequência do tratamento distinto, tanto em sede de IRS, quanto em sede de IMT, referidos acima, os sujeitos passivos optavam, naturalmente, pela constituição de sociedades anónimas, ou, no limite, pela transformação de sociedades por quotas em sociedades anónimas.

A este propósito, em França, fala-se da jurisprudência dos efeitos múltiplos⁴⁸. O ponto de partida foi a decisão da *Chambre Commerciale de la Cour de Cassation* de 10.12.1996, que analisou se a mudança da forma jurídica de uma *société à responsabilité limitée* (sociedade por quotas) para uma *société anonyme* (sociedade anónima) imediatamente antes da venda da totalidade das ações da sociedade, para evitar tributação em sede de imposto do selo, era abusiva. A *Cour de Cassation* entendeu que a alteração efetiva da forma jurídica implica necessariamente múltiplas consequências jurídicas (múltiplos efeitos) e deve ser legalmente separada da subsequente alienação de ações, o que impede a assunção de uma motivação exclusivamente fiscal.

Esta jurisprudência foi interpretada de tal forma que as configurações – as reestruturações empresariais –, que na realidade alteram substancialmente a situação legal do contribuinte, não podiam ser julgadas como abusivas. As consequências legais necessárias de

⁴⁵ Vd. Informação Vinculativa n.º 2018001497 – PIV n.º 14597, de 11.02.2018.

⁴⁶ Ac. do CAAD de 27.10.2020, processo n.º 849/2019-T; Ac. do TRG, de 23.01.2020, processo n.º 4387/19.3T8VNF.G1). Vd., ainda, Engrácia Antunes, 2013.

⁴⁷ Lei n.º 75-B/2020, de 31 de dezembro.

⁴⁸ Osterloh-Konrad, 2019, pp. 185 e ss.

uma transação deviam ser consideradas como objetivos não fiscais das partes, com a consequência de que a configuração não podia ser qualificada como exclusivamente de motivação fiscal.

Não questionamos que, existindo razões não fiscais, a opção por um ou outro tipo societário, para os efeitos referidos, não tem por que ser considerada abusiva para efeitos tributários. Entendemos, porém, que ainda que a motivação seja absolutamente fiscal, não pode considerar-se verificado o requisito do *abuso de formas jurídicas*.

E assim defendemos porque, perante a lei, que foi devidamente pensada e ponderada, os sujeitos passivos podem interpor uma sociedade por quotas ou uma sociedade anónima, acarretando as devidas consequências (no caso de sociedades anónimas, favoráveis) em sede de fiscal. Queremos dizer: o legislador tinha conhecimento da liberdade que atribuía aos sujeitos passivos ao redigir as sobreditas normas como fez, mantendo delas excluídas as sociedades anónimas, em prol de outros valores que considerou mais relevantes num determinado momento. E sabia igualmente que a opção adotada pelos sujeitos passivos – de enveredar por um caminho ou por outro – seria motivada (quase) única e exclusivamente por razões fiscais: ser, ou não, tributado, consoante a forma jurídica da sociedade. Sempre se tratou de uma opção expressamente concedida pelo legislador, que estava na liberdade de cada sujeito passivo dispor, ou não.

A renúncia às isenções incompletas de IVA

O IVA tributa tendencialmente todos os atos de consumo, incidindo, por regra, sobre as transações económicas onerosas. Em conformidade com a Diretiva n.º 2006/112, o nosso Código do IVA consagra o princípio de que é dedutível todo o imposto incorrido em aquisições feitas com o propósito de levar a cabo operações sujeitas a imposto e dele não isentas⁴⁹.

Existem casos, contudo, em que o nosso legislador optou por prever que certas operações estão isentas⁵⁰ de tributação em sede de IVA, por razões de ordem económica e social (acesso e consumo de bens de mérito (*merit goods*): cuidados de assistência médica e hospitalar, serviços ligados à assistência social, ensino escolar ou universitário, atividades desportivas e serviços culturais) ou técnica (operações cuja sujeição a um imposto sobre o valor acrescentado é particularmente complexa ou onerosa: serviços financeiros, operações imobiliárias e jogo).

Estas isenções – completas/totais/penas ou, por outro lado, incompletas/simples/parciais – constituem “um dos principais entorses à neutralidade do

⁴⁹ Vasques, 2018, p. 34.

⁵⁰ Distinto do conceito de isenção (quando se verifica o facto tributário, mas a eficácia constitutiva é paralisada originariamente pela ocorrência de um outro facto a que a lei assim atribui eficácia impeditiva) é o de “não incidência” (quando não se verifica o elemento positivo do tipo legal do facto tributário ou se verifica um elemento negativo); Xavier, 1981, pp. 283-284.

imposto”⁵¹, pois “cada vez que se dispensam do pagamento do imposto bens ou serviços determinados, logo se introduz uma discriminação entre os contribuintes e uma distorção no curso normal da oferta e da procura, encaminhando produtores e consumidores no sentido dos bens agraciados com isenção em detrimento dos demais”⁵².

As primeiras “representam [um] verdadeiro benefício”⁵³, uma vez que conferem direito à dedução do imposto suportado a montante, pelo que o sujeito passivo, não liquidando IVA sobre a operação isenta, pode ainda assim deduzir ou reaver o imposto em que tenha incorrido nas aquisições destinadas à sua realização (cf. artigos 14.º Código do IVA e do RITI, 19.º, n.º 1, alínea b), I, do Código do IVA e 19.º, n.º 2, do RITI).

As segundas, porque não conferem um direito à dedução do imposto suportado a montante, “não representam (...) um verdadeiro benefício para o sujeito passivo”⁵⁴, uma vez que este, não liquidando IVA sobre a operação isenta, não deduz o imposto em que incorra nas aquisições destinadas à sua realização. Fala-se até de um “imposto oculto”: o imposto incluído nos bens utilizados pelo operador para a realização da sua atividade (*inputs*) não pode ser deduzido, incorporando-se no valor dos bens. Donde estas isenções constituem um obstáculo à neutralidade do imposto. São exemplo as isenções internas (artigos 9.º e 53.º).

Ora, ao gerar um imposto oculto, estas isenções podem ser de alcance limitado na promoção do acesso a determinados bens e serviços e levam, para mais, a uma tributação em cascata sempre que as operações isentas não se dirijam a consumidores finais. O nosso legislador admite, por isso, no artigo 12.º, que o sujeito passivo renuncie à isenção, aplicando IVA às operações que realize⁵⁵.

Repare-se que a vantagem inerente ao regime da renúncia à isenção de IVA é a possibilidade de dedução do imposto suportado nos termos dos artigos 19.º e seguintes, que se poderá traduzir numa significativa poupança fiscal. A opção de um sujeito passivo pela renúncia a uma isenção de IVA assentará, assim, uma vez mais, numa motivação puramente fiscal, a qual em momento algum foi – ou poderá ser – considerada abusiva, porquanto se trata de uma opção pela tributação, atribuída conscientemente pelo legislador.

A escolha resultante do sistema de tributação de rendimentos português

A par dos dois exemplos anteriores, existe uma opção que é, com grande probabilidade, a mais ostensiva do nosso regime fiscal e a mais relevante para o presente estudo: a liberdade de escolha da forma jurídica associada à prestação de serviços. Referimo-nos ao exercício de

⁵¹ Vasques, 2017, p. 307.

⁵² Vasques, 2017, p. 307.

⁵³ Vasques, 2017, p. 314.

⁵⁴ Vasques, 2017, p. 313.

⁵⁵ Vasques, 2017, p. 311.

uma atividade económica de forma individual – desencadeando tributação em sede de IRS – ou coletiva – originando, por isso, tributação em sede de IRC.

O legislador atribuiu uma opção clara aos sujeitos passivos. E é verdadeiramente uma escolha, desde logo porque passa pela criação de dois Códigos – duas leis – distintos, com regras de tributação distintas.

Tal como sucede nos casos referidos acima, não descartamos, claro, a eventual existência de outras razões não fiscais que comandem aquela opção, mas devemos estar cientes de que a mais relevante, a mais evidente, é forçosamente uma opção fiscal, a qual não é (não pode ser) necessária e automaticamente abusiva.

Em primeiro lugar, porque na realidade não se verifica uma vantagem fiscal, uma vez que, *a final*, conforme se explicou acima, os lucros da sociedade serão tributados em sede de IRC e de IRS. Imediatamente, a tributação é inferior, mas não se trata de uma injustiça para o sistema, não poderá ser moralmente questionável, porque a tributação é *acertada* no momento da distribuição aos seus sócios; *ao fim e ao cabo*, a tributação das sociedades visa apenas antecipar a tributação dos seus sócios pessoas singulares. Não se poderá sequer considerar que existe um diferimento com o intuito de obtenção de uma vantagem fiscal, porquanto se trata única e exclusivamente do funcionamento do sistema. Não se confunde, por exemplo, com um empréstimo de quantias simbólicas realizado por uma infinidade de tempo para obviar à tributação em sede de Imposto do Selo (como se de uma doação se tratasse), limitando-se ao pagamento de uma exígua taxa de juros. No nosso caso, é inevitável haver lugar a tributação em sede de IRS para que os sócios possam dispor dos rendimentos em causa.

Mas, em segundo lugar, e mais importante, porque, note-se, não se verifica um verdadeiro *abuso de formas jurídicas*, i.e., uma violação do espírito da norma e do sistema. O sistema foi desenhado desse modo, de forma consciente, conhecida e ponderada pelo legislador. É a lei que atribui essa possibilidade, essa liberdade de escolha ao sujeito passivo. Não poderá haver qualquer *abuso de formas jurídicas* se o nosso sistema foi estruturado tal qual como o legislador pretendia: *separar para integrar*, tendo em vista a tributação *combinada* em sede de IRC e de IRS. O seu propósito era, no fundo, *utilizar* as sociedades como uma forma de tributação provisória das pessoas. Fê-lo da mesma forma quanto ao regime da retenção na fonte, o que ninguém questiona: trata-se tão-só de uma antecipação da tributação das pessoas.

V.O caso particular das sociedades de prestação de serviços

A liberdade de escolha da forma jurídica

Virtualmente, todas as atividades comerciais, industriais ou agrícolas, incluindo serviços, podem ser realizadas através de exercício individual ou através de sociedades. Não

há realmente atividades – até as prestações “pessoalíssimas” – que, pela sua natureza, reclamem especificamente uma certa forma jurídica.

A liberdade de exercício de uma atividade económica comporta, por isso, em abstrato, uma escolha de forma. Existe, porém, um caso especial, o da prestação de serviços, que foi tratado a nível comunitário com mais cuidado (Diretiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro).

Por transposição dessa Diretiva, vigora entre nós o “regime de livre prestação de serviços”, consagrado pelo Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho. De acordo com o n.º 2 do artigo 3.º desse diploma, serviço é “qualquer actividade económica não assalariada, prestada normalmente mediante remuneração”; por seu turno, o n.º 1 do artigo 4.º prevê que “os prestadores de serviços podem livremente estabelecer-se e exercer a sua actividade em território nacional, nomeadamente através da criação de sociedades, sucursais, filiais, agências ou escritórios sem necessidade de qualquer permissão administrativa ou mera comunicação prévia”, excetuados os casos previstos na lei⁵⁶. Quer isto dizer que, onde a lei não exige, a escolha da forma é livre.

Com este enquadramento normativo, pode afirmar-se que, em Portugal (como em toda a UE), qualquer atividade económica pode ser realizada de forma individual ou mediante a constituição de uma sociedade, não existindo qualquer exigência legal que, para uma certa natureza de prestação de serviços, imponha uma única forma jurídica. Em geral, portanto, cada um escolhe a forma que mais lhe convém.

Prosseguindo: o n.º 4 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 92/2010 estabelece que os princípios e regras que disciplinam “o livre acesso e o exercício das actividades de serviços” não prejudicam a aplicação das leis fiscais. Ou seja, a liberdade de prestação de serviços não postula um único e privativo regime fiscal. Aos rendimentos resultantes do seu exercício devem aplicar-se as normas jurídico-fiscais correspondentes à forma eleita: IRS, se a prestação for realizada por pessoa singular, com a conseqüente aplicação (entre outras regras) da tabela de taxas progressivas⁵⁷ e manutenção da total e direta disponibilidade dos rendimentos obtidos; IRC se, ao invés, for assegurada no contexto de uma pessoa coletiva, sendo certo que neste caso se enfrenta, para além da tributação dos lucros na esfera da sociedade, a tributação em IRS (categoria E) para que se possa ter acesso direto aos ditos lucros mediante a sua distribuição por qualquer dos meios previstos no direito societário.

Pode reconhecer-se que, num primeiro momento, a prestação de serviços a título individual tenderá a suscitar uma tributação mais elevada, por comparação com a alternativa

⁵⁶ Regulação ou concursos públicos: é frequente surgir a exigência de forma societária, porque nesses casos a lei ou a administração pública querem conhecer com clareza um perímetro definido de afetação de recursos, de onde estes não poderão sair sem o cumprimento dos apertados termos previstos na lei para a forma societária.

⁵⁷ O propósito do IRS é o da redistribuição, justificando-se assim a imposição de taxas progressivas. A doutrina tem sublinhado que a progressividade das taxas do imposto de rendimento não é, em si mesma, *suficiente* para aferir da distribuição de recursos, oportunidades, rendimento ou bem-estar da sociedade (Sugin, 2004). Ademais, não é certo que seja mesmo *necessária* para a redistribuição do rendimento do ponto de vista de uma avaliação global das receitas e das despesas do Estado (Kenworthy, 2008).

que consiste na utilização de uma sociedade para o mesmo fim, enquanto não forem distribuídos os respetivos lucros. Mas foi isto mesmo – *uma lacuna de tributação implicitamente consciente* – que o legislador pretendeu: o IRC é visto pela doutrina, conforme já se explicou acima, como um adiantamento sobre a tributação pessoal que haverá de ser definitivamente apurada em sede de IRS, quando forem distribuídos aos sócios os rendimentos gerados na sociedade, ou quando esta for liquidada.

Esta associação entre diferentes formas e diferentes consequências fiscais não apresenta, em si mesma, nada de extraordinário ou *elisivo*: trata-se da arquitetura comum a qualquer ordenamento europeu e está disponível para um coordenador de seleções de futebol, para um contabilista, para um médico, um músico ou para qualquer comerciante ou industrial.

O enquadramento atrás descrito, vigente no ordenamento português, apresenta-se como indisputável e orienta uma prática generalizada e conhecida. Em Portugal não existe jurisprudência dos tribunais superiores acerca destas questões. Noutras jurisdições, onde essa prática foi colocada em causa, logo a jurisprudência tratou de declarar a sua *normalidade*.

Veja-se o exemplo da Alemanha (o sobredito §42 da AO), que usa o conceito de “*abuso de formas jurídicas*”⁵⁸: “em regra, não há abuso se um contribuinte – por qualquer razão – interpõe permanentemente uma empresa nacional entre si e uma fonte de rendimento, e tira todas as consequências daí resultantes”. A interposição de pessoas coletivas é regularmente admitida para efeitos fiscais, se ela for concebida a longo prazo e dela decorrerem todas as consequências jurídicas e económicas típicas. Só se admite existir abuso de formas quando todas estas consequências são neutralizadas por configurações ou expedientes adicionais, a um ponto em que a substância do modelo escolhido acaba por “ficar no papel”⁵⁹.

Também em Espanha tem vindo a ser este o entendimento seguido. Veja-se o Acórdão do Tribunal Superior de Justicia de Murcia⁶⁰: “no existe ninguna norma ni ningún principio que obligue a los sujetos a organizar las actividades económicas que desarrollan de la forma más conveniente para la Agencia Tributaria, sino que el contribuyente podrá, en uso de la economía de opción, elegir aquella alternativa que le resulte más rentable”.

Em face do exposto, conclui-se que a poupança fiscal via utilização da operação (forma jurídica) substituível mais próxima não envolve, *ipso facto*, um abuso. Por imposição legal, e conforme já foi particularmente escrutinado acima, não basta a poupança fiscal, tem de haver abuso de formas jurídicas. “Se o contribuinte pautar o seu comportamento por um incentivo

⁵⁸ Ac. do BFH de 23.10.1996, I R 55/95, BFHE 181, 490.

⁵⁹ Osterloh-Konrad, 2019, p. 103; Ac. do BFH de 16.03.1988, XR27/86: “os contribuintes são geralmente livres de exercer as suas actividades tributáveis como empresários em nome individual, co-empresários ou através de uma sociedade em que detenham uma participação. Para esta última alternativa, a lei prevê a tributação dos lucros na esfera da sociedade e dos rendimentos dos sócios decorrentes da participação na sociedade na esfera destes (...)”; “o simples facto de o contribuinte se organizar de uma forma que não é geralmente habitual, não justifica o pressuposto de que o acordo é invulgar (...), [nem] justifica por si só uma presunção de abuso da lei, que o contribuinte teria de refutar”.

⁶⁰ Ac. do Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 29.12.2014 (processo n.º 2015/505), de 26.01.2015 (processo n.º 2015/406) e de 06.02.2015 (processo n.º 2015/412). Em sentido contrário, refira-se o Ac. do Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27.05.2014 (processo n.º 2014/1334).

fiscal criado pelo legislador, a concessão do benefício fiscal correspondente está claramente de acordo com o objetivo normativo prosseguido ou com o significado e finalidade das disposições relevantes”; “o exemplo mais relevante é a liberdade de escolher entre diferentes formas jurídicas quando se realiza uma atividade económica. Se o legislador deliberadamente não configurar a lei fiscal para ser neutra em termos de forma jurídica, não é possível falar de uma divergência entre a aplicação literal da lei e a sua teleologia no caso de a escolha da forma ser intencionalmente otimizadora dos efeitos fiscais. Por conseguinte, pode ser genericamente declarado o seguinte: se o legislador fiscal tiver decidido em certos casos tributar de modo desigual o que é em substância igual (do ponto de vista económico), não pode haver lugar a um veredicto de abuso baseado no ideal de igualdade de tributação ou de neutralidade de decisão, se o contribuinte escolher deliberadamente a variante fiscal mais favorável”⁶¹.

O sistema e a distribuição de lucros

O sócio de uma sociedade comercial é titular de um direito de participação nos lucros, que está previsto e regulado nos artigos 21.º, n.º 1, alínea a), e 22.º, do CSC. Segundo estas normas, conjugadas com o artigo 31.º desse diploma, qualquer distribuição de bens, salvo casos que o CSC expressamente regula noutro sentido, depende de deliberação dos sócios⁶².

Importa, antes do mais, destringir as três conceções do lucro⁶³: o *direito aos lucros* (“direito diretamente derivado do próprio conceito de sociedade e que consiste pelo menos no direito de todo o sócio a participar na distribuição dos lucros obtidos com o exercício da atividade social” e que se consubstancia no direito à quota de liquidação ou ao lucro final⁶⁴), o *direito aos dividendos* e o *direito ao dividendo deliberado* (constitui-se na esfera jurídica do sócio após a deliberação de aprovação do balanço e de distribuição dos lucros, tornando-o credor da sociedade).

O direito aos dividendos resultaria de uma vinculação da sociedade a distribuir lucros no final de cada exercício, especialmente prevista para as sociedades por quotas e anónimas nos artigos 217.º e 294.º do CSC. De acordo com o artigo 31.º, “salvo os casos de distribuição antecipada de lucros e outros expressamente previstos na lei, nenhuma distribuição de bens sociais, ainda que a título de distribuição de lucros de exercício ou de reservas, pode ser feita aos sócios sem ter sido objecto de deliberação destes”. Parte da doutrina⁶⁵ prende-se à primeira parte da referida norma, concluindo que os artigos 217.º e 294.º estão incluídos nos “casos previstos na lei” e que, por isso, não é necessária a deliberação dos sócios sobre a divisão de bens sociais. Segundo estes Autores, uma vez constituído o direito aos lucros na esfera

⁶¹ Osterloh-Konrad, 2019, pp. 644 e ss.

⁶² Cf. Ac. do TRC de 21.12.2010, processo n.º 210/09.5TBTCS.C1.

⁶³ Vd. sobre esta distinção o já citado Ac. do TRC de 21.12.2010.

⁶⁴ Santos, 1996, p. 19.

⁶⁵ Santos, 1996.

jurídica do sócio, ele torna-se credor da sociedade, podendo exigir a entrega de uma quantia certa e determinada. Outros – aos quais aderimos – sublinham a segunda parte da norma, concluindo pela necessidade de uma deliberação declarativa da repartição lucros⁶⁶. Sendo assim, o direito a um verdadeiro dividendo apenas se consolida na esfera jurídica de cada sócio aquando da adoção de uma deliberação ponderada, criteriosa e exigente da Assembleia Geral.

A questão que se impõe é se, havendo, pelo menos como princípio geral, a obrigação legal de distribuição de lucros, uma deliberação pela não distribuição – mantendo por isso os lucros na esfera da sociedade – pode (ou deve) ser encarada como um negócio jurídico fiscalmente abusivo.

Sendo esta decisão adotada no interesse da sociedade, o seu caráter abusivo deve ser determinantemente afastado. Infundas razões existem para serem constituídas reservas livres: utilização na cobertura de prejuízos, *input* da atividade, autofinanciamento, sustentabilidade ou projetos de investimento a médio/longo prazo, prudência e gestão de *governance*. Portanto, contanto que seja uma decisão validamente adotada pelos sócios⁶⁷, o facto de não se distribuir os lucros apurados de forma repetida e continuada, de modo a poder anualmente reservar capital, para reforço dos capitais próprios da sociedade⁶⁸, deve ser considerada absolutamente válida.

Reflitamos agora sobre a decisão ser adotada no interesse dos sócios – i.e., com um alegado intuito de diferir a tributação em sede de IRS. Entendemos, da mesma forma, que não existe abuso. Tendo em consideração o indispensável requisito do *abuso de formas jurídicas*, qualquer vantagem fiscal que pudesse eventualmente ser obtida – que, conforme dissemos acima, não é porque não existe um verdadeiro *diferimento* –, deveria ser absolutamente desconsiderada por não se verificar a violação do espírito do sistema legal. Com efeito, para além de ser uma opção especificamente concedida pelo nosso legislador – i.e., é assim que o nosso sistema funciona, *by-design* –, ainda que a intenção dos sócios seja o diferimento da tributação em sede de IRS, conforme se verá *infra*, a nossa lei prevê diversos mecanismos que impedem a distribuição “oculta” de lucros aos sócios. I.e., ainda que os sócios adotem uma deliberação de não distribuição e pretendam, por formas recônditas, beneficiar na sua esfera pessoal daqueles lucros, o nosso sistema fiscal não o permite.

Tema distinto será o do pagamento de um salário insignificante aos sócios administradores ou sócios trabalhadores, assim como o da sua *justiça e normalidade* para efeitos de mercado. Esta é uma questão que não nos cumpre por ora aprofundar, mas que está particularmente bem acautelada através do regime dos preços de transferência previsto no

⁶⁶ O ordenamento espanhol consagra um regime similar ao nosso (artigos 160, a) e 237.1, da *Ley de Sociedades de Capital*). Em Itália, a discussão em torno desta questão não era pacífica: Rossi guiava-se pela inexistência de um direito dos sócios à repartição do lucro, dispondo a sociedade de inteira liberdade para optar pela via que considerasse mais adequada aos seus interesses (Rossi, 1957, p. 184); por sua vez, Pettiti asseverou a existência de um direito dos sócios à repartição do lucro (Pettiti, 1957).

⁶⁷ Cf. artigo 217.º do CSC: aprovação por 3/4 dos votos, caso os estatutos não prevejam maioria simples.

⁶⁸ Domingues, 2016, p. 328; Ascenso, 2011, pp. 811-856; Ac. do TRP de 22.02.2021, processo n.º 2532/16.0T8AVR.P2.

artigo 63.º do Código do IRC.

A transparência fiscal

O nosso legislador fiscal está especialmente atento ao tema da interposição de uma sociedade comercial por uma pessoa singular. Foi por esse motivo que criou a transparência fiscal, com objetivos de neutralidade, combate à evasão fiscal e eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos aos sócios⁶⁹.

Este regime, implementado através do Decreto-Lei n.º 442-B/88, está previsto no artigo 6.º do Código do IRC e é aplicável às designadas *flow-through*, *pass-through* ou *fiscally-transparent entities*, quando a figura e individualidade dos sócios é predominante. A sociedade deve ser desconsiderada para efeitos de tributação do rendimento, uma vez que “todas as atividades produtivas de rendimento desenvolvidas pela sociedade transparente serão consideradas como se tivessem sido praticadas diretamente pelos seus sócios”⁷⁰, para permitir a tributação direta dos sócios. O *lucro tributável* é apurado em relação à sociedade, nos termos do IRC, sendo depois imputado aos sócios singulares em sede de IRS como rendimentos da categoria B, ou tributado em IRC, se forem pessoas coletivas⁷¹. Os sócios tornam-se os verdadeiros sujeitos passivos e, por isso, os únicos devedores do imposto⁷².

O artigo 6.º do Código do IRC já sofreu várias alterações desde a sua entrada em vigor. Atualmente a lei prevê, de forma taxativa, que este regime deve ser aplicado a: (i) sociedades civis não constituídas sob forma comercial; (ii) sociedades de profissionais; e (iii) sociedades de simples administração de bens, cuja maioria do capital social pertença, direta ou indiretamente, durante mais de 183 dias do exercício social, a um grupo familiar, ou cujo capital social pertença, em qualquer dia do exercício social, a um número de sócios não superior a cinco e nenhum deles seja pessoa coletiva de direito público.

As *sociedades civis não constituídas sob forma comercial* foram integradas neste regime “com o intuito de se atingir um apaziguamento fiscal, por via da prevenção de lacunas”⁷³, por serem *sociedades de pessoas* e não *sociedades de capital* – relativamente às quais o legislador não hesitou nem sequer remotamente sobre a existência de personalidade jurídica e a consequente sujeição a IRC. Aqui, não existe uma distinção entre a entidade e o sócio, mas apenas uma comunhão de interesses relativamente aos rendimentos obtidos e ao exercício de uma determinada atividade económica.

Por seu turno, as *sociedades de profissionais*⁷⁴ foram incluídas neste regime pelo facto de, na prática, ser comum verificar-se que os profissionais de certas atividades só em termos

⁶⁹ Marques, 2020, pp. 83 e ss.

⁷⁰ Okuma, 2009, p. 152.

⁷¹ Nabais, 1988, p. 502.

⁷² Serrão, 2011, p. 393.

⁷³ Lopes, 2016, p. 31.

⁷⁴ Nas sociedades de profissionais, os sócios são os profissionais enquadráveis no regime de transparência fiscal; nas *sociedades profissionais*, os sócios estão vinculados à sociedade por simples relação de emprego (Correia, 1989, p. 4).

formais a exercem em nome da sociedade. A atividade é exercida em nome próprio, sendo a sociedade fitada somente numa lógica de partilha de custos e de espaço, continuando a primar-se por uma forte individualidade de cada um, ao invés de uma verdadeira personalização e constitucionalização societária, como se impõe.

O conceito fiscal de sociedade de profissionais surgiu na década de 80, com a entrada em vigor do Código do IRS e do Código do IRC, e já foi alvo de várias alterações⁷⁵. Desde 2014⁷⁶, sociedade de profissionais é aquela (i) em que todos os sócios sejam pessoas singulares que são profissionais de atividades enquadradas no artigo 151.º do Código do IRS; (ii) cujo rendimento resulte em mais do que 75% do exercício de atividade prevista no artigo 151.º do Código do IRS, desde que, cumulativamente e durante mais de 183 dias do período de tributação: o número de sócios não seja superior a cinco; nenhum dos sócios seja pessoa coletiva de direito público; e, pelo menos 75% do capital social seja detido por profissionais enquadrados no artigo 151.º do Código do IRS.

Por fim, segundo o artigo 6.º, n.º 4, alínea b), do Código do IRC, uma *sociedade de simples administração de bens* – que não tem um escopo económico real – é aquela que limita a sua atividade à administração de bens ou valores mantidos como reserva ou para fruição, ou à compra de prédios para a habitação dos seus sócios, bem como aquelas que conjuntamente exerçam outras atividades e cujos proveitos relativos a esses bens, valores ou prédios atinjam, na média dos últimos três anos, mais de 50% da média, durante o mesmo período, da totalidade dos seus rendimentos, e cuja maioria do capital social pertença, direta ou indiretamente a um grupo familiar ou a um número de sócios não superior a cinco e nenhum deles seja pessoa coletiva de direito público. A lei não exige que haja exclusividade do exercício da atividade de administração de bens, sendo possível que tenha por objeto outras atividades para além das especificadas, contanto que aquela seja a atividade dominante. Também é possível enquadrar neste conceito as sociedades cujo grupo familiar tenha mais de 50% do capital social.

Ora, o legislador foi livre ao traçar a transparência fiscal: com maior ou menor extensão; com requisitos mais ou menos apertados. Veja-se, aliás, que desde a sua entrada em vigor a lei tem sofrido várias alterações, por forma a acomodar de forma mais ou menos intensa as necessidades sentidas pelo legislador em cada momento. E, se repararmos bem, não existe uma definição geral do conceito de *entidade transparente*, nem existem tão-pouco conceitos gerais ou indeterminados de difícil preenchimento⁷⁷.

Pelo contrário, no regime da transparência fiscal – tal como em todas as normas taxativas⁷⁸ –, a incidência fiscal assenta numa fixação perfeitamente detalhada, casuística e

⁷⁵ Lei n.º 30-G/00, de 29 de dezembro; Lei n.º 109-B/01, de 27 de dezembro; Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro.

⁷⁶ Com a entrada em vigor das Leis n.º 2/2014, de 16 de janeiro, e n.º 82-C/2014, de 31 de dezembro.

⁷⁷ Xavier, 1981, p. 120: “a tipicidade repele uma tributação baseada num conceito geral ou cláusula geral de tributo, ainda que referido à ideia de capacidade económica”.

⁷⁸ A taxatividade é geradora de segurança na aplicação da lei e, por isso, determinista quanto à discricionariedade permitida à AT, que deve ser tendencialmente nula (Vd. Xavier, 1981, pp. 118 e ss.).

exaustiva dos factos tributários. O legislador optou por uma tipicidade fechada; optou por *escolher as suas batalhas*. Em particular, o legislador optou por não incluir neste regime as sociedades prestadoras de serviços. Aqui, existe uma omissão deliberada do legislador, numa lacuna por opção política – que o intérprete não pode preencher, em relação aos elementos essenciais do imposto (cf. artigo 11.º, n.º 4, da LGT). O legislador ponderou o tema em todo o seu alcance e decidiu quais os casos que são tributados e, como reverso da medalha, aqueles que não são. Não foi por esquecimento ou imponderação; foi uma omissão de incidência deliberada, assumida e consciente – que o intérprete tem de respeitar e acatar.

A utilização “oculta” de bens sociais e a sua tributação

Poder-se-ia equacionar a possibilidade de a opção pela forma jurídica societária acarretar, para além das respetivas consequências fiscais – em especial, o seu modo de tributação –, uma possível utilização “camuflada” de bens sociais pelos sócios para utilização para fins pessoais. Mediante a interposição de uma pessoa coletiva, poderiam os sócios pessoas singulares dispor dos rendimentos auferidos pela sociedade comercial (sobre os quais incidiu uma tributação à taxa marginal de 21%), como se de rendimentos pessoais se tratasse, para deles beneficiarem por exemplo para suportar despesas relacionadas com viagens, refeições, compras ou alojamento pessoais. A sociedade poderia vir a deduzir as referidas despesas ao seu lucro tributável – *disfarçando-as* de despesas empresariais –, abatendo-o, conduzindo assim a uma tributação inferior. Esta situação seria, sem qualquer margem para dúvidas, abusiva – os sócios pessoas singulares estariam a beneficiar de montantes (como se tivessem sido por si auferidos) que não foram tributados devidamente.

Sucedem que, na realidade, este não é um risco palpável, pois existem vários mecanismos legais de prevenção ou combate a distribuições ocultas de lucros (não tributados em IRC).

Em primeiro lugar, o artigo 23.º do Código do IRC impede a dedutibilidade de gastos que não tenham uma *relação produtiva ou empresarial* com a sociedade⁷⁹. De acordo com essa norma, para a determinação do lucro tributável do sujeito passivo concorrem todos os gastos e perdas incorridos ou suportados pelo mesmo para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC. Aqueles encargos que não se inscrevam na atividade do sujeito passivo – p. ex., por respeitarem a despesas pessoais dos respetivos sócios ou membros dos órgãos de administração – não devem ser tratados por aquele como gastos fiscais, devendo acrescer por isso ao lucro tributável, com a consequente tributação nos termos gerais.

Por outro lado, não olvidemos o regime da tributação autónoma. Existem despesas que, muito embora sejam aceites como gastos fiscais – justamente, por revelarem a possível

⁷⁹ Até 2014, o conceito em torno do qual se encontrava construído o artigo 23.º do Código do IRC era o da sua *indispensabilidade* (“consideram-se gastos os que comprovadamente sejam indispensáveis para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora”). Em 2014, com a Reforma do Código do IRC, esse conceito foi eliminado e passou a exigir-se que os gastos tivessem uma *relação produtiva ou empresarial* com a atividade do sujeito passivo.

relação produtiva ou empresarial com a atividade do sujeito passivo –, são desincentivadas pelo legislador, atento o seu potencial para ocultar rendimentos acessórios ou *quicá* distribuições “ocultas” de lucros aos sócios.

O mecanismo encontrado pelo legislador para desincentivar estas despesas consiste na aplicação de uma “tributação autónoma”, que varia consoante o tipo de despesa. O exemplo paradigmático consiste nas despesas de representação: o sujeito passivo incorre em despesas para a sua representação perante terceiros (recepções, refeições, viagens, passeios e espetáculos oferecidos em Portugal ou no estrangeiro a clientes ou fornecedores ou ainda a quaisquer outras pessoas ou entidades). O Código do IRC aceita este tipo de despesas como gasto do exercício na sua totalidade, mas sujeita-as a tributação autónoma à taxa de 10% (ou 20%, se o sujeito passivo tiver prejuízo fiscal no ano em que as despesas foram suportadas).

Ora, o nosso legislador entendeu, sem prejuízo de adotar uma cláusula geral⁸⁰, reservá-la apenas para a fenomenologia elisiva – leia-se, repressão do planeamento fiscal abusivo – e dotar o contribuinte de um certo nível de proteção contra a aplicação excessiva de uma tal figura. É isso que se pode ver com a formulação da cláusula em termos particularmente cuidados e submetida a rigorosos requisitos – que são cumulativos.

A CGAA é a última *ratio* do sistema; não envolve um cheque em branco à AT, devendo ser de aplicação absolutamente excepcional⁸¹. Por um lado, porque o seu preenchimento é muitíssimo complexo e deve ser efetuado de forma absolutamente casuística⁸², e por outro, porque configura um claro desvio a diversos princípios constitucionais.

A segurança e a previsibilidade jurídica exigem uma interpretação teleológica (sobretudo no segmento “abuso de formas jurídicas”) na resposta a duas questões: a identificação de uma poupança fiscal não envolve automaticamente o preenchimento deste segmento da lei; tem de se concluir, após interpretação holística (teleológica), que existem sinais inequívocos de uma intenção de tributação: que o legislador não ponderou o caso, mas, se o fizesse, teria querido tributar.

⁸⁰ Dourado, 2007, pp. 357 e ss.; Saldanha Sanches, 2006, pp. 34 e ss.; Nabais, 1988, p. 377.

⁸¹ Ac. do CAAD de 21.10.2014, processo n.º 184/2014-T.

⁸² Ac. do TCAS, de 15.02.2011, processo n.º 04255/10.

Conclusão

Da simples leitura da CGAA, decorre que as índoles fiscal e artificiosa ou abusiva estão previstas separadamente: os atos ou negócios jurídicos devem ter como finalidade principal ou uma das finalidades principais a obtenção de uma vantagem fiscal, e devem ser dirigidos a esses fins com violação do espírito das normas aplicáveis.

A redação da CGAA não poderia ser outra, porque foi justamente assim que a sua racionalidade intrínseca a determinou, incluindo aquela que advém do cumprimento dos princípios constitucionais que a enformam. O nosso ordenamento jurídico valoriza o princípio da liberdade de escolha fiscal, enquanto dimensão fundamental de princípios como o da liberdade de iniciativa económica e o da propriedade privada. Um sistema jurídico que reconhece estes princípios não pode deixar de garantir aos particulares a liberdade de estruturarem os seus negócios do modo mais eficiente possível, tendo em vista a menor carga tributária que lhes seja, por lei, permitida.

Daqui decorrem duas consequências fundamentais para a presente dissertação. A primeira é a de que a lei fiscal, em geral, não pode obrigar um contribuinte a levar a cabo um certo comportamento ou a obter um certo resultado que seja o mais tributado de entre todas as opções viáveis disponíveis. De contrário, teríamos que todos os negócios que não tivessem conduzido ao resultado pretendido pela AT seriam por ela considerados anormais.

A segunda consequência é a de que se devem considerar excluídas do âmbito de aplicação da CGAA as situações em que, apesar de os contribuintes terem realizado atos ou negócios para cujos efeitos *económicos* existiam outros atos ou negócios com efeitos *fiscais* mais onerosos, aqueles atos ou negócios não foram realizados com *abuso de formas jurídicas*, porque foram concretamente utilizados para o seu fim económico-jurídico típico. É que, nos casos em que os atos ou negócios não se apresentam em desconformidade com a realidade económica que presidiu ao surgimento da norma jurídica em que se apoiam, estaremos sempre, por natureza, dentro da esfera de utilização normal da liberdade de iniciativa e escolha fiscal dos contribuintes.

Os atos ou negócios censuráveis por via da CGAA são sempre, e apenas, os *expedientes puramente artificiais*, isto é, aqueles cuja utilização é de tal modo invulgar, despropositada, arresvada ou absurda que se possa dizer que “*desfuncionalizou*” a forma jurídica utilizada, afastando-a decisivamente da sua habitual vocação.

Pois bem, na nossa ordem jurídica, qualquer atividade económica pode ser realizada de forma individual ou por meio de uma estrutura societária. Até se pode aceitar que a opção pela forma societária teve em mente a vantagem de, no imediato, tal atividade ser tributada em sede de IRC (na esfera da empresa), em vez de o ser em sede de IRS (na esfera pessoal dos sócios). O que não se pode dizer, porém, é que essa opção constituiu um uso abusivo ou artificioso de formas jurídicas, sob pena de esta violar o princípio da proporcionalidade, nas dimensões de *necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*, porque implica a

compressão excessiva dos princípios da liberdade de iniciativa económica, da propriedade privada, da segurança jurídica (na sua expressão de princípio da proteção da confiança), ínsitos na ideia de Estado de Direito democrático, e da legalidade fiscal (na sua dimensão de princípio da tipicidade).

Ver-se-á a liberdade de iniciativa económica e a propriedade privada restringidas porque, para salvaguardar a igualdade fiscal (que legitima a CGAA), através da extração de vantagens fiscais ilegitimamente obtidas pelos contribuintes, o legislador não precisava, de todo, de considerar ilegítima a utilização de formas jurídicas que se coadunam na íntegra com os seus fins *típicos* e *correntes*. Essa opção acarretará que a CGAA tem por premissa que os contribuintes, colocados perante duas alternativas igualmente lícitas (e que cumprem as suas finalidades habituais), têm de escolher aquela que comporta maior onerosidade fiscal.

Por seu turno, a segurança jurídica (proteção da confiança) e a legalidade fiscal (tipicidade) são violadas porque, na interpretação prefigurada, a CGAA permite à AT a requalificação *a posteriori*, de modo unilateral, dos efeitos fiscais *típicos* de negócios *habituais*, realizados para a concretização dos seus resultados jurídico-económicos *próprios*. Ou seja, através da CGAA, a AT pode afetar a esfera fiscal de contribuintes que atuaram num contexto de perfeita *normalidade*, o qual por natureza lhes deveria gerar a expectativa legítima de não serem alvo de uma atuação corretiva por parte da AT.

Referências bibliográficas

- ABRAHAM, M. (2011). Limitações do Código Civil brasileiro ao planejamento tributário. In *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, vol. III – Direito fiscal: Parte geral*. Coimbra Editora.
- AGOSTINI, A. (1983). *Les options fiscales*. Paris: LGDJ.
- AMORÓS, N. (1965). Elusión y evasión tributaria. *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n.º 59.
- ANTUNES, J.E. (2013). *Direito das sociedades comerciais, Parte geral*, 4.ª ed.
- ASCENSO, J.M. (2011). As sociedades não lucrativas. Breve análise do direito dos sócios aos lucros. *Revista de Direito das Sociedades*, vol. 3, n.º 3.
- BASTO, J.G.X. de & LOBO XAVIER, A. (1994). Ainda a distinção entre taxa e imposto: A inconstitucionalidade dos emolumentos notariais e registrais devidos pela constituição de sociedades e pelas modificações dos respectivos contratos. *Revista de Direito e Estudos Sociais*.
- BASTO, J.G.X. de (1978). O imposto sobre as sociedades e o imposto pessoal de rendimento – separação ou integração? In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*. Número especial do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. IV.
- BASTO, J.G.X. de (2007). *IRS: Incidência real e determinação dos rendimentos líquidos*. Coimbra Editora.
- CALDAS, Marta (2018). O conceito de planeamento fiscal agressivo: Novos limites ao planeamento fiscal? *Cadernos IDEFF*, n.º 18.
- CAMPOS, D.L. de, SILVA RODRIGUES, B. & LOPES DE SOUSA, J. (2012). *Lei Geral Tributária – Anotada e comentada*, 4.ª ed.
- CIPPOLINA, S. (1992). *La legge civile e la legge fiscale: Il problema dell’elusione*. CEDAM.
- COMMITTEE OF EXPERTS ON INTERNATIONAL COOPERATION IN TAX MATTERS (2011). *Revision of the Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties*. Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters – Seventh Session, Geneva, 24-28 October 2011, E/c.18/2011/CRP.11/Add.1.
- CORREIA, J. (1989). Transparência fiscal das sociedades de profissionais. *Fisco*, n.º 7.
- COURINHA, G.L. (2004). *A cláusula geral anti-abuso no direito tributário*. Almedina.
- DOMINGUES, P. de T. (2016). Anotação ao artigo 217.º. In *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. III. Almedina.
- DOURADO, A.P. (2007). *O princípio da legalidade fiscal: Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*.
- FERNANDES, A.L.C. (1999). Alcance do regime do art. 32.º-A do Código do Processo Tributário e a simulação fiscal. *Direito e Justiça*, vol. XIII, tomo 2.
- FERNANDES, A.L.C. (2010). *A economia das finanças públicas*. Almedina.
- KENWORTHY, L. (2008). *Jobs with equality*. Oxford.
- LIMA, F. (2014). *A tributação de mais-valias da alienação de ações: Evolução legislativa e desafios fiscais num panorama de crise económica*. Tese de Mestrado em Direito Fiscal. Porto: Universidade Católica Portuguesa.
- LOPES, M.A.M. (2016). *A transparência fiscal – Contributo para a compreensão do artigo 6.º do CIRC*. Coimbra.

- MACHADO, J. E. M. & NOGUEIRA DA COSTA, P. (2012). *Curso de direito tributário*. Coimbra Editora.
- MARQUES, P. (2016). Constituição, legalidade e tipicidade tributária: Subsídios para a sua compreensão. *Revista do Ministério Público*, n.º 146.
- MARQUES, R. (2020). Anotação ao artigo 6.º. In *Código do IRC – Anotado e comentado*, 2.ª ed. Almedina.
- MORAIS, R.D. (2005). *Imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado*, Universidade Católica.
- MORAIS, R.D. (2006). Sobre a noção de cláusulas anti-abuso. In *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, vol. III. Coimbra Editora.
- MORAIS, R.D. (2007). *Apontamentos ao IRC*. Almedina.
- MOURA RAMOS, V. (2001). Da cláusula geral anti-abuso em direito fiscal e da sua introdução no ordenamento jurídico português. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXVII.
- NABAIS, J.C. (2003). A face oculta dos direitos fundamentais: Os deveres e os custos dos direitos. In *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra Editora.
- NABAIS, José C. (1988). *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra Editora.
- NUNES, G. A. (2000). A cláusula geral anti-abuso de direito em sede fiscal (art. 38.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária) à luz dos princípios constitucionais do direito fiscal. *Fiscalidade*, n.º 3.
- OKUMA, A. D. (2009). *Normas anti-elisivas domésticas e internacionais no direito tributário internacional*. Tese de doutorado em Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- OSTERLOH-KONRAD, C. (2019). *Die Steuerumgehung – Eine rechtsvergleichende und rechtstheoretische Analyse*.
- PÉREZ AYALA, J.L. (2006). *El régimen de las economías de opción en un contexto globalizado*. Madrid. Instituto de Estudios Fiscales.
- PETTITI, D. (1957). *Contributo allo studio del diritto dell' azionista al dividendo*. Giuffré Editore.
- PIRES, José M. F. (2015). *Lei Geral Tributária comentada e anotada*. Almedina.
- RIBEIRO, J. J. T. (1995). *Lições de finanças públicas*, 5.ª ed. Coimbra Editora.
- ROSSI, G. (1957). *Utile di bilancio, riserve e dividendo*. Giuffré Editore.
- SALDANHA SANCHES, J. L. (2000). Abuso de direito em matéria fiscal: natureza, alcance e limites. *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 398.
- SALDANHA SANCHES, J. L. (2006). *Os limites do planeamento fiscal – Substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional*. Coimbra Editora.
- SALDANHA SANCHES, J. L. (2009). *Reestruturação de empresas e limites do planeamento fiscal: As duas constituições – nos dez anos da cláusula geral anti-abuso*. Coimbra Editora.
- SANTOS, F.C. dos (1996). A posição do accionista face aos lucros de balanço: O direito do accionista ao dividendo no Código das Sociedades Comerciais. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*.
- SERRÃO, M. (2011). Transparência fiscal – imputação a sócios ou membros não residentes. *CTF*, n.º 427.
- SOUSA, D.P. de (2013). *Direito fiscal e processo tributário*. Coimbra Editora.
- SUGIN, L. (2004). Theories of distributive justice and limitations on taxation: What Rawls demands from tax systems. *Fordham Law Review*, vol. 72.

- TEIXEIRA, G.A. (2003). Sistemas fiscais na União Europeia. In *Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro Faria*. Coimbra Editora.
- VASQUES, S. (2017). *O Imposto sobre o Valor Acrescentado*. Almedina.
- VASQUES, S. (2018). IVA, deduções e presunções. *Arbitragem Tributária*, n.º 8.
- VASQUES, S. (2018). *Manual de direito fiscal*, 2.ª ed.
- XAVIER, A. (1981). *Manual de direito fiscal*, vol. I. Almedina.

Jurisprudência

- Ac. do BFH de 16.03.1988, X R 27/86.
- Ac. do BFH de 23.10.1996, I R 55/95, BFHE 181, 490.
- Ac. do TRC de 21.12.2010, processo n.º 210/09.5TBTCS.C1.
- Ac. do TCAS, de 15.02.2011, processo n.º 04255/10.
- Ac. do Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27.05.2014, processo n.º 2014\1334.
- Ac. do CAAD de 21.10.2014, processo n.º 184/2014-T.
- Ac. do Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 29.12.2014, processo n.º 2015/505.
- Ac. do Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 26.01.2015, processo n.º 2015/406.
- Ac. do Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 06.02.2015, processo n.º 2015/412.
- Ac. do STJ, de 07.11.2017, processo n.º 919/15.4T8PNF.P1.S1.
- Ac. do CAAD de 15.05.2019, processo n.º 441/2018-T.
- Ac. do TRG, de 23.01.2020, processo n.º 4387/19.3T8VNF.G1.
- Ac. do CAAD de 27.10.2020, processo n.º 849/2019-T.
- Ac. do TRP de 22.02.2021, processo n.º 2532/16.0T8AVR.P2.

**EU's competence in social policy and the impact of Directive
(EU) 2022/2041 of the European Parliament and of the Council
on adequate minimum wages in the European Union**

Jacqueline Juhrs Flaire

Sob a orientação da Professora
Doutora Sofia Oliveira Pais

To my parents.
To my sister.
To my friends.
To my professors.
To everyone who supported me.

Acknowledgements

I am deeply grateful to my mother, whose unwavering support and encouragement have been my greatest source of strength. I am also thankful to my father, sister, and nephew for their constant faith in me.

Furthermore, I extend my deepest appreciation to Professor Sofia Oliveira Pais for her patience, understanding, inspiration, and guidance. It has been an immense honour and privilege to be her student, given my profound respect for her professionalism. Words fail to convey the extent of my gratitude for her acceptance as my supervisor.

I would like to extend my deepest appreciation to my friends, notably Paula Lekić, João Fachada, Carla Christens, Kris Debruyne and David Debruyne, for their invaluable assistance.

Moreover, I would like to express my gratitude to Professor Raquel Carvalho for introducing me to the Master programme in Law, and to the individuals who have offered their unwavering support throughout my academic journey at the Porto Faculty of Law of Universidade Católica Portuguesa. I would like to specifically acknowledge their guidance and assistance in relation to the Incentive to International Mobility in Law (EMID) and other essential technical and administrative aspects of my course. I am deeply grateful to Ms. Rosa Lina Rocha for her invaluable assistance.

Finally, I extend my acknowledgements to the professors at Universidade Católica Portuguesa and KU Leuven for their inspiring debates and support in defining my master's thesis topic, especially Professor Frank Hendrickx.

Resumo

Em outubro de 2022 foi adotada a Diretiva (UE) 2022/2041, relativa a salários mínimos adequados na União Europeia. A presente dissertação analisará a legalidade desta Diretiva, incluindo as suas principais disposições e o impacto que poderá causar em determinados Estados-Membros, como Portugal. Embora a Diretiva não estabeleça um nível de salário mínimo específico, este ato legislativo traz medidas a serem implementadas pelos Estados-Membros para fortalecer as negociações coletivas, garantir um salário mínimo adequado e proteger os direitos dos trabalhadores nestes contextos. A dissertação destaca a importância de salários mínimos adequados para proteger a dignidade dos trabalhadores em conformidade com o Pilar Europeu dos Direitos Sociais e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e conclui que esta Diretiva é fundamental para enfrentar a crise e os novos desafios do mercado de trabalho, embora possa encontrar dificuldades em ser implementada devido à falta de alinhamento político e às circunstâncias económicas e políticas de alguns Estados-Membros.

Palavras-chave: Direito Europeu do Trabalho; Pilar Europeu dos Direitos Sociais; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; Diretiva; salário mínimo adequado; competência da UE; política social; Artigo 153.º, n.º 5, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia; mecanismos de fixação dos salários; salário mínimo estatutário; convenções coletivas; negociação coletiva; proteção social; mercado interno.

Abstract

In October 2022, Directive (EU) 2022/2041 on adequate minimum wages in the European Union was adopted. This dissertation will analyse the legality of this Directive, including its main provisions and the impact on certain Member States, such as Portugal. Although the Directive does not set a specific minimum wage level, this legislative act provides measures to be implemented by the Member States to strengthen collective bargaining, guarantee an adequate minimum wage, and protect workers' rights in these contexts. The dissertation highlights the importance of adequate minimum wages to protect the dignity of workers, in accordance with the European Pillar of Social Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union, and concludes that this Directive is fundamental to address the crisis and the new labour market challenges, although it may experience implementation difficulties due to the lack of political alignment and the economic and political circumstances of some Member States.

Keywords: European Labour Law; European Pillar of Social Rights; Charter of Fundamental Rights of the European Union; Directive; adequate minimum wage; EU competence; social policy; Article 153 (5) of the Treaty on the Functioning of the European Union; wage-setting mechanisms; statutory minimum wage; collective agreements; collective bargaining; social protection; internal market.

Acronyms and abbreviations

ART. (s).	Article (s)
CFREU	Charter of Fundamental Rights of the European Union
CJEU	Court of Justice
CPR	Constitution of the Portuguese Republic (Constituição da República Portuguesa) – Decree of 10 April 1976.
EC	European Commission
EEC Treaty	Treaty establishing the European Economic Community (EEC Treaty)
EP	European Parliament
EPSR	European Pillar of Social Rights
ESC	European Social Charter
ETUC	European Trade Union Confederation
EU	European Union
GDELR	General Directorate of Employment and Labour Relations (Direção Geral do Emprego e das Relações de Trabalho)
GLLPF	General Labour Law in Public Functions (Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas - LGTFP)
ILO	International Labour Organization
LC	Portuguese Labour Code (Código do Trabalho) - Law No. 07/2009 of 12/02/2009
SMEs	Small and Medium-Sized Enterprises
SMEunited	European Association of Craft, Small and Medium-Sized Enterprises
SMW(s)	Statutory minimum wage(s)
TEU	Treaty on European Union
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union
UK	United Kingdom

Disclaimer

The rule of citation adopted followed the author-date model. In situations where there are two references of the same author, dated the same year, an alphabetical letter was added to each one, with identical correspondence in the final bibliography. When a reference is made to an entire publication, only the author's name and the date of publication are included. Furthermore, it is important to note that the responsibility for translating the transcriptions of non-English sources lies with the Author of this thesis.

Table of contents

Introduction	9
1. Legal assessment of the directive	10
1.1. Context of the analysis	10
1.2. EU's competence in social policy	13
1.2.1. Principle of conferral and the role of CJEU in limiting the competences of the EU	13
1.2.2. The legal basis of the Directive and the limited scope of Article 153 TFEU	15
1.2.3. What is the CJEU's interpretation of the 'pay' exception in Art. 153 (5) TFEU?	17
1.2.4. Does the Directive characterise a direct interference in the determination of pay?	19
1.2.5. Does Art. 153 (1) (b) TFEU include pay-related conditions under the definition of 'working conditions'?	20
1.2.6. Should the EU have selected different articles as the legal basis for the Directive?	22
2. Impact assessment of the Directive	22
2.1. Main provisions of the Directive and relevant concerns	22
2.1.1. Subject matter and scope	22
2.1.2. Promotion of collective bargaining on wage-setting	24
2.1.3. Provisions regarding statutory minimum wages	25
2.1.4. Horizontal provisions	26
2.1.5. Final provisions	27
2.2. Potential consequences of implementing the Directive	28
2.2.1. Examples of the expected impact of the Directive in selected Member States with minimum wages set by statutory regulation	29
2.2.2. Examples of the expected impact of the Directive in selected Member States with minimum wages set exclusively by collective agreements	36
2.2.3. An overview of the effectiveness and practical consequences of the Directive's implementation	38
Conclusion	42
Bibliography	44
EU law and Publications	47
Case-law	48

Introduction

In her publication ‘Political Guidelines for the next European Commission 2019-2024,’ Ursula von der Leyen – the esteemed President of the European Commission (‘EC’) - has articulated that “[...] it is high time that we reconcile the *social* and the *market*¹ in today’s modern economy”². Drawing particular attention to an action plan for realising the European Pillar of Social Rights (‘EPSR’), she stated that a legal instrument to guarantee fair minimum wages in the European Union (‘EU’) would be proposed, which should correspond to national traditions and be established by collective agreements or national laws at a level that ensures a decent life.³

In October 2020, the European Commission proposed Directive (EU) 2022/2041 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on adequate minimum wages in the European Union⁴ (‘the Directive’), which was subsequently approved by the European Parliament (‘EP’) in September 2022 and formally adopted by the Council of the European Union on October 4th, 2022.⁵ Member States were granted a two-year period to adopt national measures that align with the requirements specified in the Directive.⁶

The Directive aims to improve collective bargaining for setting minimum wages and launched the least criteria to be observed when setting the statutory minimum wage (‘SMW’).⁷ This framework aims to support the establishment of an adequate minimum wage in Member States (‘MSs’), in order to ensure decent living and working conditions, enhance productivity, and promote social and economic advancement, while also addressing wage disparities and workplace poverty.⁸

Before the adoption of the Directive, the EC consulted the social partners in two phases in 2020⁹, and their reactions were diverse: trade unions were largely in favour of this EU initiative, while employers’ organisations were critical and favoured a non-binding recommendation.¹⁰ Apart from Central Europe Energy Partners, the employers’ organisation argued the EU lacked the competence to propose a legislative act on minimum wages since Art. 153 (5) of the Treaty on the Functioning of the European

¹ Original source emphasizes.

² See <https://data.europa.eu/doi/10.2775/101756>, p. 10.

³ See <https://data.europa.eu/doi/10.2775/101756>, p. 10.

⁴ See <http://data.europa.eu/eli/dir/2022/2041/oj>.

⁵ See <http://data.europa.eu/eli/dir/2022/2041/oj>.

⁶ See <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/PIN/?uri=CELEX:52020PC0682>.

⁷ See <http://data.europa.eu/eli/dir/2022/2041/oj>.

⁸ See <http://data.europa.eu/eli/dir/2022/2041/oj>.

⁹ See https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/fs_20_51 and <https://op.europa.eu/s/yBVc>.

¹⁰ See https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/fs_20_51 and <https://op.europa.eu/s/yBVc>.

Union ('TFEU') excepts the field of 'pay' from the EU's social policy competences listed in Art. 153 (1) TFEU.¹¹

Moreover, on January 18, 2023, Denmark brought an action (Case C-19/23) against the European Parliament and the Council of the European Union at the Court of Justice of the European Union ('CJEU'). This action primarily seeks to question the validity of the Directive and, as an alternative, seeks to have certain articles within the Directive annulled, specifically Article 4(1)(d) and Article 4(2).¹² The arguments supporting this request will be elaborated in the upcoming sections.

Given a history marked by a debate between contradictory opinions around the Member States' interest in conferring the EU powers to coordinate wage policy¹³, the legal basis of the Directive and its impact on Member States' labour systems are essential for the future of the European Labour Law. Therefore, the rationale of this thesis is to analyse the first legally binding act (secondary legislation) adopted by the EU on adequate minimum wages.¹⁴ It is divided into two key debates. The first regards the limits of EU social competence, considering the interpretation of the CJEU.¹⁵ The central topic of the second debate is the examination of the implications of the Directive on labour law for Member States and its influence on the EU labour market. Furthermore, the provisions of the Directive are elucidated to facilitate comprehension of Member States' potential implementation. Nonetheless, the purpose is not to extensively delve into the Directive's substantive content, but rather to present valuable reflections on its weaknesses and concerns surrounding its effectiveness.

Legal assessment of the Directive

Context of the analysis

To adequately develop the proposed analyses for this thesis, it is essential to consider certain factors associated with the evolution of the legal context that played a fundamental role in facilitating the implementation of EU initiatives in social policy.

The primary aim of the initial European treaties was to prevent competition from being distorted, emphasising its economic origins.¹⁶ As a result, the development of social policies was entrusted to the Member States through collaboration and coordination.¹⁷ Furthermore, the establishment of the common market for goods,

¹¹ See <https://op.europa.eu/s/yCTO>, p. 4.

¹² See <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62023CN0019>.

¹³ Menegatti, 2021, p. 21.

¹⁴ Schwertner, 2022, p. 31.

¹⁵ This thesis does not delve into the decisions made by the General Court.

¹⁶ Schlachter, 2015, pp. 4-5. The Treaty establishing the European Economic Community between six European States (Belgium, France, Germany, Italy, Luxembourg and the Netherlands) already provided for a Title III on Social Policy.

¹⁷ Schlachter, 2015, pp. 4-5.

services, capital, and people, as outlined in the 1957 Treaty establishing the European Economic Community ('EEC Treaty'), was anticipated to be a means of realising social policy.¹⁸

Hence, the title 'Social Policy' of the European treaties provided a minimalist scope in its early stages¹⁹, mainly because of the contrasting views of the Member States on the role of the EU in social policy.²⁰ In 1973, confronted with discrepancies in economic progress and quality of life among the Member States, and after the Heads of State and Government concluded in Paris that the EU should provide a 'human face' (Paris Summit)²¹, the EC introduced a Social Action Programme, which preceded the enactment of various social initiatives.²²

However, it is important to note that this Social Action Programme did not confer legislative powers to the EU, implying that legally binding measures in the social field at the EU level could solely be adopted based on Arts. 100 and 235 of the EEC Treaty [now Arts. 115 and 352 TFEU], which were general provisions regarding EU powers in law-making that required unanimous voting of the Council of the European Union.²³

Discussions on social policy intensified in the 1980s, largely due to the enthusiasm of Jacques Delors, the President of the European Commission at that point, who strengthened the notion of a 'European Social Dimension' (*L'Espace Social de L'Europe*)²⁴ and obtained assistance from trade unions.²⁵

The fundamental innovation for European Labour Law was the adoption of the Single European Act in 1986, which introduced Article 118a [now Art. 153 TFEU] into the EEC Treaty, extending qualified majority voting to the fields regarding the health and safety of workers, implying that countries reluctant to social policy, such as the United Kingdom ('UK'), could no longer block an EU initiative in these areas, leading to the adoption of various directives based on this Article, such as the Working Time Directive.²⁶

Subsequently, the Treaty of Amsterdam, signed in 1997, provided further clarification on the roles of the Member States and the EU in the development of social policies.²⁷ However, it was the Treaty of Lisbon (signed in 2007) that marked a

¹⁸ Schlachter, 2015, pp. 4-5.

¹⁹ Schütze, 2021, p. 800.

²⁰ Watson, 2014, p. 40.

²¹ Kenner, 2003, p. 24.

²² Watson, 2014, pp. 41-42.

²³ Watson, 2014, p. 39. Hantrais, 2019, p. 34. adds that "the compromise solution adopted by the signatories to the EEC Treaty was to incorporate a section on social policy but without stipulating how most of the provisions should be implemented. The Commission's role was not to elaborate a European social policy, but to facilitate collaboration and mobility between member states".

²⁴

See https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/652009/EPRS_BRI2020.652009_EN.pdf.

²⁵ Schlachter, 2015, p. 6.

²⁶ Watson, 2014, p. 43.

²⁷ Watson, 2014, p. 46.

significant milestone, placing not only economic and monetary integration but also the well-being of European citizens and their values at the forefront of EU legislation.²⁸

In parallel, the EU's efforts to formulate a minimum wage policy have been defined by the EU's aim to address a wide range of challenges encountered by workers in labour markets.²⁹ The consideration of enacting this policy began after the introduction of the 1989 Community Charter of Fundamental Social Rights.³⁰ This Charter had a pivotal role in shaping social legislation by guaranteeing the right to an 'equitable wage', even though it was not legally binding.³¹

During the early 1990s, opposition arose from Member States who believed minimum wages should only be regulated nationally due to variations in systems, cost of living, productivity, and economic performance.³² As a result of this opposition, the notion of a 'equitable wage' was omitted from the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('CFREU'), which was signed in 2000 and became a legally binding instrument after the Treaty of Lisbon came into force (Art. 6 (1) of the Treaty on European Union – 'TEU').³³

Due to similar factors, employers' organisations have consistently hesitated to embrace EU minimum wage policies, while European trade unions have been unable to achieve a unanimous agreement on this issue (thus explaining the lack of a clear policy stance by the European Trade Union Confederation – 'ETUC' in this domain).³⁴

Nevertheless, in a more recent development, the EPSR introduced a set of 20 principles with the goal of enhancing the social dimension of the EU.³⁵ As Professor Frank Hendrickx³⁶ clarifies, while EU acts must be adopted following the current EU competences, the EPSR was an impetus for EU initiatives in labour law and spread an encouraging message insofar as "it re-establishes the idea that social progress must also serve the purpose of fairness and that European economic integration is subject to the respect of fundamental social rights"³⁷.

As is evident from the above, the EU has taken measures to ensure the right to an adequate minimum wage and significant advancements have been achieved, including the application of protective measures outlined in the CFREU and the EPSR³⁸, as acknowledged in the Directive's Preamble. However, it is important to understand that

²⁸ Costa et al., 2020, p. 55.

²⁹ Riesenhuber, 2012, pp. 19-20.

³⁰ Riesenhuber, 2012, pp. 19-20.

³¹ Riesenhuber, 2012, pp. 19-20.

³² Schulten, 2008, pp. 429-431.

³³ Schulten, 2008, pp. 429-431.

³⁴ Schulten, 2008, pp. 434-435.

³⁵ See https://commission.europa.eu/publications/european-pillar-social-rights-booklet_en.

³⁶ Hendrickx, 2018, p. 6.

³⁷ Hendrickx, 2018, p. 6.

³⁸ While the CFREU can be applied by the CJEU, the EPSR has more relevance in the political field.

the EU cannot solely rely on the recognition of the worker's right to fair remuneration as the basis for binding legal acts on wages.³⁹ For a while now, there has been a lack of clarity regarding the proper scope of the EU's competences in social policy, mainly because there are contradictory opinions on whether to allow a broad or strict interpretation in this regard, which may have implications for the legality of EU acts.

The question arises as to whether the adoption of the Directive could be justified under the EU competence in 'working conditions' as outlined in Article 153 (1) (b) TFEU, given the exclusion of 'pay' from the scope of Article 153 TFEU as stated in Article 153 (5) TFEU. As will be further elucidated, the CJEU has appropriately embraced a strict interpretation, thereby indicating that the exclusion of 'pay' does not encompass the entirety of this sphere, as the specific conditions regarding workers' remuneration are considered integral to 'working conditions'.

EU's competence in social policy

The subsequent sections will focus on the EU's legislative competences in social policy and the debates surrounding the legal basis of the Directive. Prior to examining these points in detail, it is necessary to present a section that outlines the interpretation of the CJEU and its consequences on determining the scope of the TFEU articles.

Principle of conferral and the role of CJEU in limiting the competences of the EU

"So, what is a legislative competence? The best definition is this: legislative competence is the *material field*⁴⁰ within which an authority is entitled to legislate".⁴¹ Under the principle of conferral prescribed in Art. 5 (2) TEU, the Member States confer some of their powers on the EU by means of the European Treaties ('the Treaties') in order to realise the objectives of these Treaties, meaning that it reflects the Member States' interest in achieving certain aims commonly, while simultaneously safeguarding their concerns since it ensures that areas not addressed by the Treaties stay under the exclusive competence of the Member States.⁴²

Moreover, this principle triggers two distinct consequences: first, the EU cannot confer on itself additional powers beyond those explicitly foreseen in the Treaties (any extension of its powers can only be accomplished through the amendment of the Treaties by the Member States), and second, the EU is prohibited from adopting an act that

³⁹ Aranguiz & Garben, 2021, p. 160.

⁴⁰ Original source emphasizes.

⁴¹ Schütze, 2021, p. 229.

⁴² Dadomo & Quéniévet, 2020, p. 33.

addresses a matter which is outside its powers (*'ultra vires'* act).⁴³ Amtenbrink & Vedder⁴⁴ complete that, as an ultimate and practical outcome, every action undertaken by the EU must be based on specific articles of the Treaties.

However, according to Schütze⁴⁵, there is a more flexible approach to interpreting the principle of conferral, which sets aside the original intentions of the Treaties' founders and instead employs a "[...] teleological interpretation [which] asks what is the purpose – or *telos*⁴⁶ – of a rule. Thus, it looks behind the legal text in search of a legal solution to a social problem that may not have been anticipated when the text was drafted"⁴⁷. This interpretation is particularly significant when the terminology employed in the TFEU lacks precise definitions, giving rise to, for example, 'vertical disputes' regarding whether the EU or the Member States hold the power to legislate within a specific domain.⁴⁸

In these cases, it is possible to contest the legality of an EU legal act before the CJEU through an action provided for in Article 263 TFEU, arguing that the EU has insufficiently or incorrectly selected the legal basis for its legal acts (such as secondary legislation) or has exceeded the limits of its powers.⁴⁹ In response, the CJEU may apply the 'teleological interpretation' approach and, consequently, the determination of the EU competence may be shaped through the CJEU's interpretation of EU Law rather than resulting from a purely political process.⁵⁰ This particular scenario has led to the emergence of a phenomenon known as 'competence creep', which involves the EU exceeding its authorised powers as stipulated in the TEU or the TFEU, often relying on the CJEU's application of the 'teleological approach'.⁵¹

As a result, one can draw the conclusion that, due to the lack of clarity in certain terms of the TEU and the TFEU, the CJEU is vested with the ultimate power to establish the scope of the legal basis of EU legal acts, guided by principles of EU Law.⁵² Consequently, as outlined in the *Parliament v. Council of the European Union* case (C-363/14⁵³), the CJEU assesses the legality of EU legal acts by considering their objectives and content (paragraph 41).

⁴³ Dadomo & Quéniwet, 2020, p. 34.

⁴⁴ Amtenbrink & Vedder, 2021, p. 33.

⁴⁵ Schütze, 2021, pp. 231-232.

⁴⁶ Original source emphasizes.

⁴⁷ Schütze, 2021, pp. 231-232.

⁴⁸ Morano-Foadi et al., 2018, p. 156.

⁴⁹ Dadomo & Quéniwet, 2020, p. 34. One example of a CJEU judgement in annulling a directive on the basis of Article 263 of TFEU is Judgment of the Court of 5 October 2000, *Federal Republic of Germany v. European Parliament and Council of the European Union*, C-376/98, *Official Journal*, C 335, pp. 21-22. CELEX: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:C2000/335/39>.

⁵⁰ Amtenbrink & Vedder, 2021, p. 35.

⁵¹ Redmond, 2019, p. 196.

⁵² Morano-Foadi et al., 2018, p. 165.

⁵³ See <https://e-justice.europa.eu/ecli/ECLI:EU:C:2015:579>.

The legal basis of the Directive and the limited scope of Article 153 TFEU

The Directive's legal basis is Article 153 (1) (b) TFEU, which stipulates the EU may “support and complement the activities of the Member States” in the field of “working conditions”, in conjunction with Article 153 (2) (b) TFEU, which allows the EU to adopt directives in the mentioned field. The problem is that Article 153 (5) TFEU excepts the area of ‘pay’ from the application of Article 153 TFEU. Therefore, the main opposition to the implementation of the Directive stems from the argument that the EU lacks the required competence to enact legislation regarding minimum wage conditions based on Article 153 (5) TFEU.

This debate is recurrent since the exact scope of the competences conferred on the EU as regards social policy and the exceptions to Article 153 TFEU remain uncertain.⁵⁴ Hence, it cannot be precisely deduced from the wording of the TFEU whether or not the term ‘working conditions’ in Article 153(1)(b) TFEU includes conditions related to the remuneration of workers.

As stated earlier, the Danish government has filed an action against the European Parliament and Council of the European Union at the CJEU (Case C-19/23), asserting that the Directive, or alternatively its Article 4(1)(d) and Article 4(2), infringe upon the principle of the conferral and breach Article 153(5) TFEU due to their direct interference with the determination of pay levels in Member States and their involvement with the right of association, which exceeds the competence of the EU in social policy.⁵⁵

To support its principal claim, the Danish government argues that the Directive cannot be legally adopted under Art. 153(1)(b) TFEU because it pursues objectives from both Article 153(1)(b) and Article 153(1)(f)⁵⁶, which have incompatible decision-making processes (particularly, Article 153(1)(f) requires unanimity), thereby making it impossible to adopt the Directive under Article 153(1)(b).⁵⁷

⁵⁴ Nielsen, 2000, p. 47.

⁵⁵

See <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=271514&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2071365>.

⁵⁶ “Article 153. ex Article 137 TEC. 1. With a view to achieving the objectives of Article 151, the Union shall support and complement the activities of the Member States in the following fields: [...] b. working conditions; [...] f. representation and collective defence of the interests of workers and employers, including co-determination, subject to paragraph 5; [...]”.

⁵⁷

See <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=271514&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2071365>.

Given this context, the forthcoming sections will tackle the following questions: What is encompassed by the term ‘pay’? What is the interpretation of this exception by the CJEU? Does the term ‘working conditions’ comprise conditions relating to workers’ wages? Is the Directive in line with the CJEU’s ruling? Should the EU have selected different articles as the legal basis for the Directive?

What is the CJEU’s interpretation of the ‘pay’ exception in Art. 153 (5) TFEU?

In *Del Cerro Alonso* (C-307/05⁵⁸), *Impact* (C-268/06⁵⁹) and *Bruno* (Joined cases C-395/08 and C-396/08⁶⁰), the CJEU ruled that a restrict interpretation should be applied to the ‘pay’ exception, as Article 153 TFEU mandates that EU measures in the realm of social policy must align with the objectives set forth in Article 151 TFEU. The EU is required, under Article 151 TFEU, to uphold fundamental social rights while intervening in this domain, which includes the right to fair remuneration as set forth in Article 4 of the European Social Charter (‘ESC’).⁶¹

Consequently, there would only be a breach of this exception if the EU legal act establishes “the equivalence of all or some of the constituent parts of pay and/or the level of pay in the Member States, or the setting of a minimum guaranteed Community wage — which **amount to direct interference by Community law in the determination of pay** [...]”⁶², since these measures fall within the exclusive competence of the Member States and the collective bargaining autonomy of social partners.⁶³ In its ruling, the CJEU has stated that giving a broad interpretation to Article 153(5) TFEU would curtail other existing EU competencies outlined in Article 153(1) TFEU⁶⁴, thereby indicating that the exception based on ‘pay’ does not cover all aspects of this issue.

Advocate General Mengozzi supported this interpretation in his Opinion of 23 May 2007 (*Laval* – C-341/05). He stated that from the terms of Art. 153 (5) TFEU and the

⁵⁸ See <https://op.europa.eu/s/yCUE>. Paragraphs: “39. [...] as Article 1375. EC [now Art. 153 5. TFEU] derogates from paragraphs 1 to 4 of that article, the matters reserved by that paragraph must be interpreted strictly so as not to unduly affect the scope of paragraphs 1 to 4, nor to call into question the aims pursued by Article 136 EC [now Art. 151 TFEU]. 40. More particularly, the exception relating to ‘pay’ set out in Article 1375. EC [now Art. 153 5. TFEU] is explained by the fact that fixing the level of wages falls within the contractual freedom of the social partners at a national level and within the relevant competence of Member States. In those circumstances, in the present state of Community law, it was considered appropriate to exclude determination of the level of wages from harmonisation under Article 136 EC et seq. [now Art. 151 TFEU]. 41. The ‘pay’ exception cannot, however, be extended to any question involving any sort of link with pay; otherwise, some of the areas referred to in Article 1371. EC [now Art. 153 1. TFEU] would be deprived of much of their substance”.

⁵⁹ See <https://op.europa.eu/s/yCUF>. Paragraphs 113 and 122-125.

⁶⁰ See EUR-Lex - 62008CJ0395 - EN - EUR-Lex europa.eu. Paragraphs 36-40.

⁶¹ See <https://rm.coe.int/168007cf93>.

⁶² *Impact C-268/06*, paragraph 124. Emphasised by the Author of this thesis.

⁶³ *Impact C-268/06*, paragraph 124. Emphasised by the Author of this thesis.

⁶⁴ *Impact C-268/06*, paragraph 124.

part of the TFEU in which the referred article is found, it “[...] hardly lends itself to an extensive interpretation of that paragraph whereby it would determine the scope of all provisions of the Treaty” (paragraph 55⁶⁵).

Similarly, Professor Frank Hendrickx⁶⁶ elaborates on this point by stating that: “In legal terms [...] **the exclusion of pay is relative and does not hinder the coverage of pay in legislation of subjects for which the EU has explicit competences**”.⁶⁷ This, for example, has allowed EU legislation providing equality clauses concerning pay in equality law, temporary work, part-time work or fixed term work (as well as, beyond social policy, in the posting of workers area).

Supporters of the opinion that the EU lacks competence to regulate minimum wages justify their position based on the sensitivity of this matter to the autonomy of the Member States, as it has significant implications for their economic policies and labour markets.⁶⁸ An alternative explanation is that the European social partners engaged in wage-setting processes have a preference for avoiding interference from the EU in their affairs.⁶⁹ According to their perspective, matters such as wage coverage, wage-setting policies, and related mechanisms are exclusively within the competence of the Member States and are an inherent part of the autonomy of social partners.⁷⁰ Thus, employer organisations have suggested alternative means, such as the European Semester, to accomplish the objectives of the European Union.⁷¹

However, drawing from the aforementioned examination of CJEU case-law, it can be inferred that the restricted interpretation of the term ‘pay’ in Article 153(5) TFEU is consistent with the fundamental social rights enshrined in Article 4 of the ESC and the 1989 Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers. These rights include the right to fair remuneration and equitable wages. Hence, one can reasonably claim that the exception of ‘pay’ from Article 153 TFEU should not obstruct the inclusion of wage conditions in legislation addressing areas where the EU holds explicit competence and that are enacted to protect fundamental social rights.

⁶⁵ See <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62005CC0341>.

⁶⁶ Hendrickx, 2019, p. 6.

⁶⁷ Emphasised by the Author of this thesis.

⁶⁸ Menegatti, 2017, p. 197.

⁶⁹ Schlachter, 2015, p. 7.

⁷⁰ See <https://op.europa.eu/s/yBVc>, p. 5.

⁷¹ See <https://op.europa.eu/s/yBVc>, p. 5.

Does the Directive characterise a direct interference in the determination of pay?

Recital 19 of the Preamble clarifies that the Directive does not aim to establish a uniform level or mechanism for determining minimum wages.⁷² It also does not impose any obligation to introduce a SMW or to universally apply existing collective agreements.⁷³ In fact, Recital 38 clarifies that the Directive grants Member States the flexibility to retain or adopt provisions that provide more favourable conditions.⁷⁴ The European Economic and Social Committee further supported this argument by emphasising that the Directive does not establish a specific mechanism for establishing wages, but rather broad guidelines on the appropriateness of the minimum wage.⁷⁵

The argument that the Directive directly interferes with determining pay is weakened by the fact that it does not provide a substantial definition of ‘minimum wage’. Instead, Article 3 (1) of the Directive states that minimum wage refers to “[...] the minimum remuneration set by law or collective agreements that an employer, including in the public sector, is required to pay to workers for the work performed during a given period”⁷⁶.

Similarly, in the *Isbir* (C-522/12⁷⁷) case, the CJEU ruled that since Directive 96/71 on the posting of workers does not offer a precise definition of the minimum wage, it is the responsibility of the Member State to determine the components of the minimum wage, as long as it does not hinder the free movement of services between Member States (paragraph 37).

Moreover, the decision to adopt a directive in this scenario suggests that the EU intends to pursue minimal harmonisation regarding this matter.⁷⁸ Consequently, Member States will have the autonomy to determine how they will implement the Directive’s requirements within their own legal frameworks.⁷⁹

⁷² See <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32022L2041/>.

⁷³ See <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32022L2041/>.

⁷⁴ See <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32022L2041/>.

⁷⁵ See <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020AE5731>, p. 107.

⁷⁶ See <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32022L2041/>.

⁷⁷ See <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62012CJ0522>.

⁷⁸ Jacobs, 2022, p. 14.

⁷⁹ Amttenbrink & Vedder, 2021, p. 43.

On the other hand, Delfino⁸⁰ emphasises that Article 7 of the Directive specifies the need for Member States to involve social partners in their decision-making process regarding the SMW, implying that they have to revise their national laws to meet this requirement, which could be seen as a crucial factor in determining wage levels. However, it is uncertain whether this interpretation accurately reflects the CJEU's case-law.

Ultimately, in the subsequent section of this thesis, it will be explained that the Directive does not explicitly stipulate a fixed minimum wage, but rather emphasises the need to improve the coverage rate of collective bargaining and establish criteria for Member States to follow when deciding on the SMW. Therefore, it can be concluded that the Member States are not impeded in determining the actual level of wages, thus contesting the idea that the Directive constitutes a direct intervention in pay determination.

Does Art. 153 (1) (b) TFEU include pay-related conditions under the definition of ‘working conditions’?

Does a strict interpretation of the exception for ‘pay’ in Article 153(5) TFEU suggest that the EU may regulate matters related to minimum wages under its competence for ‘working conditions’? In the proposal for the Directive, the EC states that “having access to a minimum wage guaranteeing a decent standard of living is a pivotal element of adequate working conditions. [...] the large differences in standards for accessing an adequate minimum wage are part of working conditions”⁸¹.

The Preamble of the Directive reinforces this understanding based on provisions protecting fair working conditions, such as Article 31 (1) CFREU (Recital 3) and Principles 6 and 8 EPSR (Recital 5). For instance, Principle 6 EPSR stipulates that an adequate minimum wage should be guaranteed and established in a transparent and predictable manner, to prevent in-work poverty and safeguard access to employment, consistent with national practices and economic and social circumstances, while upholding the social partners’ autonomy (Recital 5).⁸² However, it is of utmost importance to acknowledge that the EPSR lacks legal binding status and cannot broaden the EU’s social policy competences.⁸³

On the other hand, although Article 31 CFREU does not explicitly mention workers’ wages or use similar language, it recognises the entitlement of workers to ‘fair and just

⁸⁰ Delfino, 2021, p. 55.

⁸¹ See <https://op.europa.eu/s/yCUL>. p. 6.

⁸² See <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32022L2041>.

⁸³ Schwertner, 2022, p. 31.

working conditions’, encompassing the protection of their health, safety, and dignity.⁸⁴ The question arises as to whether the dignified working conditions, as mentioned in the aforementioned Article, encompass aspects related to workers’ remuneration.

Those who do not agree with this inclusion argue that remuneration is not specified in the CFREU Explanatory Notes⁸⁵ as ‘working conditions’, which should be interpreted in the sense of Art. 156 TFEU⁸⁶, to be read with Art. 153 TFEU through a restricted interpretation.⁸⁷ However, it is reasonable to argue that working conditions can only be respectful of workers’ dignity if they enable them to attain a decent standard of living, and this requires adequate remuneration. This indicates that workers’ wages play a vital role in realising the objective of upholding their dignity, as posited by specific authors.⁸⁸

To corroborate this viewpoint, Zimmer⁸⁹ argues that, in conjunction with Article 45(2) TFEU, which refers to ‘remuneration and other conditions of work and employment’, the material scope of Article 31 (1) CFREU should be founded on EU secondary legislation, including the Temporary Agency Work Directive 2008/104/EC and the Posted Workers Directive 96/71/EC, since these directives recognise pay as part of working conditions (Article 3(1)(f)(ii) and Article 3(1)(c), respectively).

Finally, as highlighted by Advocate General Bot in *Thomas Specht and Others v. Land Berlin and Bundesrepublik Deutschland (Joined Cases C-501/12 to C-506/12, C-540/12 and C-541/12)*⁹⁰, “it is clear that the term ‘pay’ as used in Article 153(5) TFEU does not encompass pay conditions, which form part of employment conditions. They do not relate directly to the fixing of the level of pay [...]” (paragraph 45). Consequently, it is justifiable to acknowledge that pay conditions can be considered as part of working conditions.⁹¹

⁸⁴ See http://data.europa.eu/eli/treaty/char_2016/oj.

⁸⁵ See 32007X121401. - EN - EUR-Lex.

⁸⁶ “Article 156. With a view to achieving the objectives of Article 151 and without prejudice to the other provisions of the Treaties, the Commission shall encourage cooperation between the Member States and facilitate the coordination of their action in all social policy fields under this Chapter, particularly in matters relating to: employment – labour law and working conditions – basic and advanced vocational training – social security – prevention of occupational accidents and diseases – occupational hygiene – the right of association and collective bargaining between employers and workers. To this end, the Commission shall act in close contact with Member States by making studies, delivering opinions and arranging consultations both on problems arising at national level and on those of concern to international organisations, in particular initiatives aiming at the establishment of guidelines and indicators, the organisation of exchange of best practice, and the preparation of the necessary elements for periodic monitoring and evaluation. The European Parliament shall be kept fully informed. Before delivering the opinions provided for in this Article, the Commission shall consult the Economic and Social Committee”.

⁸⁷ Zimmer, 2019, p. 291.

⁸⁸ Menegatti, 2021, p. 22.

⁸⁹ Zimmer, 2019, pp. 289-290.

⁹⁰ See <https://e-justice.europa.eu>. Paragraph 45: “Accordingly, it is clear that the term ‘pay’ as used in Article 153(5) TFEU does not encompass pay conditions, which form part of employment conditions. They do not relate directly to the fixing of the level of pay, but to the conditions in which an employee is awarded a certain level of pay, determined in advance by the parties concerned, whether by agreement between parties in the private sector or between the social partners and the State”.

⁹¹ See also Sjödin, 2022, p. 281.

Should the EU have selected different articles as the legal basis for the Directive?

Certain authors suggest the EU could have used Art. 175 TFEU as the Directive's legal basis to avoid the discussion on the 'pay' exception (Art. 153 (5) TFEU), since this provision requires the Member States to take measures to achieve the objectives of Art. 174 TFEU, which includes actions to consolidate economic, social, and territorial convergence.⁹²

Nevertheless, the CJEU has a tendency to support the implementation of Article 153 TFEU when it comes to EU social policy initiatives. An illustrative example is *UK v. Council (C-84/94)*⁹³, which pertains to the Working Time Directive (Directive 2003/88/EC). In this case, the claimant argued that the European Union should have utilised different articles as the legal basis for the directive, instead of Article 118a EC Treaty (now Article 153 (1)(a) TFEU).⁹⁴ It was ruled by the CJEU that the decision was valid since Article 153 TFEU is a particular provision pertaining to social policy, and there is no indication in its wording to suggest a restrictive interpretation should be applied (paragraphs 12-15).⁹⁵

Consequently, Article 153 TFEU serves as the specific legal basis for EU legislation in social policy, as it empowers the EU in areas primarily focused on safeguarding workers, thereby aligning with the objective of establishing adequate minimum wages.⁹⁶

Impact assessment of the Directive

Main provisions of the Directive and relevant concerns

The purpose of this section is twofold: to present an overview of the articles contained within the Directive and to analyse potential weaknesses in its provisions.⁹⁷ This serves as a foundation for the discussions that will follow in section 2.2 of this thesis.

Subject matter and scope

For achieving the aims of the Directive, Art. 1 establishes a framework for the appropriateness of SMWs (defined as minimum wages set by a legally binding provision, except for universally applicable collective agreements), for the promotion of collective

⁹² See Schwertner, 2022, pp. 32-33. and Aranguiz & Garben, 2021, pp. 167-172.

⁹³ See <https://e-justice.europa.eu/ecli/ECLI:EU:C:1996:431>.

⁹⁴ See <https://e-justice.europa.eu/ecli/ECLI:EU:C:1996:431>.

⁹⁵ See <https://e-justice.europa.eu/ecli/ECLI:EU:C:1996:431>.

⁹⁶ Schütze, 2021, p. 802.

⁹⁷ The mechanisms of establishing the level of minimum wage, however, will not be discussed in this thesis.

bargaining (as the preamble indicates a preference for this mechanism of minimum wage setting) and finally for the improvement of workers' access to national protection measures.

It is important to emphasise that the Directive explicitly outlines only two primary approaches for establishing minimum wages: by statute and/or collective bargaining agreements.⁹⁸ In contrast, other instruments such as the International Labour Organization (ILO) Recommendation 135 (Chapter IV, No. 6) suggest that minimum wages can also be determined by specialised court decisions or wage committees and councils.⁹⁹⁻¹⁰⁰

Conversely, as stated by Schwertner¹⁰¹, despite the Directive not explicitly mentioning extension mechanisms of minimum wage agreements¹⁰² or other hybrid instruments, they can be considered encompassed within the definition of SMWs (Article 3 (2)¹⁰³) as “other binding legal provisions”. The ETUC, however, proposed in its response to the social partners' consultation (first phase) to introduce extension mechanisms only if recommended by the social partners at the national level.¹⁰⁴

Articles 1 (2) and (3) of the Directive explicitly aim to uphold the notion that the Directive does not violate Art. 153 (5) TFEU, as explored in the preceding section of this thesis. These articles affirm that the provisions of the Directive acknowledge the autonomy of social partners and their entitlement to negotiate collective agreements. Additionally, they affirm the competence of Member States to determine the minimum wage level and the option to either establish a statutory minimum wage or implement a wage-setting system through collective bargaining (or both).

With respect to the scope of application, Article 2 specifies that the Directive will apply to workers who have either a contract of employment or an employment relationship, not only in accordance with national law, collective agreements, or Member States' practices, but also taking into account the case-law of the CJEU. Recital 21 of the Directive explains that “[...] bogus self-employed and undeclared workers could fall

⁹⁸ Bomba, 2022a, p. 122.

⁹⁹ See

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312473.

¹⁰⁰ Bomba, 2022a, p. 122.

¹⁰¹ Schwertner, 2022, p. 40.

¹⁰² For better understanding: “statutory bargaining extensions [...] make sectoral agreements binding for all firms within the sector. In most cases, national or regional labor ministries declare agreements binding after formal applications from sectoral trade unions, employers' associations, or both” Günther & Höpner, 2023, p. 89.

¹⁰³ “Article 3. Definitions. For the purposes of this Directive, the following definitions apply: [...] 2. ‘statutory minimum wage’ means a minimum wage set by law or other binding legal provisions, with the exclusion of minimum wages set by collective agreements that have been declared universally applicable without any discretion of the declaring authority as to the content of the applicable provisions; [...]”.

¹⁰⁴ See p. 16, available at: <https://www.etuc.org/en/document/etuc-reply-first-phase-consultation-social-partners-under-article-154-tfeu-possible-action>.

within the scope of this Directive [but not]¹⁰⁵ genuinely self-employed persons [...]”¹⁰⁶ since the latter does not satisfy the CJEU criteria for worker’s status.

The issue regarding the scope of the Directive is linked to the discourse surrounding the safeguarding of self-employment within Labour Law. According to Professor Frank Hendrickx¹⁰⁷, there is a growing number of individuals known as ‘dependent self-employed’, who are economically dependent on another party but are not considered to be in a subordinate relationship and are typically not protected by labour laws.

According to Professor Pais¹⁰⁸, service providers are not undertakings if they lack the autonomy to decide how to operate in the market and do not assume financial and commercial risks.¹⁰⁹ This definition is crucial, as pointed out by Professor Pais¹¹⁰, because it distinguishes dependent workers from independent workers and determines the application of relevant articles of the TFEU since the former are covered by Arts. 145 to 161 TFEU on employment and social policy titles, whereas the latter fall under Art. 173 TFEU, which pertains to industry policy and is therefore subject to competition rules.¹¹¹

Consequently, when Recital 21 specifies that ‘bogus self-employment’ pertains to individuals who display the attributes of an employment relationship despite being classified as self-employed, it implies that the Directive applies to the group known as ‘dependent self-employed’ or ‘false self-employed’, as determined by the CJEU in the *FNV Kunsten* case (C-413/13¹¹²).

Promotion of collective bargaining on wage-setting

This matter is addressed by Art. 4 of the Directive, which aims to increase Member States’ coverage of collective bargaining by facilitating this mechanism for setting wages. In the light of this objective, the Directive mandates that Member States whose collective bargaining coverage falls below 80% must establish both a framework and an action plan to foster favourable conditions and promote collective bargaining. This can be achieved either through legislation, following the consultation of social partners, or through agreements reached with them.

When it comes to the action plan, it can also be established if the social partners agree and jointly request it. According to Article 4 (2) of the Directive, the plan ought to

¹⁰⁵ Modification by the Author of this thesis.

¹⁰⁶ See <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32022L2041>.

¹⁰⁷ Hendrickx, 2019, pp. 8-9.

¹⁰⁸ Pais, 2021a, p. 52.

¹⁰⁹ Since this source was originally in Portuguese, it is important to acknowledge that the translation was given by the Author of this thesis.

¹¹⁰ Pais, 2021a, p. 58.

¹¹¹ Since this source was originally in Portuguese, it is important to acknowledge that the translation was given by the Author of this thesis.

¹¹² See <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62013CJ0413>. Paragraph 39.

provide a comprehensive outline of specific measures and a well-defined timeline aimed at gradually enhancing the level of collective bargaining coverage. Regular reviews of the plan are required, with a mandatory review every five years. It is within the discretion of Member States to update the plan as needed, either through legislation, agreement, or at the request of social partners. It is imperative that the action plan and any updates be made available to the public and effectively communicated to the European Commission.

In accordance with national law and practices and with the involvement of social partners, Article 4 (1) of the Directive highlights that Member States should enhance the capabilities of social partners, preferably at both sectoral and cross-sectoral levels. Furthermore, Member States should grant social partners access to relevant information, protect workers and trade union representatives from discrimination related to their participation in collective bargaining, and safeguard trade unions and employers' organisations from both internal and external interference.¹¹³

Provisions regarding statutory minimum wages

As per the Directive, Member States with statutory minimum wages are required to establish their procedures for setting and updating minimum wages based on specific and transparent criteria. Article 5(2) of the Directive specifies that the following elements must be included: “(a) the purchasing power of statutory minimum wages, taking into account the cost of living; (b) the general level of wages and their distribution; (c) the growth rate of wages; (d) long-term national productivity levels and developments”.

These criteria must be established in accordance with national practice, enshrined in national laws or defined by the decision of the competent bodies or by tripartite agreements (Art. 5(1)). The updating of minimum wages should be regular and timely: at least every two years, or four years in the case of Member States applying an automatic indexation mechanism (Art. 5(5)).

It is essential to highlight that these provisions are applicable to Member States that implement the statutory minimum wage, and therefore, they do not provide criteria for Member States that regulate minimum wages solely through collective bargaining, thereby granting complete autonomy to the social partners in determining these criteria.¹¹⁴

Art. 5 (4) indicates that Member States shall apply “indicative reference values commonly used at international level such as 60 % of the gross median wage and 50 %

¹¹³ Grenfors & Gentile, 2021, p. 44, suggest that the Directive imposes obligations on Member States with collective bargaining systems that cannot be fulfilled through collective means, potentially leading these Member States to adopt regulations that may undermine their national traditions, the autonomy and authority of social partners, as well as their national industrial relations.

¹¹⁴ Bomba, 2022a, p. 123.

of the gross average wage, and/or indicative reference values used at a national level” and Art. 5 (6) provides that Member States must designate or establish at least one consultative body to guide those responsible for setting the SMW.

The voluntary involvement of the social partners in these consultative bodies should be ensured by Member States so that they can be fully and timely involved in the decision-making process regarding the SMWs (Art. 7 of the Directive). The Member States will also have to consider the principles of non-discrimination and proportionality (including a legitimate aim) when applying variations from the SMW for certain groups of workers or deductions that result in a wage level below the SMW (Art. 6 of the Directive).

Finally, Art. 8 of the Directive provides some examples of measures that should be applied to protect workers and maintain compliance with the SMW. These include not only effective and non-discriminatory on-site controls and inspections, but also training of enforcement officers to improve their skills.

Horizontals provisions

First, Article 9 of the Directive provides that Member States must take actions to safeguard that economic operators and their subcontractors observe the current social and labour law conditions concerning wages and collective bargaining to set wages when they perform public procurement or concession contracts.

Article 10 of the Directive contains detailed provisions outlining the data collection process for monitoring compliance with minimum wage safeguards. According to the above-mentioned article, Member States are required to report information to the European Commission every two years, including details on the level of the SMW, collective bargaining coverage, applicable variations and deductions, among others. Additionally, statistical data should be provided in various categories, such as gender, disability, and size of companies.

Article 11 of the Directive states that Member States have an obligation to publicly disclose information related to statutory minimum wages, minimum wage protection as outlined in universally applicable collective agreements, as well as information on redress mechanisms. The information must be readily available, comprehensive, and provided in the most appropriate language as determined by the Member State. Additionally, it emphasises the need for this information to be accessible to individuals with disabilities.

In the event that the provisions concerning the SMW and the protection of the minimum wage are breached, Member States are obligated to institute a right to redress and provide workers with efficient, prompt, and unbiased methods for resolving

disputes, even for those whose employment has been terminated (Article 12 of the Directive). Additionally, Member States must impose effective, proportionate, and discouraging sanctions (Article 13 of the Directive).

Final provisions

In accordance with Article 16, the Directive shall not be utilised to undermine the existing minimum wage protections in Member States, including any endeavours to reduce or eliminate them. Additionally, it should not hinder Member States from enacting more advantageous measures for workers, either via legislation or collective bargaining. Moreover, it should not compromise any rights that have already been granted by other European Union legislation.

These statements align with the guidelines enshrined in Article 153 (4) TFEU, which specify that although the EU sets minimum standards in social legislation, Member States retain the prerogative to uphold or enact stricter protective measures with respect to the same area of concern. However, this power can only be exercised by Member States if it does not compromise the coherence of the corresponding EU measure, as clarified by the CJEU in *Terveys- ja sosiaalialan neuvottelujärjestö (TSN) ry v. Hyvinvointialan liitto ry* and *Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry v. Satamaoperaattorit ry (Joined Cases C-609/17 and C-610/17)*¹¹⁵.

Moreover, it is important to note that Article 153 (2) (b) enables the European Union to establish minimum requirements for permissible subjects¹¹⁶, while considering Member States' technical conditions and standards and avoiding obstacles to the establishment or growth of small and medium-sized enterprises. This is why certain directives are specifically tailored for enterprises that have a minimum threshold of employees.¹¹⁷

Finally, according to Article 153 (4) TFEU, EU initiatives must not interfere with Member States' prerogative of determining fundamental rights regarding their social security systems or substantially affect the financial balance of these systems. It is unclear whether the Directive will affect the financial balance of national social security systems, but Aranguiz¹¹⁸ indicates this is unlikely to be the case with the gradual implementation of the Directive.

¹¹⁵ See 62017CA0609 - EN - EUR-Lex. Paragraph 48.

¹¹⁶ Except in two fields: “the combating of social exclusion” and “the modernisation of social protection systems [...]”.

¹¹⁷ Jaspers et al., 2019, p. 22.

¹¹⁸ Aranguiz, 2020, pp. 474-475.

Potential consequences of implementing the Directive

Twenty-two Member States have adopted the implementation of a statutory minimum wage, with Cyprus being the most recent to do so in January 2023, although there are variations in terms of levels and updating regimes.¹¹⁹ The remaining Member States in the European Union, namely Austria, Denmark, Finland, Italy, and Sweden, establish their minimum wages solely through collective agreements.¹²⁰ Minimum wage levels vary widely between the Member States due to factors such as differences in the cost of living¹²¹ (ranging from €477.04 in Bulgaria to €2.570,93 in Luxembourg in 2024¹²²).

The Preamble of the Directive states that “[...] in several Member States, statutory minimum wages are usually low compared to other wages in the economy” (Recital 13), while pointing out that “Member States with a high collective bargaining coverage tend to have a small share of low-wage workers and high minimum wages” (Recital 25).

However, Schulten & Müller¹²³ explain that “currently, collective bargaining coverage is below the 70% threshold in 17 out of 27 EU countries [...] in seven Central and Eastern European EU Member States, less than a quarter of the workforce is covered by a collective agreement”.

The primary objective of this section is to analyse the potential influence of the Directive on the labour market systems of specific Member States, which have been deliberately chosen for their diverse strategies in establishing minimum wage. The analysis will entail scrutinising diverse authors’ perspectives and firsthand observations regarding Portugal. Furthermore, a concise evaluation will be carried out to assess the effectiveness of the Directive, taking into consideration both positive and negative aspects.

Examples of the expected impact of the Directive in selected Member States with minimum wages set by statutory regulation

Portugal¹²⁴ has implemented a Statutory Minimum Wage in accordance with Article 59 (2)(a) of the Constitution of the Portuguese Republic (‘CPR’). However, the minimum wage can also be determined through collective agreements. Art. 56 CPR establishes the right of trade union associations to engage in collective bargaining, which

¹¹⁹ See <https://www.eurofound.europa.eu/topic/minimum-wage>.

¹²⁰ See <https://www.eurofound.europa.eu/topic/minimum-wage>.

¹²¹ Schulten, 2008, p. 424.

¹²² See <https://www.statista.com/statistics/1450177/monthly-minimum-wage-rate-european-countries/>

¹²³ Schulten & Müller, 2021, pp. 12-13.

¹²⁴ This analysis from Portugal was mostly based on sources originally in Portuguese, hence it should be considered that the translation was provided by the Author of this thesis.

is an original and guaranteed right, not granted or delegated by the State, meaning that the role of the legislator, in principle, is limited to regulating the legitimacy and effectiveness of these agreements (Art. 56 (4) CPR).¹²⁵

Historically, sectoral collective bargaining has been predominant in Portugal's practices (as required by Art. 4(1)(a) of the Directive).¹²⁶ Nonetheless, the current public policies in this domain are designed to incentivise negotiations at the company level as well.¹²⁷ This involves implementing incentives for companies to participate in these practices, such as granting them access to public support (including funding from European funds), facilitating public procurement processes, and offering tax incentives (as specified in Article 485 of the Portuguese Labour Code – 'LC').¹²⁸

Art. 496 LC stipulates that collective agreements have effect only between the parties, but Art. 497 LC allows non-affiliated workers to join existing collective agreements individually if they belong to the sector of activity and meet the other professional and geographical requirements.¹²⁹ On this topic, Professor Ribeiro¹³⁰ highlights that collective bargaining is not normally undertaken by Small and Medium-Sized Enterprises ('SMEs') and, in general, smaller enterprises "[...] often lack representative institutions for the personnel and employers' affiliation is also reduced. And despite having legitimacy to celebrate agreements by themselves with trade unions, these employers show a tendency to direct negotiation with their employees [...]"¹³¹ This scenario holds significance when taking into account a 2022 report by the European Commission, which revealed that 76% of Portugal's workforce is employed by SMEs.¹³²

In compliance with Art. 4 (1) (c) of the Directive, which seeks to protect workers and representatives of trade unions associations against discrimination, Art. 444 LC highlights the freedom of workers to join trade unions without facing any discriminatory treatment. In addition, it should be noted that under Article 406 LC, it is considered a grave offence to subject employment to trade union membership or non-membership, or to transfer or dismiss an employee based on such factors or their participation in trade union activities. Moreover, the presumption of unfair dismissal protects workers' representatives for a period of three years from the time they assume their position.¹³³

With regard to Art. 4 (1) (d) of the Directive (protection of trade unions and employers' organisations against interference), it should be noted that trade unions'

¹²⁵ Fernandes, 2020, pp. 808-809.

¹²⁶ Martins, 2023, p. 146.

¹²⁷ Martins, 2023, p. 146.

¹²⁸ Martins, 2023, p. 146.

¹²⁹ Dray, 2020, pp. 1071 and 1075. They are also subject to some limitations regarding the term for this choice and the duration of its application, which, however, it is not useful to extend the explanation in this thesis.

¹³⁰ Ribeiro, 2015, p. 276.

¹³¹ Ribeiro, 2015, p. 276.

¹³² See <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/50700>.

¹³³ Fernandes, 2020, p. 823.

autonomy is a constitutional right (Art. 55 (4) CPR) regulated by Art. 405 LC. Additionally, Art. 407 LC provides that violation of this autonomy or any discriminatory act are a criminal offence. Employers' associations operate based on the principle of self-regulation (Art. 445 LC) and, in accordance with Art. 446 LC, possess the same degree of autonomy and independence as trade union associations.¹³⁴

According to the 2022 report on collective labour regulations published by the General Directorate of Employment and Labour Relations ('GDELR'¹³⁵), the rate of coverage of existing and published collective agreements is already above 80%.¹³⁶ This indicates that Portugal may not require any additional framework or action plan for the implementation of the Directive. However, as explained by Professor Ribeiro¹³⁷, this achievement has been largely facilitated by the so-called 'extension orders'¹³⁸, which allow the extension of collective agreements in force to workers and employers not initially covered by them, based on social and economic reasons. Although this thesis does not extensively analyse the impact of these extension orders on the autonomy of social partners, it is undeniable that they have significantly increased the rates of collective bargaining coverage in Portugal.¹³⁹

With respect to the requirements for SMWs, Article 59 (2) (a) CPR mandates that the Portuguese State has the responsibility of ensuring that workers are provided with the necessary working conditions, such as the establishment and regular revision of the Statutory Minimum Wage, while considering diverse factors such as "the needs of workers, the increase in the cost of living, the level of development of the productive forces, the requirements of economic and financial stability and accumulation for development".¹⁴⁰⁻¹⁴¹

Art. 273 LC stipulates that the level of the SMW will be set annually by specific legislation, after consulting the Permanent Committee for Social Dialogue¹⁴²,

¹³⁴ Dray, 2020, pp. 951-953.

¹³⁵ Translated by the Author of this thesis. Original in Portuguese: 'Direção Geral do Emprego e das Relações de Trabalho'.

¹³⁶ See <https://www.dgert.gov.pt/wp-content/uploads/2023/05/Relatorio-anual-RCT-2022-DGERT-Final.pdf>, p. 16.

¹³⁷ Ribeiro, 2019, p. 321.

¹³⁸ This expression is indicated in Art. 505 of the English translation of the Portuguese Labour Code which is available on the website of the Official Portuguese Electronic Gazette: <https://dre.pt/dre/en/consolidated-legislation/act/7-2009-123169278> and https://files.dre.pt/diplomastraduzidos/7_2009_CodigoTrabalho_EN_public.pdf?lang=EN. Original term in Portuguese: Portarias de extensão.

¹³⁹ Ribeiro, 2019, p. 321.

¹⁴⁰ Translated by the Author of this thesis. Original in Portuguese: "[...] a. O estabelecimento e a actualização do salário mínimo nacional, tendo em conta, entre outros factores, as necessidades dos trabalhadores, o aumento do custo de vida, o nível de desenvolvimento das forças produtivas, as exigências da estabilidade económica e financeira e a acumulação para o desenvolvimento; [...]".

¹⁴¹ According to Bombal, 2022b, p. 139, this article is extraordinarily complete in comparison with the articles of constitution of other Member States.

¹⁴² Translated by the Author of this thesis. Original in Portuguese: 'Comissão Permanente de Concertação Social'.

considering the above-mentioned elements and in accordance with the income and pricing policy. The level of the SMW is set by decree and in 2024 the SMW was fixed at 820€ through Decree-Law No. 107/2023,¹⁴³ whereby it is stated that a tripartite agreement¹⁴⁴ was concluded aiming to increase wages in general. This agreement stipulates that the objective is to reach the SMW of 900€ by 2026.¹⁴⁵

A comprehensive examination of the criteria outlined in Article 273 of the LC for establishing the SMW, in correlation with those specified in the Directive, brings to light that the Portuguese Labour Code does not explicitly address the factors of “the general level of wages and their distribution” and “the growth rate of wages”, which are explicitly mandated by Article 5 (2) of the Directive. Nonetheless, as indicated in a publication by Eurofound, the target minimum wage of 900€ by 2026 will be reached through the fulfilment of the criteria specified in Article 5 of the Directive.¹⁴⁶

In addition, the overview provided above reveals that Portugal has already incorporated provisions for regular updates of the SMW and the establishment of a consultative body involving social partners in the LC. This indicates that Portugal is meeting or striving to meet the requirements stated in Article 7 of the Directive. Finally, in accordance with the Eurostat database, the minimum wage in Portugal for 2023 is equivalent to 55.1% of the average monthly earnings.¹⁴⁷

As made clear by Professor Carvalho¹⁴⁸, the SMW applies to all workers without any distinctions based on factors such as economic sector or profession and is paid monthly, considering the standard of 40 hours per week (with part-time workers receiving proportional payment). Thus, regardless of whether the remuneration is variable or a combination of different elements, the worker is entitled to receive the SMW,¹⁴⁹ which cannot be diminished through collective bargaining or individual contracts.¹⁵⁰

Nonetheless, Article 275 of the LC does contain provisions for a potential decrease in the SMW, but only in limited situations and depending on the unique circumstances of the worker. For instance, if the worker is a trainee, the reduction is limited to 20% for a maximum period of one year. Similarly, if the worker has a reduced work capacity, the reduction will be proportional to their effective capacity, but it will never exceed 50%.

¹⁴³ See <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/107-2023-224427489>.

¹⁴⁴ These agreements are political in nature and are concluded to define the conditions to be considered in the decision-making process of the subscribing entities, such as legislative decisions by the government and collective bargaining by the social partners Fernandes, 2020, pp. 818-820.

¹⁴⁵ See <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc23/comunicacao/documento?i=acordo-de-medio-prazo-para-a-melhoria-dos-rendimentos-dos-salarios-e-da-competitividade>.

¹⁴⁶ See <https://www.eurofound.europa.eu/publications/article/2023/minimum-wage-hikes-struggle-to-offset-inflation>.

¹⁴⁷ See https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/earn_mw_avgr2/default/table?lang=en.

¹⁴⁸ Carvalho, 2018, p. 26.

¹⁴⁹ Martinez et al., 2013, p. 611.

¹⁵⁰ Fernandes, 2020, p. 376.

Moreover, minimum wage earners must pay merely 11% into social security and are excluded from personal income tax.¹⁵¹

Additionally, in accordance with Article 8 of the Directive, which pertains to measures aimed at guaranteeing adherence to worker protection, the Authority for Working Conditions¹⁵² has assumed the duty of upholding compliance with labour legislation. This Authority, as a component of the direct administration of the State, performs its inspection responsibilities autonomously through the exercise of public authority powers.¹⁵³

Article 9 of the Directive (public procurement) is not expected to result in significant changes to national legislation. This is because the General Labour Law in Public Functions ('GLLPF'¹⁵⁴) already ensures collective bargaining rights for workers in all types of public employment relationships, including nomination-based ones, as stated in Article 347.

Regarding Article 10 of the Directive, which addresses the monitoring of minimum wage protection, the GDELR annually publishes a report on collective bargaining instruments¹⁵⁵, while statistical institutes offer further available data.¹⁵⁶ Furthermore, the aforementioned tripartite agreement includes provisions for annual monitoring and follow-up of collective bargaining and the measures outlined in the agreement.¹⁵⁷ In relation to Article 11 of the Directive, the GDELR has established an internet search page for collective agreements to guarantee workers' access to information. Additionally, there is a publication called 'Boletim do Trabalho e Emprego',¹⁵⁸ in Portuguese, which includes the publication of extension order projects, among other things. To summarise, concerning the matters previously discussed, it appears that Portugal will only need to make a few adaptations to fulfil the requirements of the Directive.

Regarding dispute resolution, foreseen in Art. 12 of the Directive, Art. 492 LC provides that the collective agreement must regulate the processes for resolving disputes, especially through conciliation, mediation, or arbitration.¹⁵⁹ By Decree No. 40/2012 of April 12, the GDELR is responsible for monitoring and intervening (dependent on the

¹⁵¹ Martins, 2023, p. 145.

¹⁵² Translated by the Author of this thesis. Original in Portuguese: 'Autoridade Para as Condições do Trabalho'.

¹⁵³ See <https://portal.act.gov.pt/Pages/QuemSomos/QuemSomos.aspx>. The labour inspections are regulated by Decree-Law No. 102/2000 See <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/2000-107689199>.

¹⁵⁴ Translated by the Author of this thesis. Original in Portuguese: 'Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas'.

¹⁵⁵ See <https://www.dgert.gov.pt/instrumentos-de-regulamentacao-coletiva-publicados>.

¹⁵⁶ Such as: https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpgid=ine_main&xpid=INE and <https://www.ccdr-n.pt/pagina/regiao-norte/norte-conjuntura>.

¹⁵⁷ See <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc23/comunicacao/documento?i=acordo-de-medio-prazo-para-amelhoria-dos-rendimentos-dos-salarios-e-da-competitividade>.

¹⁵⁸ See <http://bte.gep.mtsss.gov.pt/historia.php>.

¹⁵⁹ Procedures regulated by Arts. 523 and following of the LC.

request of one of the parties) in labour relations to prevent and overcome collective labour disputes between workers and employers (usually represented by their organisations).¹⁶⁰

Moreover, concerning the protection of workers, Article 129 (1) (d) LC guarantees that a worker's compensation shall not be reduced by the employer, except in cases specified by the LC or instruments of collective labour regulation. Moreover, Arts. 387 and 388 LC grant workers the right to seek a judicial review of their dismissal.¹⁶¹

Article 13 of the Directive outlines the penalties, which can be found in Article 273 (3) and (4) LC. These articles define the violation of the monthly minimum wage guarantee as a serious offence, resulting in a fine and the requirement to compensate the worker for unpaid wages.

In addition, Article 521 LC stipulates that the breach of a provision within a collective labour regulation instrument, encompassing both collective agreements and extension orders, constitutes a severe offence if it detrimentally affects the entire workforce, and a minor offence per employee affected.¹⁶² Hence, based on the findings of this thesis, it can be inferred that the Portuguese labour system abides by the Directive pertaining to the matters mentioned above.

In conclusion, while there may be a need for minimal adjustments to national legislation in order to better align with the requirements of the Directive, it is important to note that the government of Portugal has expressed its support for its implementation. For example, Portugal signed the 'Porto Social Commitment' at the Porto Social Summit to strengthen its commitment to the EPSR and promote fair competition in the Internal Market, including decent wages.¹⁶³

In **France**, the SMW is established after the opinions of the National Commission for Collective Agreements, the government, and a group of experts, but minimum wages can also be set through collective agreements at the company or branch level.¹⁶⁴ France has one of the highest minimum wages in the EU, which is determined annually based on the economic situation, national wage growth, and the consumer price index.¹⁶⁵ According to Pasquier,¹⁶⁶ the current French system of establishing minimum wages is already largely aligned with the requirements outlined in the Directive and is not expected to undergo significant changes.

¹⁶⁰ See <https://www.dgert.gov.pt/wp-content/uploads/2020/05/Relatorio-anual-Conflitos-coletivos-2012-2021.pdf>.

¹⁶¹ If it is determined that the dismissal is in violation of the law, the employee is entitled to be compensated for any and all damages suffered, including financial and non-financial damages, as outlined in Article 389 of the Portuguese Labour Code.

¹⁶² The classification of the offense as severe or minor is employed to determine the applicable fines.

¹⁶³ See <https://www.2021portugal.eu/en/porto-social-summit/>.

¹⁶⁴ Pasquier, 2021, pp. 84-87.

¹⁶⁵ Pasquier, 2021, pp. 85-86.

¹⁶⁶ Pasquier, 2021, pp. 88-89.

In **Germany**, where the SMW was only introduced in January 2015¹⁶⁷, Professor Fuchs¹⁶⁸ elucidates that complying with the majority of the Directive's mandates will not pose a challenge for German legislation. However, Germany must take proactive measures to promote collective bargaining (given the coverage rate of approximately 44%) and enhance mechanisms for effectively informing workers about minimum wage protection mechanisms.¹⁶⁹

In **Spain**, in the opinion of Alonso¹⁷⁰, the Directive would not cause a significant change to the system of setting the minimum wage and its implementation would not require a particularly challenging effort, since it can be supposed that the current regulation already exceeds the requirements of the Directive. However, according to Alonso¹⁷¹, there are a few areas of nonconformity, including the need for a consultative body to advise competent authorities when setting the SMW, the establishment of a standard for reference values to evaluate the adequacy of the SMW, addressing the lack of transparency and reliability of wage and collective agreements information, and implementing measures to promote collective bargaining, as it is estimated that the coverage rate is below 70%.

Central and Eastern European countries have traditionally regulated their labour markets through a statutory system, which has become more significant as collective bargaining has declined.¹⁷² These countries have achieved economic success by prioritising minimal labour costs, but now the challenge is to ensure that this success translates into improved working conditions.¹⁷³ In contrast to the past, when wages were primarily determined by the State, countries in the post-socialist context now feature a decentralised wage-setting structure, characterised by limited collective agreements and widespread individual wage negotiations.¹⁷⁴

In **Hungary**, after consulting the National Economic and Social Council, the government determines the level and scope of the statutory minimum wage by decree, taking into consideration various factors such as occupations, economic conditions, and labour market statistics.¹⁷⁵ However, the consultation process with social partners is characterised by informality, delays, and a strong governmental presence, which means that the Directive might contribute to the enhancement of the method and criteria for

¹⁶⁷ Bruckmeier & Bruttel, 2021, p. 249.

¹⁶⁸ Fuchs, 2021, pp. 70-73.

¹⁶⁹ Fuchs, 2021, pp. 70-73.

¹⁷⁰ Alonso, 2021, pp. 52-54.

¹⁷¹ Alonso, 2021, pp. 52-54.

¹⁷² Muszyński, 2020, p. 5.

¹⁷³ Muszyński, 2020, p. 5. "Since workers' bargaining power is low, employers can simply exploit their position and impose poorer working conditions than those formally prescribed in law. Thus, the most important question is how to improve bargaining power".

¹⁷⁴ Kun & Szabó, 2023, p. 217.

¹⁷⁵ Kun & Szabó, 2023, p. 217.

determining the SMW.¹⁷⁶ Collective bargaining in Hungary is currently limited, with only 20% coverage due to restrictions in the public sector and fragmentation in the private sector, meaning that implementing the Directive would require extensive changes to government policy, but it could lead to higher wages in the medium term and encourage a more effective collective bargaining system in the long term.¹⁷⁷

Poland encounters distinct challenges stemming from its historical past and present social, economic, and political conditions, such as the low percentage of collective agreements (15%), primarily established at the company level, and the slow wage growth, predominantly influenced by legislation and individual employment contracts, circumstances that contradict Poland's economic and productivity growth.¹⁷⁸ According to Surdykowska & Pisarczyk¹⁷⁹, the Polish SMW setting mechanism needs adjustment, as it does not align with the Directive's criteria (Art. 5 (2)). Moreover, Poland must ensure compliance with the compulsory formation of a consultative body (as outlined in Article 5(6) of the Directive), since Polish legislation does not currently require the establishment of such a body and the Social Dialogue Council does not serve in a consultative capacity, but rather as a decision-making entity.¹⁸⁰

In conclusion, based on the aforementioned analysis, it is anticipated that the countries in Central and Eastern Europe may encounter greater difficulties in implementing the Directive and fulfilling its obligations. This can be attributed to various factors, including their dependence on low wages to remain competitive and the enduring influence of socialist governments. Nevertheless, it is plausible to conclude that the Directive could serve as a motivation for them to address certain deficiencies in wage conditions.

Examples of the expected impact of the Directive in selected Member States with minimum wages set exclusively by collective agreements

Firstly, it is important to note that in countries such as Italy, where collective agreements do not have universal applicability to implement EU law, the objectives and requirements of the Directive can only be met through legal instruments adopted by the

¹⁷⁶ Kun & Szabó, 2023, p. 218.

¹⁷⁷ Kun and Szabó, 2023, pp.219-223. These Authors 2023, p. 222. also emphasise that “the Directive's enhanced emphasis on enforcement is thus full of promise from a Hungarian perspective, however one can't be naive to expect prompt and radical changes in this regard. Still, the principle of effective enforcement is a real novelty of the Directive, and it will certainly become a cardinal issue during the implementation by Member States and it would be a compelling issue for Hungary”.

¹⁷⁸ Surdykowska & Pisarczyk, 2021, pp. 92-94.

¹⁷⁹ Surdykowska & Pisarczyk, 2021, pp. 92-94.

¹⁸⁰ Surdykowska & Pisarczyk, 2021, pp. 95 and 98.

Member States.¹⁸¹ Consequently, it appears that the transposition of the Directive cannot be delegated to the social partners, as articulated in Article 17(3) of the Directive¹⁸², thereby necessitating the probable involvement of the national legislator.¹⁸³

Within this context, in **Italy**, there is a principle of equivalent and fair remuneration provided for in Article 36 of the Constitution, which must be observed by the legislator responsible for ensuring that the wages set by the social partners are enough to provide workers and their families with a dignified life.¹⁸⁴ The Directive would act as a catalyst for redefining a past discussion that had been diminishing for over 30 years and is now gaining renewed attention in relation to the adoption of a statutory minimum wage in the national system.¹⁸⁵ According to a ruling by the Corte di Cassazione (number 4951, dated 20 February 2019), the attribution of the implementation of Article 36 of the Italian Constitution to collective bargaining does not hinder the legislature from enacting measures to ensure a fair wage, as suggested by the ILO.¹⁸⁶ This means that if Italy were to introduce a statutory minimum wage, it would need to adhere to the directives' stipulations regarding this mechanism.¹⁸⁷

In **Austria**, collective agreements “[...] are mainly concluded by affiliated trade unions of the Austrian Trade Union Federation (Österreichischer Gewerkschaftsbund) on the employees’ side and by the Economic Chambers, respectively its sectoral and regional organisations, on the employers’ side”.¹⁸⁸ The collective bargaining coverage rate of the workers stands at approximately 98%, which exceeds the minimum percentage required by the Directive.¹⁸⁹ Additionally, the existing legislation provides access to an impartial and effective mechanism for resolving disputes and also offers a range of remedies in case of workers’ rights violations, such as legal action to recover unpaid wages or address instances of retaliatory dismissal by employers.¹⁹⁰

A possible discussion in Austria’s labour law would be the 2% of workers who are not included in any collective agreement or substitute instrument, resulting in limited protection based on the criterion of a significant disparity between remuneration and their level of performance, which may raise concerns regarding compliance with the

¹⁸¹ Delfino, 2021, pp. 55–57.

¹⁸² “Article 17. Transposition and implementation [...] 3. Member States shall take, in accordance with their national law and practice, adequate measures to ensure the effective involvement of the social partners with a view to the implementation of this Directive. To that end, they may entrust the social partners with that implementation, in all or in part, including with regard to the establishment of an action plan (in accordance with Article 42), where the social partners jointly request to do so. In so doing, the Member States shall take all necessary steps to ensure that the obligations laid down in this Directive are complied with at all times”.

¹⁸³ Delfino, 2021, pp. 55-57.

¹⁸⁴ Bomba, 2022b, p. 145.

¹⁸⁵ Menegatti, 2019, pp. 63-65.

¹⁸⁶ Delfino, 2021, pp. 62-63.

¹⁸⁷ Delfino, 2021, pp. 62-63.

¹⁸⁸ Schwertner, 2022, p. 34.

¹⁸⁹ Schwertner, 2022, p. 37.

¹⁹⁰ Schwertner, 2022, p. 37.

Directive, as these workers could potentially fall within the scope of the Directive, meaning that Austria's system would have to safeguard their rights accordingly.¹⁹¹ Nevertheless, Schwertner¹⁹² concludes in a preliminary assessment that the Directive will have minimal impact on the Austrian collective bargaining system and will most likely not entail any relevant legislative changes.

The **Nordic countries**, as outlined by Lillie¹⁹³, have expressed concerns about the Directive, citing potential negative effects on their collective bargaining mechanism and the risk of disrupting their well-structured system through State intervention. However, the viewpoint expressed by Lillie¹⁹⁴ suggests that although the Directive may not be deemed necessary by Nordic trade unions, the implementation of legal extension regulations has proven to be advantageous in Finland and Norway. Additionally, by ensuring the protection of collective agreements and wages in sectors characterised by considerable levels of mobility within Europe, Nordic trade unions also derive benefits from it.¹⁹⁵

To conclude, it is evident that certain aspects of the Directive, such as the criteria for establishing a statutory minimum wage, will not be enforced in Member States that rely solely on collective agreements for determining minimum wage. Nevertheless, it is possible that State intervention will be necessary to ensure compliance with the additional provisions outlined in the Directive. The Nordic countries believe that this intervention could weaken their already established systems. However, as mentioned earlier, some experts argue that incorporating safeguards for minimum wages in a European framework could provide an extra layer of protection in case of system failures.

An overview of the effectiveness and practical consequences of the Directive's implementation

Due to the limited competence of the EU in social policy and with respect for national laws and social practices, the Directive has adopted a simpler approach with basic principles and requirements to which Member States must adhere. The main responsibility for ensuring the practical effectiveness of the Directive, therefore, lies with the Member States, relying on their willingness and commitment to achieve the objectives set out in the Directive.¹⁹⁶

¹⁹¹ Schwertner, 2022, pp. 37-39.

¹⁹² Schwertner, 2022, p. 44.

¹⁹³ Lillie, 2023, p. 5.

¹⁹⁴ Lillie, 2023, p. 5.

¹⁹⁵ Lillie, 2023, p. 5.

¹⁹⁶ This conclusion was shared by: Menegatti, 2021, p. 30 and Alonso, 2021, p. 151.

Effectiveness also refers to the potential of the measures to achieve its objectives. Some authors¹⁹⁷ argue that the weakness of the Directive lies in its failure to mandate the implementation of a statutory minimum wage or the universal application of collective agreements, which hinders its effectiveness in addressing the problems outlined in its Preamble. They contend that additional measures within the framework of EU social policy should be implemented to address these issues.¹⁹⁸

However, there are studies that present a different perspective. For instance, Sánchez Vellvé¹⁹⁹ conducted an economic study that suggested that an increase in relative minimum wages effectively reduced income inequality between households in the Member States from 2005 to 2014. However, it is important to note that the effectiveness of this measure decreases during times of economic crisis.²⁰⁰ Additionally, the study argues that the economic, social, welfare, and labour market differences between Member States should not pose a significant obstacle to implementing minimum wage measures through EU action.²⁰¹⁻²⁰²

Concerning the **negative effects**, most employers' organisations were against the EU's plan to establish a binding legal act regulating minimum wages, as mentioned previously. BusinessEurope raised concerns about the potential long-term effects, including the possible fading of the social partners and an increase in undeclared workers.²⁰³ The European Association of Craft, Small and Medium-Sized Enterprises ('SMEunited') highlighted the escalation of labour expenses for SMEs, yet acknowledged that "minimum wages can help prevent unfair competition and social dumping on the labour market, which is a key concern for SMEs".²⁰⁴

While the EU proposal on minimum wages garnered support from most European trade unions, the Swedish and Nordic trade unions held a different stance. They believed that the EU lacks competence in the area of 'pay' (based on Art. 153(5) TFEU) and argued that: (i) The minimum wage could become a ceiling rather than a base reference; (ii) Self-regulated collective bargaining models could be replaced by State-regulated models, which would weaken them; (iii) Employers' efforts to maintain a high level of organisation could be reduced, weakening the social partners; (iv) The balance between

¹⁹⁷ See Delfino, 2021, p. 55 and Schwertner, 2022, p. 44.

¹⁹⁸ See Delfino, 2021, p. 55 and Schwertner, 2022, p. 44.

¹⁹⁹ Sánchez Vellvé, 2017, p. 99.

²⁰⁰ Sánchez Vellvé, 2017, p. 99.

²⁰¹ Sánchez Vellvé, 2017, p. 99.

²⁰² Translated by the Author of this thesis. Original in Spanish: "[...] de este estudio se infiere la bondad de los salarios mínimos relativos como medida de referencia para combatir la desigualdad de los ingresos. [...] son medidas que, al tener un carácter relativo, podrían resultar de aplicación para el conjunto de los Estados de la Unión, sin que las diferencias económicas, sociales, culturales, del mercado de trabajo y del estado de bienestar supusieran un serio inconveniente para su adopción comunitaria".

²⁰³ See https://www.businesseurope.eu/sites/buseur/files/media/position_papers/social/2020-12-04_pp_minimum_wages.pdf pp.2-3.

²⁰⁴ See <https://op.europa.eu/s/yBVC>, p. 3.

the EU, Member States, and social partners could change, making collective bargaining systems vulnerable due to the involvement of policymakers; (v) The CJEU's interpretation could interfere with national systems, harming workers.²⁰⁵

In summary, the Nordic trade unions believe that an EU minimum wage act threatens their labour market models.²⁰⁶ Nevertheless, it appears paradoxical that Member States with exemplary social and employment performance, as evidenced by high trade union density and widespread collective bargaining, have spoken unitedly against the Directive intended to enhance Europe's social features.²⁰⁷

SGI Europe raised specific concerns about how the implementation of the Directive could impact the rights to strike and association, which, although exceptions to Article 153(5) TFEU, could potentially be classified as 'working conditions' falling under EU competence.²⁰⁸

Furthermore, in light of previous cases such as *Laval (C-341/05)*²⁰⁹ and *Viking (C-438/05)*²¹⁰, the Northern European countries shared concerns about the potential impact of the Directive on their industrial relations system.²¹¹ To better understand this context, Deakin²¹² briefly explains that "the common idea underpinning *Viking*, *Laval*²¹³ [...] is that national-level labour law rules are capable of constituting a distortion of competition within the internal market and, as such, must be justified by reference to a strict test of proportionality"²¹⁴.

Nonetheless, the discussion of the above cases falls within the scope of the analysis of the internal market chapter of the TFEU, which applies whenever other prerogatives of the TFEU cause an economic impact (such as distortion).²¹⁵ In those cases, the CJEU clarified that it is not because the right to strike and the right of association are excluded from the application of Art. 153 of the Social Policy Title of the TFEU that they will not be examined for their compatibility with the internal market provisions of the TFEU, which can be applied in the analysis of any social activity.²¹⁶ The aim is not to debate internal market provisions, but it is contended that while these situations may not directly impact the EU's competence in social policy, they do serve as a cautionary reminder that economic needs could overshadow social rights.²¹⁷

²⁰⁵ Lovén Seldén, 2020, pp. 336-337.

²⁰⁶ Lovén Seldén, 2020, pp. 336-337.

²⁰⁷ Haapanala et al., 2022, p. 3.

²⁰⁸ See <https://sgieurope.org/publications/response-to-the-open-consultation-on-the-minimum-wage-directive-proposal/?page=1>.

²⁰⁹ See EUR-Lex - 62005CJ0341 - EN - EUR-Lex europa.eu.

²¹⁰ See <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62005CA0438>.

²¹¹ Menegatti, 2021, p. 23.

²¹² Deakin, 2012, p. 24.

²¹³ Original source emphasis.

²¹⁴ Deakin, 2012, p. 24.

²¹⁵ Aranguiz & Garben, 2021, p. 6.

²¹⁶ Aranguiz & Garben, 2021, p. 6.

²¹⁷ Menegatti, 2017, p.217.

What happens in practice is that both *hard law* and *soft law* adopted by the EU can have an impact in fields of exceptions, and this is the case of the right to strike, which was interpreted by the CJEU based on the freedom of establishment and freedom to provide services or the case of some employment policies measures.²¹⁸ Nevertheless, there are some concerns regarding the Directive's unintended consequences, potentially restricting efforts to the minimum rather than encouraging improvement.²¹⁹

As far as **positive effects** are concerned, considering that the Preamble of the Directive identifies that workers in the EU are not sufficiently protected by minimum wages due to various factors, including new forms of work and non-compliance with existing collective agreements and national legislation (Recital 14), although the Directive only provides a framework and the final decisions are taken at a national level, the expectation is that the Directive will provide guidance to the Member States for enhancing social protection²²⁰ by stimulating and reviving old debates on the definition and formalisation of minimum wages in line with the standards and requirements of the Directive and supporting those fighting for adequate minimum wages and solid collective bargaining.²²¹

It is necessary to bear in mind that the European Parliament has been issuing resolutions since 2017 stressing the need for an EU framework that ensures a fair and adequate minimum wage that respects the autonomy of social partners and collective bargaining models²²², and the Council of the European Union has already defended in its Decision (EU) 2020/1512 of 13 October 2020²²³ that the involvement of social partners in wage-setting mechanisms is crucial to ensure that wages respond adequately to productivity developments.²²⁴ As the Directive was adopted through the ordinary legislative procedure, the European Parliament has also played a crucial role in this process, which has increased the democratic relevance and credibility of the Directive.²²⁵

Based on all of these factors, it can be concluded that the adoption of this Directive is essential for the advancement of European Labour Law, in accordance with the CFREU, which, as Professor Pais²²⁶ clarifies, while it cannot extend the competences conferred on the EU by the Treaties (TEU or TFEU), broadly formulates several social

²¹⁸ Jaspers et al., 2019, p. 22.

²¹⁹ Aranguiz & Garben, 2021, p. 6.

²²⁰ Kun & Szabó, 2023, p. 216.

²²¹ Schulten & Müller, 2021, p. 16.

²²² See https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0010_EN.pdf, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0033_EN.html, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0284_EN.html, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0371_EN.html, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0044_EN.html.

²²³ See 32020D1512 - EN - EUR-Lex.

²²⁴ Regarding the connection between minimum wages and productivity, see for example, Ku, 2022.

²²⁵ Aranguiz, 2020, p. 473.

²²⁶ Pais, 2021b, pp. 159-160.

rights (without establishing a hierarchy between them) and represents the consolidation of the EU's legitimacy in the protection of fundamental rights.²²⁷⁻²²⁸ Professor Frank Hendrickx²²⁹ adds that “[...] within an EU context, labour law needs more than just labour rights”.

In practice, the expansion of the EU's competences has been a consistent trend with each treaty amendment, indicating the Member States' willingness to reduce their sovereignty.²³⁰ This is primarily driven by the dynamic nature of the EU as an entity, which naturally leads to the growing complexity of its competences over time.²³¹

²²⁷ Since this source was originally in Portuguese, it is important to acknowledge that the translation was given by the Author of this thesis.

²²⁸ For this reason, the CJEU has been using the CFREU to test EU law including legislation of Member States implementing EU law and, as an additional basis for its judgment, s Jacobs, 2019, p. 40.

²²⁹ Hendrickx, 2018, p. 5.

²³⁰ Foster, 2021, p. 78.

²³¹ Foster, 2021, p. 78.

Conclusion

While Article 153(5) TFEU includes a provision for a ‘pay’ exception to the EU’s competence in social policy, the CJEU has adopted a strict interpretation of this exception and has outlined the specific actions that would be considered a breach of it. It seems that the Directive does not encompass either of these actions. The CJEU’s interpretation of the Directive is still uncertain, but previous cases indicate that the CJEU does not hesitate to recognise the EU’s competence in regulating requirements that affect wage determination. Although Member States have different methods for determining minimum wages, the Directive does not aim to standardise these mechanisms or establish a fixed minimum wage across the EU. Hence, it can be inferred that the Directive plays a crucial role in directing Member States towards implementing the necessary measures for establishing an efficient minimum wage labour system. Studies indicate that taking into account the participation of social partners is essential when addressing the needs of the most vulnerable individuals in relation to wage policies. Additionally, the establishment of adequate wages can further contribute to an increase in purchasing power, while also mitigating the migration of labour to nations offering more favourable wage conditions.

International and EU legal frameworks already offer comparable guidelines in terms of fair remuneration, as exemplified by the ESC, which has been ratified by the Member States, indicating their adherence to similar principles outlined in the Directive. The CFREU is a legally binding instrument that focuses on working conditions that respect the dignity of workers. Thus, it is justifiable to assert that an adequate minimum wage secures the essential financial conditions necessary for the workers’ health and safety and, consequently, their dignity. The reality is that without proper remuneration, specifically minimum wage, workers are inclined to expose themselves to degrading working conditions. There is a contention that labour rights can be considered as human rights, a both fragile and reasonable position.

Although the EPSR is not legally binding, it stipulates rights recognised as necessary by the leaders of the 27 Member States, and its Principle 6 asserts that adequate minimum wages must be guaranteed. The TFEU itself sets strong social aims, demonstrating that the common market should also strive for the well-being of citizens. The EU’s inability to enact legislation to protect the right to fair and adequate wages contradicts the existence of other instruments that guarantee this right, whether through direct or indirect means.

It is widely held that in order to address evolving and urgent needs, fundamental rights should be adaptable, and making mere amendments to legal instruments is not a sufficient means of achieving this necessary adaptability. Therefore, it is crucial to

prioritise political harmony, as it is considered the primary challenge in implementing the Directive. Unfortunately, should this matter remain unresolved, the advancement of social integration will persistently lag behind economic integration, perpetuating the conflict between capital dominance and the power of social and civil organisations.

The extent to which the objectives and key problems outlined in the Directive can be successfully addressed relies on the commitment of Member States and continues to be a matter of debate regarding the effectiveness of the established procedures and principles. Nevertheless, it is justifiable to assume the risk of potential adverse outcomes, such as escalated labour expenses, particularly in the light of the decline in workers' quality of life resulting from post-COVID-19 economic crisis. The Directive encourages the Member States to focus on a minimum wage that guarantees workers and their families the minimum necessary for a dignified life, supporting adequate minimum wages as a fundamental right. As a result, it should be seen as a valuable instrument.

In conclusion, although the Directive may have limited effectiveness, it could encourage Member States to reevaluate their approaches to setting minimum wages, thus fulfilling an important symbolic function in the advancement of 'Social Europe'. Despite facing resistance and uncertainties, it is reasonable to assume that the Directive represents a courageous and progressive move for European Labour Law.

Bibliography

- ALONSO, D. Á. (2021). Salarios mínimos en la Unión Europea: Propuesta de Directiva e implicaciones para España. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, vol. 151, pp. 33-55. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8313188>.
- AMTENBRINK, F. & VEDDER, H. (2021). *European Union law: A textbook*. Eleven International Publishing.
- ARANGUIZ, A. (2020). Securing decent incomes at a crossroads: On the legal feasibility of a Framework Directive on Minimum Income. *European Journal of Social Security*, vol. 22, no. 4, pp. 467-485. <https://doi.org/10.1177/1388262720968175/FORMAT/EPUB>.
- ARANGUIZ, A. & GARBEN, S. (2021). Combating income inequality in the EU: A legal assessment of a potential EU Minimum Wage Directive. *European Law Review*, vol. 2, pp. 156-174.
- BOMBA, K. (2022a). Collective voice in fixing minimum wages: Social partners' participation from the ILO and EU perspectives. *Italian Labour Law E-Journal*, vol. 15, no. 1, pp. 117-132. <https://doi.org/10.6092/ISSN.1561-8048/14899>.
- BOMBA, K. (2022b). Minimum wage fixing mechanisms in the EU Member States: A comparative overview in the light of the Draft Directive on Adequate Minimum Wages. *Journal of the University of Latvia. Law*, vol. 15, pp. 137-153. <https://doi.org/10.22364/JULL.15.09>.
- BRUCKMEIER, K. & BRUTTEL, O. (2021). Minimum wage as a social policy instrument: Evidence from Germany. *Journal of Social Policy*, vol. 50, no. 2, pp. 247-266. <https://doi.org/10.1017/S0047279420000033>.
- CARVALHO, C. de O. (2018). Salary and inequalities in Portugal. *IUS Labor – Revista Electrónica de Dret del Treball i de la Seguretat Social, Comparative Labor Law Dossier (Wage and Inequalities)*, vol. 3, pp. 24-37. <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/26786>.
- COSTA, M., Peers, S., STEINER, J. & WOODS, L. (2020). *Steiner & Woods EU law* (14th edition). Oxford: Oxford University Press.
- DADOMO, C. & QUÉNIVET, N. N. R. (2020). *European Union law* (3rd edition.). Hall & Stott Publishing.
- DEAKIN, S. (2012). The Lisbon Treaty, the Viking and Laval judgments and the financial crisis: In search of new foundations for Europe's 'social market economy'. In <https://doi.org/10.22364/JULL.15.09> (pp. 19-44). Hart Publishing.
- DELFINO, M. (2021). The Proposal for an EU Directive on adequate minimum wages and its impact on Italy. *Italian Labour Law E-Journal*, vol. 14, no. 1, pp. 49-65. <https://doi.org/10.6092/ISSN.1561-8048/13370>
- DIREÇÃO-GERAL do Emprego e das Relações de Trabalho, Divisão de Estudos e Estatísticas (2023). *Relatório sobre regulamentação coletiva de trabalho publicada no ano de 2022*.
- DRAY, G., et. al. (2020). *Código do Trabalho – Anotado*. Almedina.
- FERNANDES, A. M. (2020). *Direito do trabalho* (20th ed.). Almedina.
- FOSTER, N. G. (2021). *Foster on EU law* (8th ed.). Oxford University Press.

- FUCHS, M. (2021). Notes on the proposal for a directive on adequate minimum wages: A German perspective. *Italian Labour Law E-Journal*, vol. 14, no. 1, pp. 65-76. <https://doi.org/10.6092/ISSN.1561-8048/13372>.
- GRENFOR, J., & GENTILE, E. (2021). The minimum wage Directive proposal and the promotion of collective bargaining: the voice of SGI-Europe. *Italian Labour Law E-Journal*, vol. 14, no. 1, pp. 41-48. <https://doi.org/10.6092/ISSN.1561-8048/13367>.
- GÜNTHER, W., & HÖPNER, M. (2023). Why does Germany abstain from statutory bargaining extensions? Explaining the exceptional German erosion of collective wage bargaining. *Economic and Industrial Democracy*, vol. 44, no. 1, pp. 88-108. <https://doi.org/10.1177/0143831X211065783/FORMAT/EPUB>.
- HAAPANALA, H., MARX, I., & PAROLIN, Z. (2022). Decent wage floors in Europe: Does the Minimum Wage Directive get it right? *SSRN Electronic Journal*, no. 48. <https://doi.org/10.2139/SSRN.4263242>.
- HANTRAIS, L. (2019). *What Brexit means for EU and UK social policy*. Bristol: Policy Press.
- HENDRICKX, F. (2018). The European social pillar. *European Labour Law Journal*, vol. 9, no. 1, pp. 3-6. <https://doi.org/10.1177/2031952518759987>.
- HENDRICKX, F. (2019). *Regulating working conditions through EU directives – EU employment law outlook and challenges*. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/638430/IPOL_BRI\(2019\)638430_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/638430/IPOL_BRI(2019)638430_EN.pdf).
- JACOBS, A. (2019). The future of the Charter on Fundamental Rights of the European Union. In F. Dorssemont, K. Lörcher, S. Clauwaert, & M. Schmitt (Eds.). *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the employment relation* (pp. 39-52). Hart Publishing. <http://www.bloomsburycollections.com/book/the-charter-of-fundamental-rights-of-the-european-union-and-the-employment-relation/ch3-the-future-of-the-charter-on-fundamental-rights-of-the-european-union/>.
- JACOBS, A. (2022). The enforcement structure for EU labour law. In Z. Rasnača, A. Koukiadaki, N. Bruun, & K. Lörcher (Eds.). *Effective enforcement of EU labour law* (pp. 13-34). Hart Publishing. <http://www.bloomsburycollections.com/book/effective-enforcement-of-eu-labour-law/ch1-the-enforcement-structure-for-eu-labour-law/>.
- JASPERS, T., PENNING, F., & PETERS, S. S. M. (2019). *European labour law*. Intersentia.
- KENNER, J. (2003). EU employment law: from Rome to Amsterdam and beyond. In *EU employment law: From Rome to Amsterdam and beyond*. Hart Publishing.
- KU, H. (2022). Does minimum wage increase labor productivity? Evidence from piece rate workers. <https://doi.org/10.1086/716347>.
- KUN, A., & SZABÓ, I. S. (2023). The impact of the “Minimum Wage Directive” – Directive (EU) 2022/2041 – in Hungary. *Revue de Droit du Travail* 2023, pp. 216-223.
- LILLIE, N. (2023). Round table. Nordic unions and the European Minimum Wage Directive. <https://doi.org/10.1177/10242589221148474>.
- LOVÉN SELDÉN, K. (2020). Challenges posed by the EU minimum wage initiative to the ETUC and European trade union cooperation. <https://doi.org/10.1177/1024258920945111>.

- MARTINEZ, P. R., MONTEIRO, L. M., VASCONCELOS, J., BRITO, P. M. de, DRAY, G. & SILVA, L. G. da. (2013). *Código do Trabalho anotado*, 9.^a ed. Almedina.
- MARTINS, J. Z. (2023). EU Directive on adequate minimum wages: Review and outlook from Portugal. *Revue de Droit du Travail*. <https://www-dalloz-fr.kuleuven.e-bronnen.be/documentation/Document?id=REVTRAV%2FCHRON%2F2023%2F0037>.
- MENEGATTI, E. (2017). Challenging the EU downward pressure on national wage policy. *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 22, no. 2, pp. 195-219.
- MENEGATTI, E. (2019). Wage-setting in Italy: The central role played by case law. *Italian Labour Law E-Journal*, vol. 12, no. 2, pp. 53-66. <https://doi.org/10.6092/ISSN.1561-8048/10017>.
- MENEGATTI, E. (2021). Much ado about little: The Commission proposal for a Directive on adequate wages. *Italian Labour Law E-Journal*, vol. 14, no. 1, pp. 21-32.
- MORANO-FOADI, S., NELLER, J. & FAIRHURST, J. (2018). *Fairhurst's law of the European Union* (12th ed.). Pearson Education Limited.
- MUSZYŃSKI, K. (2020). Reform and oversight mechanisms are not enough mechanisms: Access to justice for workers and employment standards in Central Eastern European countries. *SSRN Electronic Journal* (ETUI Research Paper - Working Paper 2020.09). Elsevier BV. <https://doi.org/10.2139/SSRN.3706721>.
- NIELSEN, R. (2000). *European labour law*. Copenhagen Djøf.
- PAIS, S. O. (2021a). 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*, vol. 58, pp. 45-72. <https://ciencia.ucp.pt/pt/publications/a-aplica%C3%A7%C3%A3o-do-direito-da-concorr%C3%Aancia-nos-mercados-laborais-part>.
- PAIS, S. O. (2021b). *Estudos de direito da União Europeia* (4.^a ed.). Almedina.
- PASQUIER, T. (2021). Proposal for a Directive on adequate minimum wages in the European Union: A look at French law. *Italian Labour Law E-Journal*, vol. 14, no. 1, pp. 77-89. <https://doi.org/10.6092/ISSN.1561-8048/13373>.
- REDMOND, T. (2019). *Law of the European Union*. Clarus Press.
- RIBEIRO, A. T. (2015). Crisis and labour law recent developments in Portuguese labour law. *European Labour Law Journal*, vol. 6, no. 3, pp. 259-281. <https://doi.org/10.1177/201395251500600305>.
- RIBEIRO, A. T. (2019). Recentes desenvolvimentos legislativos e jurisprudenciais no domínio das portarias de extensão. *Prontuário de Direito do Trabalho*, vol. 1, pp. 315-330. <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/28752>.
- RIESENHUBER, K. (2012). *European employment law: A systematic exposition*. Intersentia.
- SÁNCHEZ VELLVÉ, F. J. (2017). Política de salarios mínimos: Influencia sobre la desigualdad económica en la Unión Europea. *Investigación Económica*, vol. 76, no. 302, pp. 77-101. <https://doi.org/10.1016/J.INVECO.2018.01.003>.

- SCHLACHTER, M. (2015). *EU labour law: A commentary*. Wolters Kluwer.
<https://catalogo.bibliotecas.ucp.pt/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=374923&q=eu%20labour%20law%20a%20commentary>.
- SCHULTEN, T. (2008). Towards a European minimum wage policy? Fair wages and social Europe. <https://doi.org/10.1177/0959680108097494>.
- SCHULTEN, T. & MÜLLER, T. (2021). A paradigm shift towards social Europe? The proposed Directive on adequate minimum wages in the European Union. *Italian Labour Law E-Journal*, vol. 14, no. 1, pp. 1-19. <https://doi.org/10.6092/ISSN.1561-8048/13368>.
- SCHÜTZE, R. (2021). *European Union law* (3rd ed.). Cambridge University Press.
- SCHWERTNER, S. (2022). The EU's new minimum wage Directive: Implications for Austria? *University of Vienna Law Review*, vol. 6, no. 1, pp. 30-48. <https://doi.org/10.25365/VLR-2022-6-1-30>.
- SJÖDIN, E. (2022). European minimum wage: A Swedish perspective on EU's competence in social policy in the wake of the proposed directive on adequate minimum wages in the EU. <https://doi.org/10.1177/20319525221090547>.
- SURDYKOWSKA, B., & PISARCZYK, Ł. (2021). The Impact of the Directive on Adequate Minimum Wages in the European Union on Polish labour law. *Italian Labour Law E-Journal*, vol. 14, no. 1, pp. 91-103. <https://doi.org/10.6092/ISSN.1561-8048/13374>.
- WATSON, P. (2014). *EU social and employment law* (2nd edition). Oxford University.
- ZIMMER, R. (2019). Living wages in international and European law. <https://doi.org/10.1177/1024258919873831>.

EU law and Publications

- Council Decision (EU) 2022/2296 of 21 November 2022 on guidelines for the employment policies of the Member States. (2022). *Official Journal*, L 304, pp. 67-77. ELI: <http://data.europa.eu/eli/dec/2022/2296/oj>.
- European Commission. *Political guidelines for the next European Commission 2019-2024: Opening statement in the European Parliament plenary session 16 July 2019; Speech in the European Parliament plenary session 27 November 2019*. Publications Office of the European Union. (2020). <https://data.europa.eu/doi/10.2775/101756>.
- European Commission. Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion. *Second phase consultation of Social Partners under Article 154 TFEU on a possible action addressing the challenges related to fair minimum wages*. (2020). <https://op.europa.eu/s/yBVc>.
- European Commission. *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Adequate Minimum Wages in the European Union* (2020).
- European Union. *Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union* (Latest Edition: 01.02.2020). <https://op.europa.eu/s/yBVa>.

Case-law

- Judgment of the Court of Justice of 10 September 2015, *European Parliament v Council of the European Union*, C-363/14 (ECLI:EU:C:2015:579, <https://e-justice.europa.eu/ecli/ECLI:EU:C:2015:579>).
- Joined Cases C-609/17 and C-610/17: Judgment of the Court (Grand Chamber) of 19 November 2019 (requests for a preliminary ruling from the Työtuomioistuin – Finland) – *Terveys- ja sosiaalialan neuvottelujärjestö (TSN) ry v Hyvinvointialan liitto ry* (C-609/17) and *Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry v Satamaoperaattorit ry* (C-610/17) (OJ C, C/27, 27.01.2020, p. 2, CELEX: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62017CA0609>).
- Judgment of the Court of Justice of 13 September 2007, *Yolanda Del Cerro Alonso v Osakidetza-Servicio Vasco de Salud*, C-307/05 (ECLI:EU:C:2007:509, <https://e-justice.europa.eu/ecli/ECLI:EU:C:2007:509>).
- Judgment of the Court of Justice of 15 April 2008, *Impact v Minister for Agriculture and Food and Others*, C-268/06 (ECLI:EU:C:2008:223, <https://e-justice.europa.eu/ecli/ECLI:EU:C:2008:223>).
- Judgment of the Court of Justice of 10 June 2010, *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) v Tiziana Bruno and Massimo Pettini* (C-395/08) and *Daniela Lotti and Clara Matteucci* (C-396/08), C-395/08 (ECLI:EU:C:2010:329, <https://e-justice.europa.eu/ecli/ECLI:EU:C:2010:329>).
- Judgment of the Court of Justice of 11 December 2007, *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti*, C-438/05 (ECLI:EU:C:2007:772, <https://e-justice.europa.eu/ecli/ECLI:EU:C:2007:772>).
- Judgment of the Court of Justice of 22 January 2020, *Almudena Baldonado Martín v Ayuntamiento de Madrid*, C-177/18 (ECLI:EU:C:2020:26, <https://e-justice.europa.eu/ecli/ECLI:EU:C:2020:26>).
- Judgment of the Court of Justice of 12 November 1996, *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v Council of the European Union*, C-84/94 (ECLI:EU:C:1996:431, <https://e-justice.europa.eu/ecli/ECLI:EU:C:1996:431>).
- Judgment of the Court of Justice of 04 December 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden*, 413/13 (ECLI:EU:C:2014:2411, <https://e-justice.europa.eu/ecli/ECLI:EU:C:2014:2411>).
- Opinion of the Advocate General of the Court of Justice of 28 May 2020, *Hungary v European Parliament and Council of the European Union*, C-620/18 (ECLI:EU:C:2020:392, <https://e-justice.europa.eu/ecli/ECLI:EU:C:2020:392>).

Opinion of the Advocate General of the Court of Justice of 28 November 2013, *Thomas Specht and Others v Land Berlin and Bundesrepublik Deutschland*, 501/12 (ECLI:EU:C:2013:779, <https://e-justice.europa.eu>).

Opinion of the Advocate General of the Court of Justice of 23 May 2007, *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet*, C-341/05 (ECLI:EU:C:2007:291, <https://e-justice.europa.eu/ecli/ECLI:EU:C:2007:291>).

**Viabilidade da aplicação de sistemas de inteligência artificial
aos atos administrativos discricionários**

Jaime Paulino Maia e Silva

Sob orientação do Professor Doutor
Pedro Miguel dos Santos Silva Cerqueira Gomes

À Maria José, minha esposa, pelo amor incondicional,
e pela resiliência, apoio e ajuda inextinguíveis, e ainda, por tudo aquilo que não
sou capaz de exprimir desta forma. Muito obrigado.
Ao Professor Pedro Cerqueira Gomes, pela visão e conhecimento nestas “novas
avenidas” do Direito Administrativo,
pela energia e entusiasmo contagiante, pela excelente relação e, sobretudo, por
ter sido uma fonte de inspiração, o meu sincero obrigado!
Obrigado à Mafalda Lopes, por esta ajuda final, tão preciosa!

Não tenhamos pressa. Mas não percamos tempo.

José Saramago

Resumo

Os algoritmos têm evoluído exponencialmente nas últimas décadas e a sua implementação em todos os setores de atividade resulta simultaneamente de uma vontade – um ato voluntário - e de uma inevitabilidade. Porém quanto mais evoluídos e potentes se tornam, quantos mais dados conseguem analisar e quanto mais conseguem trabalhar com bases de dados não estruturadas, maiores são os seus efeitos resultantes das suas previsões e decisões. Existem muitos riscos associados a bases de dados enviesadas ou não representativas da sociedade, uma vez que desfavorecem grupos de risco ou minorias, provocando a discriminação, o enviesamento decisório, exacerbados pela escalabilidade e massificação dos outputs produzidos por sistemas automatizados e não dando garantias de equidade.

Por outro lado, existem questões associadas à opacidade algorítmica ou efeito “black-box”, em que existe falta de transparência, de explicabilidade e interpretabilidade inteligível por todos, mas fundamentalmente pelos utilizadores intermédios ou pelos finais, das decisões e do porquê das mesmas, num direito à fundamentação.

Se este contexto é já de si complexo, a sua aplicação ao campo da Administração Pública, imbuída dos seus poderes de “autonomia valorativa”, a procura de respostas à questão da viabilidade da aplicação de sistemas de IA aos atos administrativos discricionários, parece ser um desafio excessivo.

Para abordar tal desafio, propusemos uma metodologia jurídico-administrativa própria, estruturada em 4 dimensões, de abordagem ao tema da automatização dos atos administrativos por níveis de decisão, de acordo com o grau de complexidade e de discricionariedade.

Essa metodologia assenta num processo de automatização colaborativa e corresponsável, entre o agente público e os sistemas de IA, através de um modelo de inteligência colaborativa homem-máquina, suportado por aquilo que de mais recente existe no campo da IA – que não apenas os algoritmos de autoaprendizagem Machine e Deep Learning, mas outros bem mais evoluídos e responsivos aos requisitos que se impõem na implementação destas ferramentas no âmbito do Direito e, em particular do Direito Administrativo, em termos transparência, da IA explicável, da IA causal, de algoritmos interativos, ou dos algoritmos de computação cognitiva.

Palavras-chave: inteligência artificial; inteligência artificial causal; aprendizagem profunda; aprendizagem automática; homem no circuito; viés algorítmico; explicabilidade; discricionariedade; transparência; ato administrativo discricionário

Abstract

In recent decades algorithms have evolved exponentially and their implementation in all sectors of activity results simultaneously from a will – a voluntary act – and from an inevitability.

However, the more evolved and powerful they become, the more data they can analyse and the more they can work with unstructured databases, the greater the effects resulting from their forecasts and decisions. There are many risks associated with databases that are biased or not representative of society, since they disadvantage risk groups or minorities, causing discrimination, decision-making biases, exponentiated by the scalability and massification of outputs produced by automated systems, and not giving guarantees of equity.

On the other hand, there are issues associated with algorithmic opacity, or the “black-box” effect, in which there is a lack of transparency, explainability, and intelligible interpretability by all, but fundamentally by intermediate or end users, of decisions and the reason for them, a right to state reasons.

To address this challenge, we propose our own legal-administrative methodology, structured in 4 dimensions, to approach the topic of automating administrative acts by decision levels, according to the degree of complexity and discretion.

This methodology is based on a process of collaborative and co-responsible automation, between the public agent and the AI systems, through a model of collaborative human-machine intelligence, supported by the latest in the field of AI – not just Machine and Deep Learning algorithms, but others that are much more evolved and responsive to the requirements that are imposed in the implementation of these tools in the field of Law and, in particular, Administrative Law, in terms of transparency, explainable AI, causal AI, interactive algorithms, and cognitive computing algorithms.

Keywords: discretionary administrative act; artificial intelligence; causal artificial intelligence; deep learning; machine learning; human-in-the-loop; algorithmic bias; explainability; accountability; discretionary; transparency; discretionary administrative act.

Lista de siglas e abreviaturas

AA	Ato Administrativo
AAV	Ato Administrativo Vinculado
AAD	Ato Administrativo Discricionário
ApAt	Autoaprendizagem ou aprendizagem automática
AP	Administração Pública
CC	Código Civil
CpCg	Computação Cognitiva
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Deep Learning
IA	Inteligência Artificial
IAc	Inteligência Artificial Causal
IAexp	Inteligência Artificial Explicável
SAI	Sistema(s) de Inteligência Artificial
ML	Machine Learning
MLa	Machine Learning Autónoma
MLi	Machine Learning Interativa
RGPD	Regulamento Geral de Proteção de Dados
EU	União Europeia

Índice

Introdução	8
Capítulo 1 – Construção do quadro jurídico	9
Considerações introdutórias	9
1. Riscos associados à Inteligência Artificial	9
1.1. Opacidade, o efeito “caixa-preta”	9
1.2. Enviesamento e discriminação	10
2. Requisitos funcionais	12
2.1. Transparência	12
2.2. Explicabilidade e direito à explicação	14
2.3. Accountability e responsabilidade	16
2.4. Equidade e imparcialidade	16
Síntese do capítulo	17
Capítulo II – Metodologia jurídica e inteligência artificial	19
Considerações introdutórias	19
1. Metodologia jurídica e o processo de aplicação do Direito	19
2. Inteligência Artificial	20
Capítulo III – Modelo colaborativo de automatização jurídico-administrativo	22
Considerações introdutórias	22
1. Graus de complexidade e discricionariedade dos AA	24
2. Automatização e níveis de risco	24
3. Sistemas diferenciados de inteligência artificial	26
4. Grau de automatização e intervenção humana	28
4.1. Atos administrativos vinculados	28
4.2. Atos administrativos discricionários complexos	28
4.3. Proposta de um modelo de inteligência colaborativa homem-máquina	33
4.4. Soluções algorítmicas já disponíveis e que sustentam o modelo proposto	37
Considerações finais	45
Bibliografia	46

Introdução

Os sistemas de inteligência artificial (SIA) são um tema omnipresente e incontornável e, por maioria de razão, também no Direito Administrativo e na Administração Pública (AP). A questão de sabermos da viabilidade da aplicação dos SIA aos atos administrativos discricionários (AAD) (uma vez que a aplicação aos atos administrativos vinculados (AAV) de natureza binária, hoje já uma evidência) é oportuna, faz sentido e é urgente. Seguimos a via do “como”, para chegar ao “sim” ou ao “não” da resposta. Estruturámos a reflexão em duas partes.

Cap. I, com notas relevantes para reforço da delimitação de um quadro jurídico de enquadramento e suporte ao tema;

Cap. III, ensaiámos a conceção de um modelo, próprio, de abordagem ao “como” da implementação de SIA aos atos administrativos, desde os AAV simples aos discricionários complexos.

A meio da viagem propomo-nos fazer uma breve paragem – no cap. II, trazendo à colação alguns afloramentos aos métodos de raciocínio das duas ciências – Direito e Computação, à procura de elementos convergentes, sinérgicos e de reforço da confiança, para seguirmos em frente.

Capítulo 1 – Construção do quadro jurídico

Considerações introdutórias

Hoje estamos num patamar já muito avançado, distante dos algoritmos “*if this ... then that*”, no mundo da aprendizagem automática, dos Machine Learning (ML), dos Deep Learning (DL) em estádios da “inteligência da máquina” (rede avançada, treinada para construir modelos ad hoc para aprenderem sobre dados customizados) e a caminho de uma superinteligência da “consciência da máquina” (autoaprendizagem cognitiva). Por outro lado, existe uma crescente prevalência da tomada de decisão algorítmica pelas autoridades públicas, com impacto nos cidadãos.

Posto o que, se os benefícios são enormes, os perigos, os requisitos e todos os cuidados a ter são igualmente significativos.

É por aqui que começaremos, analisando os riscos ao nível da opacidade, da discriminação; e abordando a dificuldade em assegurar as condições bastantes ao nível da transparência, explicabilidade, compreensão das decisões e prestação de contas, ... para uma Inteligência Artificial (IA) de confiança.

1. Riscos associados à Inteligência Artificial

1.1. Opacidade, o efeito “caixa-preta”

A IA atual não é mais uma abordagem puramente determinista, em que decisão, regras e equações matemáticas foram definidas por seres humanos e implementadas para serem processadas automaticamente. Hoje, estas regras são extraídas diretamente das bases de dados. Consequentemente, a decisão automatizada perdeu a sua interpretabilidade inerente, uma vez que as regras podem ser facilmente ocultadas pela complexidade dos algoritmos – quanto mais eficiente for o algoritmo, mais opaco ele será.¹ Acresce ainda que o tamanho gigantesco dos megadados trabalhados atualmente dificulta, se não mesmo impede, a sua análise e compreensão por um cérebro humano. Então temos a “opacidade algorítmica” ou o efeito “caixa preta”, que se traduz no facto de não podermos explicar a lógica e os motivos de uma decisão algorítmica, porque apesar dos dados de entrada e saída serem conhecidos, o seu funcionamento interno específico não é determinável ou entendível. A representação interna dos dados é abstrata e complexa de decifrar, assim como as regras codificadas durante a fase de treino ou de construção do algoritmo.

¹ Vérine, 2019; Pilving, 2020.

Como resultado, o processo de tomada de decisão de um SIA pode ser difícil de entender ou impossível de avaliar pelos programadores e engenheiros de sistemas e muito menos compreensível para utilizadores finais. Em muitos casos, é praticamente impossível determinar como ou porquê um determinado resultado foi alcançado, com o risco de criarmos uma “black box society”,²⁻³ que importa conhecer e banir dos SIA. Se assim não for, estaremos perante a violação de um conjunto de princípios, entre eles o da igualdade (art.º 13 da CRP), com consequências a nível da transparência, responsabilização e justiça.⁴

A transparência e a responsabilidade das decisões, em termos dos métodos utilizados e, consequentemente, dos resultados alcançados, ficam postas em causa. A incapacidade de analisar as razões por trás das recomendações do algoritmo pode prejudicar aqueles afetados por tais decisões. A opacidade pode destruir o sentido de justiça e confiança dos visados.⁵

Em síntese, a implementação de SIA pode ser um risco para o procedimento administrativo: a IA determinará qual é a parte processual que tem mais força (AP ou cidadão) de forma opaca e unilateral, correndo o risco de que vença a “lei do mais forte”.⁶

Um SIA que toma decisões em nome do Estado não pode ser uma “caixa preta”, mas pautar-se por práticas responsáveis, devendo aderir aos seguintes requisitos: explicabilidade – compreender o racional por detrás de cada decisão; transparência – perceber o modelo de decisão algorítmica; e probabilidade – certeza matemática por trás da decisão; e seguindo cinco princípios essenciais: equidade, transparência, prestação de contas, processos de verificação e auditoria contínuas, e supervisão humana. Abordaremos algumas destas preocupações ao longo do trabalho.

1.2. Enviesamento e discriminação

Enviesamento diz respeito à utilização ou escolha de dados ou de resultados algorítmicos que resultem, direta ou indiretamente, num efeito discriminatório ilícito ou antiético sobre um indivíduo, ou quando os dados selecionados não sejam representativos⁷.

² Pasquale, 2015; Brown, 2016.

³ Biased algorithms – algoritmos discriminatórios que contribuem para agravar e perpetuar problemas sociais, raciais ou outros dos grupos minoritários, ver Brown, 2016; Pasquale, 2015); ou, como efeitos colaterais teremos os inductive bias (Learning bias), em relação às classes maioritárias, se os dados de treino não forem balanceados, resultando num desempenho empobrecido no reconhecimento de classes minoritárias, Dong, 2019.

⁴ Huggins, 2020.

⁵ Entre outros: Super, 2005; Grimmelmann, 2005; Citron, 2008; Pasquale, 2015; Hogan-Doran, 2017; Desai, 2017; Kroll, 2017; Mulholand, 2019; Deeks, 2019.

⁶ Santos, 2022.

⁷ Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA), #BigData: Discrimination in Data-Supported Decision Making, Viena: FRA, 2018.

1.2.1. Grau de neutralidade algorítmica

Existe uma corrente que descarta o enviesamento usando o argumento da neutralidade como forma de rejeitar a responsabilidade.⁸ Contudo, muitos outros trabalhos demonstraram como SIA em áreas como o policiamento,⁹ a justiça,¹⁰ a moderação de conteúdo online,¹¹ entre outros, estão longe de serem neutros, apresentando casos detetáveis de injustiça entre a forma como os diferentes grupos são representados nesses sistemas.

Sabemos hoje que o algoritmo pode ser programado para introduzir inadvertidamente preconceitos, reforçar a discriminação, favorecer uma orientação política ou práticas indesejadas, de forma automática, durante o processo de treino, a partir dos dados que está a operar.¹² E, a um nível mais amplo e grave, coloca-se a questão de saber a quem a tecnologia capacita ou descapacita ao longo do tempo.¹³

1.2.2. Preocupações e dificuldades

O uso do ML tem suscitado uma série de preocupações, especialmente: quando as suas decisões têm um impacto, pela sua magnitude e escala, muito superior às tomadas por humanos; quando muitos dos dados utilizados para treinar os SIA são pouco representativos da população em geral, suscitando decisões injustas, que refletem os preconceitos mais amplos da sociedade; e, sobretudo, quando os sistemas fazem previsões que afetam a liberdade, a segurança ou a privacidade dos cidadãos.¹⁴

Os dados são produzidos por seres humanos, com toda a subjetividade que isso implica. Se as decisões administrativas incluídas nas bases de dados de treino tiverem um elemento subjetivo e enviesado, o algoritmo não tem capacidade para alterar as suas decisões para que sejam automaticamente justas, imparciais, objetivas e legais; também é importante estar consciente de que o viés pode surgir quando os conjuntos de dados refletem incorretamente a sociedade, mas também quando os conjuntos de dados refletem com precisão aspetos injustos da sociedade; ou, ainda, quando determinados grupos são ou foram historicamente tratados menos favoravelmente do que outros, isso pode “produzir um modelo” que repete esta diferença de tratamento, esta desvantagem. Como resultado, os SIA podem ser propensos a tomarem decisões que são sistematicamente distorcidas, em vez de agirem de forma imparcial. Tal pode levar a que

⁸ Boyd, 2016.

⁹ Ensign, 2018.

¹⁰ Chouldechova, 2018.

¹¹ Binns, 2017.

¹² Harlow, 2019.

¹³ Veale, 2019.

¹⁴ House of Lords, 2018; Williams, 2020.

aqueles que preenchem determinados critérios sejam tratados de forma menos favorável do que aqueles que não preenchem esses critérios.¹⁵

Em síntese:

Embora a redução do viés seja uma área de pesquisa em ML, ainda não há consenso sobre o que constitui exatamente viés nos SIA e sobre os meios confiáveis para o identificar ou eliminar. Algumas pesquisas sugerem mesmo que a eliminação pode ser impossível. Havendo quem refira que não se pode ser neutro; porque somos nós – humanos – que fazemos as coisas. E isso é projetado no que fazemos. A questão é saber como essas preferências se podem tornar explícitas, porque se elas se podem tornar explícitas, então é possível lidar com isso. Só que os preconceitos, por norma, estão escondidos e não se veem. É a dificuldade em explicitar coisas implícitas.¹⁶

Contudo, a IA também pode ajudar a corrigir alguns preconceitos: os humanos são tendenciosos; as máquinas não são, a menos que as treinemos para o ser. A IA também pode fazer um bom trabalho na detecção do viés inconsciente.

2. Requisitos funcionais

2.1. Transparência

A transparência é uma condição prévia e necessária para assegurar a conformidade legal, permitir a responsabilização e um garante da ética de qualquer SIA. É fácil sentirmo-nos tentados a pensar que as divulgações integrais dos dados de treino, juntamente com o código-fonte, podem conduzir a processos de tomada de decisão transparentes. Tais práticas não são suficientes. Em primeiro lugar, apenas uma pequena minoria de cidadãos seria capaz de compreender os dados divulgados e as regras algorítmicas. A transparência sem compreensibilidade apenas cumpre um objetivo muito limitado e não é satisfatória como meio de responsabilização pública. Em segundo lugar, existem limites legais a essa divulgação. A proteção do segredo comercial ou dos dados pessoais podem constituir limites à divulgação pública.¹⁷

Dois conceitos de transparência técnica e do processo:

- **Transparência técnica:** alcançar a transparência técnica total é difícil, e possivelmente até impossível, para certos tipos de SIA. Dadas as limitações tecnológicas, talvez seja irrealista esperar que, em todas as circunstâncias, os sistemas de apoio à decisão automática sejam capazes de gerar explicações completas para as previsões que fazem. A exigência de um

¹⁵ House of Lords, 2018; Anastasopoulos, 2018; Cobbe, 2019; Finck, 2019; Brand, 2020.

¹⁶ Kleinberg, 2016; Courtland, 2018; House of Lords, 2018.

¹⁷ Finck, 2019; Leslie, 2019; Loi, 2021b.

algoritmo gerar uma explicação dependerá muito do contexto em que o algoritmo é utilizado e do tipo de decisão para a qual contribui;

- **Transparência processual:** A fim de permitir a auditabilidade e a responsabilização, o que é necessário é conceber hardware, software e processos de uma forma que permita a supervisão, revisão e escrutínio do início ao fim (end-to-end).

A transparência técnica, por si só, não é suficiente para garantir ao utilizador a inteligibilidade do processo decisório. Se um cidadão desejar contestar uma decisão que foi tomada com a ajuda de um algoritmo, deve-lhe ser proporcionada a possibilidade de examinar a previsão do algoritmo e receber um resumo inteligível dos fatores que o modelo levou em conta e de como estes influenciaram a previsão.¹⁸

2.1.1. Abordagens para garantir transparência

Embora o termo “*caixa preta*” seja usado para se referir aos algoritmos ML/DL, os métodos de aprendizagem automática variam no nível de transparência que são capazes de fornecer. Existem formas de conhecer e até de intervir no processo de decisão e superar o efeito “*caixa preta*”. Desenvolvimentos recentes em modelos híbridos ou colaborativos de decisão, algoritmos interativos, explicativos, causais, contra argumentativos e outros, permitem desconstruir retroativamente o processo de tomada de decisão e examinar a estrutura de cada “*árvore individual de decisão*” para entender como foi tomada essa decisão. Além disso, é possível visualizar para cada variável a influência ponderada que tem na previsão do modelo e, portanto, o impacto esperado sobre o resultado, conseguindo-se, assim, um grau razoável de transparência, explicabilidade e auditabilidade¹⁹.

Muito útil para este fim pode ser a investigação realizada na área da IA explicável (IAexp),²⁰ que desenvolveu dois tipos de técnicas para a transparência de processo: explicabilidade intrínseca e explicabilidade *a posteriori* (*post-hoc analysis*). A explicabilidade intrínseca é alcançada através da construção de modelos autoexplicativos, incorporados diretamente nos SIA. Pelo contrário, a explicabilidade *post-hoc* baseia-se na construção de um segundo modelo para fornecer explicações para as decisões fornecidas pelo modelo primário.²¹

A explicabilidade do SIA pode ser uma forma adequada de promover uma transparência compreensível e acionável. No cap. III teremos a oportunidade de voltar a esta questão.

¹⁸ Guidotti, 2018; Oswald, 2018b; Mitrou, 2021.

¹⁹ Hildebrandt, 2011; Oswald, 2018b; Wachter, 2018; Finck, 2019; Pearl, 2019.

²⁰ Du et al. 2020.

²¹ Finck, 2019; Mitrou, 2021.

Em síntese, os SIA também podem ter efeitos benéficos para a transparência. A questão não é a forma como estão a ser usados, mas sim e mais relevante, a forma como foi desenhados: estes sistemas podem impactar positivamente a transparência, através da forma como são desenhados, assegurando um reforço do Estado de Direito, com uma aplicação mais consistente e coerente das regras e procedimentos formais do que a oferecida pelos funcionários públicos. Os algoritmos podem ser úteis para superar os efeitos nocivos do viés cognitivo humano, evitar a discriminação e produzir melhores resultados. Tudo isto pode melhorar a segurança jurídica, eliminar distorções e assegurar que todos os fatores relevantes são tidos em conta.²²

Embora seja reconhecido que um nível idêntico de transparência para todos os sistemas nem sempre é viável, ele deve ser o mais elevado possível dentro das restrições impostas por compromissos com outros objetivos e a regulamentação nesta matéria deve estabelecer regras e padrões claros e exigentes. A título de exemplo, os governos alemão e do Reino Unido destacaram que, quando a IA é usada em processos administrativos, deve ser compreensível, de forma completa e satisfatória, para o cidadão porque é que determinado órgão administrativo chegou à decisão que tomou.²³

2.2. Explicabilidade e direito à explicação

A necessidade de explicação e de fundamentação são um dos mais importantes requisitos funcionais – ao lado da transparência e da *accountability*, para uma IA de confiança, tendo conduzido, nas últimas décadas, ao surgimento de dois conceitos e respetivas metodologias de investigação, diferentes, mas conectados: interpretabilidade e explicabilidade.

Interpretabilidade é o processo de fornecimento de informações que representa tanto o raciocínio do algoritmo de ML, quanto a representação interna dos dados, num formato apenas interpretável por um especialista em ML. Responde ao “como” e é o primeiro passo para se chegar à explicabilidade. A explicabilidade consiste em fornecer informações num formato autossuficiente e acessível a um utilizador normal. Responde ao “porquê” das decisões. Os seus benefícios são de uma relevância extrema, quer na promoção da confiança entre os utilizadores e os SIA, quer na redução da litigância e na garantia da segurança jurídica²⁴⁻²⁵. Felizmente, estão já em desenvolvimento novas formas para ultrapassar estes constrangimentos (cfr. veremos no cap. III).

²² Le Suer, 2016; Sunstein, 2018; Finck, 2019.

²³ House of Lords, 2018; van Acken, 2019; Finck, 2019.

²⁴ “(...) a explicabilidade é o núcleo central da relação de evolução entre humanos e máquinas inteligentes”, Knight, W. 2017.

²⁵ Doshi-Velez, 2017; Oswald, 2018b; Wachter, 2018; Gilpin, 2019.

Direito à explicação – União Europeia e o artigo 22.º do RGPD

Uma das razões para os progressos recentes nesta área deve-se à entrada em vigor do RGPD na União Europeia, que contém disposições que, indiscutivelmente, conferem aos indivíduos afetados por decisões puramente algorítmicas o “direito a uma explicação”, cfr. artigo 22.º, podendo condicionar as decisões administrativas inteiramente automatizadas, inviabilizando a sua operacionalidade se as mesmas não forem explicadas ao sujeito visado em detalhe e sob uma forma inteligível. Deste modo, fica excluída a decisão que se funda em ML, desde que o seu funcionamento não seja fundamentadamente explicável, se o mesmo é o fundamento exclusivo da decisão.²⁶

Em síntese, a explicabilidade dos SIA é uma novidade, ainda por explorar no âmbito judicial e administrativo, pelo que melhorar a sua performance proporcionará mais transparência sobre o modo como as decisões são tomadas, permitindo que todos os envolvidos acompanhem e percebam o processo, garantindo maior clareza na responsabilização das autoridades públicas. Explicar as razões por detrás das previsões pode transformar um modelo ou previsão menos confiável em confiável, sabendo-se que a confiança é crucial para uma interação homem-máquina eficaz.²⁷

Aqui chegados, deve estabelecer-se uma distinção entre as explicações sobre a forma como uma decisão foi tomada e as razões pelas quais essa decisão foi tomada, pois que as primeiras podem não cumprir, cabalmente, a obrigação de fundamentação. A questão essencial num ato administrativo não é a descrição técnica da forma como a decisão foi tomada, mas os motivos por detrás dela – por que razão a decisão tomada foi aquela e não outra.²⁸ A explicação pode ser usada para analisar os critérios fundamentais para uma determinada decisão.²⁹ Mas isso só nos leva a meio caminho, pois que a obrigação de fundamentação tem um outro patamar de exigência.³⁰

Se um ato administrativo requer uma fundamentação jurídica substancial e complexa, então o atual nível de tecnologia não está ainda preparado, implicando a necessidade de colocar o agente administrativo no “circuito da decisão”, no controlo do algoritmo e na satisfação da exigência legal do “direito à explicação”,³¹ como veremos mais à frente no cap. III.

²⁶ House of Lords, 2018; Wachter, 2016; Bensamoun, 2022.

²⁷ Ribeiro, 2016; Cobbe, 2019; Pi, 2021.

²⁸ Edwards, 2017; Berman, 2018.

²⁹ Deeks, 2019; Coglianese, 2019.

³⁰ Ashley, 2017.

³¹ Lember, 2019.

2.3. *Accountability* e responsabilidade

A responsabilização é o princípio segundo o qual uma pessoa só pode ser responsabilizada se tiver um certo grau de controlo, no sentido de que facilitou ou causou os danos ou se estiver em posição de os prevenir ou atenuar.

No caso dos SAI, quem é o responsável? O designer, o fornecedor, o utilizador, as autoridades ou o próprio sistema? A atribuição da responsabilidade complica-se pelo facto de não ser claro quem tem o controlo necessário à imputação de responsabilidade jurídica. Acresce a tudo isto o facto de que os SIA agem de forma autónoma, aprendem e modificam a sua prestação, colocando-se a questão de saber quem controla ou prevê estes comportamentos subsequentes.³²

Podemos ter uma lacuna de responsabilidade segundo a qual os agentes públicos não podem ser responsabilizados pelo comportamento dos SIA, devido à sua falta de controlo e influência sobre os mesmos.³³ Porém, há quem defenda que os seres humanos são sempre responsáveis pelas consequências associadas à tecnologia, pois são eles os seus criadores.³⁴ Estamos perante um dilema de controlo humano *versus* tecnológico, que está ainda distante de colher consenso.³⁵

Superar este desafio é – também e sobretudo – uma questão de decisão humana, bem como de construção de consensos políticos e sociais e de sustentação doutrinal e ético-jurídica, pois que se há ou não uma lacuna de responsabilidade, ela depende mais das escolhas humanas e menos da complexidade tecnológica.³⁶

Mesmo que os SIA não estejam sujeitos ao controlo humano direto, os funcionários e as autoridades públicas permanecem responsáveis pelo comportamento dos mesmos. O princípio da responsabilidade exige que se estabeleça uma cadeia contínua de responsabilidade para todo o desempenho do sistema.³⁷ No cap. III preconizamos uma resposta a este dilema.

³² Johnson, 2015; Wirtz, 2018; Gualdi, 2021.

³³ Matthias, 2004.

³⁴ Wirtz, 2018.

³⁵ Anderson, 2007; Santoro, 2008; Nagenborg, 2008.

³⁶ Johnson, 2015; Floridi, 2018; Oswald, 2018a; Doshi-Velez, 2018.

³⁷ Leslie, 2019.

2.4. Equidade e imparcialidade

Como normalizar o enviesamento e combater o viés? Como “especificar matematicamente a equidade”, de tal forma que ela possa ser auditada ou colocada como uma restrição estatística aquando da conceção ou “treino” de um algoritmo de autoaprendizagem?³⁸

A qualidade dos *big data* é um requisito incontornável para a equidade e imparcialidade das decisões suportadas em SIA – se a base de dados de partida for tendenciosa, as decisões formuladas com base nela também o serão. A qualidade da decisão depende da qualidade dos dados que foram (e continuam a ser) introduzidos no sistema.³⁹

Algumas boas práticas nesta matéria:

a) A qualidade dos dados de entrada ou o próprio algoritmo podem ser inadequados. Por exemplo, quando alguns grupos são monitorizados mais de perto do que outros, isso pode refletir-se nos dados usados no treino dos algoritmos (cidadãos de etnia negra no policiamento preditivo nos EUA ou em sistemas de avaliação de reincidência).⁴⁰

b) Promoção e criação de conjuntos de dados mais diversificados (“*dados abertos*”), que reflitam de forma justa os grupos e comunidades que serão impactados pelos SIA. Há uma variedade de grupos na sociedade, como os excluídos financeiramente e as minorias étnicas, que sofrem de “pobreza de dados”, em comparação com grupos mais privilegiados da sociedade, que geram mais dados sobre si próprios.⁴¹

c) Buscar ativamente preconceitos dentro dos SIA, testando conjuntos de dados e como eles operam dentro do sistema. Se um sistema produz decisões que beneficiam ou desfavorecem consistentemente um determinado grupo, é provável que essa possibilidade exista.⁴²

d) Usar métodos de modelagem que levem em conta questões de igualdade.⁴³

e) Garantir que o desenvolvimento dos SIA é realizado por uma diversidade de disciplinas académicas, numa abordagem interdisciplinar.

³⁸ Kamiran 2012; Barocas, 2016; Veale, 2019.

³⁹ Finck, 2019, Anastaspoulos, 2018.

⁴⁰ Pilving, 2020.

⁴¹ House of Lords, 2018, Cobbe, 2019.

⁴² Cobbe, 2019.

⁴³ Zarsky, 2016.

Síntese do capítulo

Existe consciencialização e trabalho feito, no encontrar de soluções técnicas, para as preocupações jurídicas (éticas e outras) que a implementação dos SAI levantam, no geral e, em particular, no campo administrativo.

Queremos agora ver também se é possível estabelecer alguma conexão entre as duas ciências, Direito e Computação, relativamente às suas formas de trabalhar a informação, analisar os problemas e decidir, não sem antes fazermos o seguinte comentário.

Ficaram por tratar outras questões, igualmente relevantes, como sejam o estatuto jurídico dos sistemas de IA, em termos de personalidade jurídica, os requisitos de índole procedimental, como sejam: a conformidade legal através do desenho do sistema; a relevância da qualidade das bases de dados; a caixa de areia regulamentar (*regulatory sandboxes*); a necessidade de auditabilidade do “*technological due process*”, entre outros.

Capítulo II – Metodologia jurídica e inteligência artificial

Considerações introdutórias

Parece-nos fazer sentido, nesta abordagem sobre as ligações entre a IA e o Direito, não ficarmos apenas pelas considerações sobre quadro jurídico, mas incluirmos breves notas reflexivas sobre aquilo que é mais intrínseco às metodologias de aplicação do Direito e à forma como o raciocínio dos algoritmos evoluiu em termos da análise da informação, da formulação do conhecimento sobre a realidade, e como situa a abordagem às decisões, reflexão essa com a intenção de sabermos se existe convergência ou complementaridade.

1. Metodologia jurídica e o processo de aplicação do Direito

1.1. Raciocínios lógicos clássicos

A metodologia jurídica, como doutrina da aplicação prática do Direito, tem no raciocínio lógico-dedutivo o seu modelo ideal de aplicação do Direito, como decorrência da conceção legal-racional do Direito em que o que está em causa é a apresentação dos fundamentos da decisão, logicamente encadeados – subsumindo os dados factuais à norma e inferindo dela a consequência jurídica prevista na norma. Mas também o método indutivo assente na tese de que o Direito se estrutura num todo interrelacionado – a ideia de Direito, da norma jurídica e da decisão jurídica e realiza-se não na legislação, mas na jurisprudência⁴⁴. Estas duas lógicas completam-se com a abdução que, com o seu carácter aumentativo – explicativo e intuitivo –, procura alcançar o melhor resultado, utilizando o conhecimento profundo e não a melhor probabilidade matemática.⁴⁵

1.2. Novas lógicas

Nos últimos anos surgiram novas lógicas, como sejam as “não-monotónicas”,⁴⁶ configurando que a construção da decisão jurídica não está estritamente subordinada à informação disponível, podendo ser corrigida ou revogada se nova informação for adquirida; ou a “lógica difusa” (*fuzzy logic*), adequada a contextos de indeterminação e “*autonomia valorativa*”, de orientação analítica, operando com base numa escala de valores aproximativos.⁴⁷

⁴⁴ Esta é uma das teses de Castanheira Neves e Arthur Kaufmann.

⁴⁵ Lamego, 2021, p. 167.

⁴⁶ As lógicas não-monotónicas – raciocínio corrigível ou revogável – surgiram nos anos 80 do séc. XX, no âmbito da inteligência artificial.

⁴⁷ Lamego, 2021, p. 211.

1.3. O método do caso e a jurisprudência

A jurisprudência tem como missão a revelação do sentido da aplicação do Direito e a sua atualização constante, tendo no método do caso⁴⁸ a combinação entre a aquisição de conhecimentos jurídicos e a abertura do jurista ao “*direito real*” por via indutiva, através da análise e comparação das decisões judiciais.⁴⁹

1.4. O sistema jurídico

O sistema jurídico, aberto, de construção indutiva, caracterizado pela incompletude, capacidade de evolução e a modificabilidade em que o Direito vai para além das normas.⁵⁰

2. Inteligência Artificial⁵¹

2.1. Do mecanismo estático-dedutivo ao raciocínio indutivo-dedutivo

Os algoritmos podem ser categorizados, de acordo com a sua natureza, como determinísticos ou probabilísticos.

Algoritmos determinísticos: são convencionais e lineares por natureza, concebidos pelo homem e, para um *input* semelhante, produzem o mesmo *output*. Utilizam modelos lógico-dedutivos estáticos para representar a lei como fonte primária das aplicações de IA. Indicados para atos administrativos vinculados simples.

Algoritmos probabilísticos (de autoaprendizagem): baseados na inferência probabilística e na otimização contínuas, partindo do raciocínio indutivo para chegar ao dedutivo. Permitem trabalhar abordagens que combinam a lei com conceitos gerais, princípios e a jurisprudência, numa relação de interdependência holística. Combinam técnicas avançadas de ML e DL que, após a fase da aprendizagem, usando casos reais (*case-based learning*) – através do treino em bases de dados estruturadas e não estruturada –, ajustam e adaptam dinamicamente os seus próprios parâmetros de decisão, reagindo às alterações das bases de dados, procurando a otimização interna e a melhoria da fiabilidade, criando soluções para problemas complexos, de forma a produzirem decisões precisas e fiáveis. Usam mecanismos de autoaprendizagem e

⁴⁸ “Case method”, introduzido em 1870, por Christopher Langdell.

⁴⁹ Ribeiro, 2014; Martinez, 2022, pp. 166 e 331.

⁵⁰ Sistema jurídico indutivo de P. Heck e Claus-Wilhelm Canaris. Martinez, 2022, p. 124; Lamego, 2021, p. 129.

⁵¹ Barbosa, 2021; Barthe, 2017; Brand, 2020; Buest, 2017; Coglianese, 2019; Cobbe, 2019; Côte-Real, 2022; Duan, 2019; Hildebrandt, 2018; Kailash, 2016; Moles, 1992; Oswald, 2018a; Oswald, 2018b; Pilving, 2020; Surden, 2014; Williams, 2021.

aprendizagem profunda, servindo-se de modelos matemáticos que, a partir de dados, constroem algoritmos, de baixo para cima, otimizando a sua prestação através da aquisição ou reorganização de novos conhecimentos, tendo por base parâmetros de ponderação.

Os algoritmos ML&DL são uma evolução da IA e dos seus primitivos mecanismos dedutivos e pré-determinados para raciocínios de tipo indutivo, suportado nos *big data*, nas análises matemáticas e probabilísticas e, sobretudo, em processos de autoaprendizagem, gerando o seu próprio conhecimento através de regras de *inductive learning*. O algoritmo deixa de funcionar em termos meramente dedutivos para garantir a dedução a partir da indução que ele próprio protagoniza.

2.2. Novos paradigmas

Aos algoritmos de ML&DL faltava-lhes a vertente da relação de causalidade, tão própria do raciocínio jurídico. Esta lacuna está já a ser combatida com soluções que a literatura da especialidade reputa de muito promissoras, com técnicas como a computação cognitiva ou a inteligência artificial causal, que abordaremos no próximo capítulo.

Em síntese, feito este “ponto de inflexão” na exposição, ficaram claros os seguintes aspetos: (1) existe uma evolução, aproximação e, até, alguma simbiose entre as metodologias e os processos de raciocínio lógico das duas ciências; (2) boas possibilidades de aproximação das técnicas de IA ao *modus operandi* do Direito, no que à aplicação do Direito concerne; (3) a relevância das bases de conhecimento – como sejam a jurisprudência – para uma eficiente aplicação das técnicas de ML&DL ; e (4) que o Direito não perderá a sua identidade e valores nucleares na abertura às ferramentas da IA.

Aqui chegados, pensamos ter feito um enquadramento suficientemente delimitador de algumas das principais questões jurídicas suscitadas por tão desafiante questão, e focar-nos-emos agora no problema concreto. Que possibilidades temos de aplicar as ferramentas da IA ao processo de tratamento e decisão dos atos administrativos discricionários?

Capítulo III – Modelo colaborativo de automatização jurídico-administrativo

Considerações introdutórias

Após as notas iniciais, sobre algumas das questões que devem compor a construção de um quadro jurídico, neste processo de abertura – e possível relação de parceria – do Direito Administrativo à (insidiosa) presença da IA, tendo sempre presente os perigos e cuidados a ter nessa aproximação, e considerando como conforto o “ponto de inflexão” colhido das analogias entre as duas ciências, em termos dos seus processos de raciocínio e tomada de decisão, estamos preparados para inverter a concavidade da equação e partirmos, de forma consciente e tranquila, ao encontro da questão principal: qual a viabilidade da aplicação dos SIA aos atos administrativos e, em particular, aos atos discricionários?

a) Começemos por uma nota introdutória à vinculação da AP

O nosso sistema (atual) de Administração assenta no entendimento de que a eficácia do exercício da função administrativa exige que esta seja juridicamente dotada de prerrogativas de poder público, subordinado por um lado, mas, por outro, um poder dotado de autonomia em relação à lei – mas que as leis habilitam –, por insuficiência do princípio da legalidade, conferindo poderes de valoração próprios no exercício da sua atividade. Seja através das faculdades de ação atribuídas (na liberdade de agir ou não agir); seja na liberdade de escolha de uma ou outra medida, formulando juízos de valor, dirigidos a determinar em cada caso a melhor solução para o interesse público, num poder vinculado ao correto preenchimento dos conceitos indeterminados, normas abertas ou cláusulas gerais. Procedendo nestes casos a valorações e ponderações próprios da AP, que lhe permitirão configurar as premissas em que fará assentar a justificação – fundamentação – dos seus juízos, suportados em critérios de racionalidade, exteriores às próprias normas.⁵²

É neste contexto que, como refere o Mário A. de Almeida, “os procedimentos administrativos tendem a ser cada vez menos um instrumento de verificação da existência de pressupostos previamente definidos pela lei e da consequente dedução da única decisão correta a adotar em função deles, para serem um instrumento de realização de escolhas, valorações e ponderações, em busca do compromisso entre ideias e interesses contrapostos”.⁵³

⁵² Inspirado nos ensinamentos do Prof. Doutor Mário A. de Almeida, na sua *Teoria Geral do Direito Administrativo*, editora Almedina, 2021.

⁵³ Almeida, 2021, p. 101.

b) Decisões do ponto de vista da governança pública

Na indeclinável passagem para um “*Estado Administrativo Automatizado*”, questionam-se premissas fundamentais no seio do direito administrativo, entre elas, duas correntes alternativas (ou complementares?) na implementação de SIA, a saber: a governança a partir de normas generalizadas, suportada nas técnicas de ML&DL, pois estas têm a capacidade de estruturar decisões a partir de contextos não estruturados ou definidos previamente;⁵⁴ e/ou uma governança individualizada, com “regras feitas à medida de cada cidadão”⁵⁵ – sem que isso enfraqueça o poder discricionário e a equidade do caso concreto.

Poderá vir a ser possível optar por uma ou até por ambas as alternativas em segurança, mas isso, a acontecer, será no futuro. No momento presente, propomos um outro caminho – um modelo de balanceamento entre a participação humana e a automatização, sobretudo para as decisões administrativas discricionárias.

A utilização de algoritmos em processos administrativos simples parece ser mais fácil de implementar. Já em processos de natureza complexa, é claramente um desafio, no qual o grau de participação de humana nas decisões deve ser maior e menor a automatização.⁵⁶

c) Processos de natureza simples e de natureza complexa

Inicialmente, os programas de IA aplicados ao Direito poderiam ser usados para suporte ao processo de tomada de decisão enquanto testam soluções. Após este período, em determinadas áreas, os processos de tomada de decisão administrativas poderiam ser gradualmente substituídos por algoritmos legais e decisões automáticas. O maior desafio é tomar decisões administrativas baseadas em regras de avaliação, cláusulas gerais e reconhecimento da discricionariedade administrativa.

Como vimos no cap. anterior, a IA pode ser usada igualmente quando queremos atingir um objetivo e não temos instruções claras de trabalho. Focando-se no objetivo, a IA pode ajudar a alcançar resultados e tomadas de decisão que à partida não estão claramente definidas.⁵⁷ Esta possibilidade é fundamental para a criação de conhecimento e corrobora a nossa posição.

Exige também mudanças de paradigma, no sentido de passarmos de abordagens clássicas de raciocínio lógico-dedutivo para a inferência estatística e probabilística, suportadas em meta dados. Contudo, são essas as formas de raciocínio de um praticante

⁵⁴ Jordan, 2015.

⁵⁵ Citron, 2008; Lessig, 1995; Kang, 2005.

⁵⁶ Mitrou, 2021.

⁵⁷ Côte-Real, 2022, p. 132.

da lei, a sua forma de atuar é: “*creative problem solving under conditions of uncertainty and complexity*”.⁵⁸

O verdadeiro desafio para o uso dos SIA não se encontra nos atos vinculados, mas sim nos atos discricionários, aqueles que exigem uma elevada ponderação cognitiva e subjetiva no sentido de ser encontrada a solução ótima e justa para o caso concreto.

Propomos um modelo por níveis de automatização, que acompanhem os graus de discricionariedade dos atos administrativos, que permita navegar entre mais ou menos automatização, no sentido de evitar a restrição do poder discricionário, a insegurança jurídica e o incumprimento dos valores fundamentais.

Porque temos vários graus de atos administrativos, quanto ao seu caráter de vinculação, complexidade e outros, desde vinculados a discricionários complexos, faz sentido a criação de um modelo diferenciado de IA – mais lógico-dedutivo e abstrato no primeiro caso e mais analítico, inferencial e indutivo, no segundo caso – e de uma metodologia que combina os princípios jurídicos, a lei, a jurisprudência e a doutrina, numa relação de “completividade sistémica”.⁵⁹

Graduando os AA, em vários graus de complexidade e/ou de discricionariedade, desde fortemente vinculados a discricionários; estabelecendo níveis de automatização diferenciados, desde algoritmos de decisão automatizada, independentes do ser humano, até sistemas de apoio à decisão final ou durante o *due process*.

Para isso, parece-nos viável (e desejável) propormos um modelo matricial que combina quatro variáveis: 1. Graus de complexidade e discricionariedade dos AA; 2. Automatização e níveis de risco; 3. Sistemas diferenciados de inteligência artificial; e 4. Grau de automatização e intervenção humana, a saber:

1. Graus de complexidade e discricionariedade dos AA

Os AA encerram diferentes níveis de vinculação e complexidade, dos simples aos complexos e dos vinculados aos discricionários, com o que podemos estabelecer – meramente para efeitos de explicação dos modelos – uma gradação por patamares: AAV; AAD simples; AAD complexos e AAD muito complexos.

2. Automatização e níveis de risco

A proposta de regulamento da União Europeia (UE) cobra aos responsáveis de sistemas de IA de “*risco elevado*” certas obrigações específicas para garantir a segurança, a fiabilidade e a *traçabilidade* das ações subordinadas a algoritmos inteligentes. Deste

⁵⁸ Okamoto, 2009.

⁵⁹ Moles, 1992.

modo, os SIA devem ser enquadrados por um sistema de gestão de risco ao longo de todo o seu ciclo de vida, por forma a serem testados e atualizados periodicamente.

No Canadá, uma diretiva consagrou em 2019 a implementação de um sistema de avaliação do impacto dos algoritmos sobre as decisões administrativas. O modelo constitui uma abordagem pelo risco, onde a proposta de regulamento da UE se parece ter inspirado (*Directive sur la prise de décisions automatisée*, 2019) e que seguimos de perto, como boa prática na estruturação da avaliação do risco.

Refere o seu art.º 4.º, n.º 1 que “O objetivo é garantir que os sistemas automatizados de tomada de decisão sejam implantados de maneira a reduzir o risco para os canadenses e as instituições federais e que possam resultar em tomadas de decisão mais eficientes, precisas e compatíveis com a lei canadense”. O anexo A propõe uma estrutura de avaliação do impacto dos algoritmos que “ajude as instituições a melhor compreenderem e a mitigarem os riscos associados aos sistemas automatizados de tomada de decisão, fornecendo os requisitos apropriados de governança, monitorização, estabelecendo tipos de relatórios e de auditorias que melhor correspondam ao tipo de aplicativo projetado”. E para essa avaliação são propostos níveis de avaliação de impacto em 4 patamares (anexo B):

I – A decisão terá pouco ou nenhum efeito e os seus efeitos são reversíveis e breves; II – É provável que a decisão tenha um impacto moderado e os seus efeitos serão reversíveis e de curto prazo; III – A decisão provavelmente terá um alto impacto e conduzirá a efeitos contínuos, que podem ser difíceis de anular; IV – A decisão provavelmente terá um impacto muito alto e as decisões deste nível geralmente levam a efeitos irreversíveis e permanentes.

E cada nível avalia um conjunto de critérios constantes: (a) os direitos de indivíduos ou grupos; (b) a saúde ou bem-estar de indivíduos ou comunidades; (c) os interesses económicos de indivíduos, entidades ou comunidades; (d) a sustentabilidade contínua de um determinado ecossistema.

Por fim, recomenda requisitos, por nível de impacto, para a tomada de decisão administrativa (anexo C), em que, para a categoria “supervisão na tomada de decisões”, a intervenção do agente público, deve: a) para os níveis I e II as decisões podem ser tomadas sem a participação humana direta; b) para os níveis III e IV as decisões não podem ser tomadas sem que haja pontos definidos de intervenção humana durante o processo decisório e a decisão final deve ser tomada por um humano.

3. Sistemas diferenciados de inteligência artificial

3.1. Para os **AA vinculados**, são bastantes os algoritmos de natureza determinística e SIA de tomada de decisão automática, mantendo os cuidados referidos no cap. I.

3.2. Quanto aos **AAD simples ou medianamente complexos**, recomendamos ferramentas de ML supervisionada, que formulam as suas decisões via mapas de aprendizagem, produzindo um *output* para cada *input*.⁶⁰ Um algoritmo de aprendizagem supervisionada analisa os dados de treino ⁶¹ e produz uma regra geral (uma função) que é usada para mapear novos dados. Aprendizagem aqui significa ajustar o parâmetro para reduzir a discrepância, em cada caso, entre o output alvo de treino e o atual output produzido pelo modelo.⁶²

3.3. AAD complexos ou muito complexos – ferramentas de ML combinadas e de DL

Os ML não-supervisionados são mais evoluídos do que os de aprendizagem supervisionada, uma vez que é o computador quem aprende, de mote próprio, a executar tarefas específicas e a extrair uma estrutura lógica de amostras de dados (mesmo de uma amostra aparentemente insuficiente e não previamente trabalhada), superando o desempenho do ML supervisionado.⁶³

Destacamos, a título ilustrativo, algumas tipologias de **ML não-supervisionados**:

a) Algoritmos orientados a objetivos (*goal-oriented algorithms*), centrados na otimização de uma dada função, em que o termo “otimização” implica alcançar um determinado resultado, mesmo num contexto incerto, indefinido ou complexo.⁶⁴

b) O uso de técnicas de clusterização, que permitem trabalhar enormes quantidades de dados e um número elevado de variáveis, conseguindo isolar categorias de informação e conceitos. Trata-se de uma técnica relevante na análise de bases de dados de informação e fundamental para o estudo e grupagem de conceitos, do conteúdo de casos reais e de jurisprudência.⁶⁵

⁶⁰ Jordan & Mitchell, 2015.

⁶¹ O treino dos dados consiste num conjunto de exemplos com os quais o computador é treinado, Sathya, 2013.

⁶² Dasgupta, 2016.

⁶³ Ayodele, 2010; Sathya, 2013; Jordan, 2015; Dasgupta, 2016; Sushma, 2020.

⁶⁴ Abordagem que tem sido aplicada em diversas áreas, como o direito fiscal. Milner, 2017.

⁶⁵ Milner, 2017.

c) Aprendizagem por reforço⁶⁶⁻⁶⁷ é um dos avanços mais recentes em termos de IA e visa treinar o sistema para agir da melhor forma possível, o que implica encontrar um modelo que maximize os objetivos estabelecidos. Aprende a resolver problemas com elevados graus de dificuldade por tentativa e erro, sendo treinado para tomar de decisões sequenciais em cenários reais. O desafio é encontrar um equilíbrio entre a exploração de território desconhecido e a exploração do conhecimento atual, maximizando as ações “corretas” a serem tomadas nos vários cenários (recompensa cumulativa).

d) Combinação de uma abordagem atomística e uma análise holística – modelo baseado na história de casos concretos. Vários estudos apontam para que em situações mais complexas e dependentes do contexto a abordagem mais atomística e argumentativa deva ser substituída ou combinada com uma análise holística, baseada numa visão geral dos casos concretos.⁶⁸⁻⁶⁹ Esta técnica combinada parece ser muito interessante para o nosso desafio dos atos discricionários, que se materializam em ambientes não estruturados, dinâmicos e de grande variabilidade.⁷⁰

e) Modelos de aprendizagem profunda (*deep learning models*) e a importância do contexto. Estes modelos superam as ferramentas comuns de aprendizagem automática na análise de informação e na atribuição de significado a partir da semântica de textos técnicos – conseguem extrair o significado semântico a partir da leitura do contexto, sem necessidade de recurso a meta dados estruturados (o que facilita muito o trabalho, tornando o sistema menos pesado e oneroso)⁷¹.

⁶⁶ Este algoritmo expandiu-se nos últimos anos e encontrou aplicações em múltiplos setores, como a indústria, transportes, energia, finanças, saúde, gestão, entre outras.

⁶⁷ Yeung, 2015.

⁶⁸ Prakken, 2009, estudo sobre a estruturas de argumentação nas decisões médico-legais; Bex, 2007, na área da investigação criminal.

⁶⁹ Num projeto sobre investigação criminal, foi proposto um modelo baseado na história e argumentativo e uma ferramenta de software combinados, numa tentativa de combinar estas abordagens “atomísticas” e “holísticas do raciocínio probatório jurídico, Bex, 2007.

⁷⁰ De Boer, 2008; 2005.

⁷¹ Schmidhuber, 2015; Jordan, 2015; Huang, 2021.

4. Grau de automatização e intervenção humana

4.1. Atos administrativos vinculados

A resposta à questão: **é possível um elevado grau de automatização para os AA vinculados?** afigura-se positiva, natural e incontornável. Sim, é possível, através de: (i) algoritmos determinísticos, convencionais e lineares, concebidos por seres humanos, em que para um input semelhante, o sistema produzirá sempre o mesmo output; (ii) e de uma aproximação normativa baseada na previsão legal,⁷² em que as normas são representadas mediante a sua colocação num plano lógico-formal, permitindo uma normalização fiel ao raciocínio jurídico.

4.2. Atos administrativos discricionários complexos

E quanto aos AA discricionários complexos e muito complexos?

Através de aproximações sucessivas à representação do conhecimento normativo e à interpretação jurídico-legal, das quais destacamos duas: aproximação normativa baseada em exemplos e casos concretos precedentes, em que se constrói a norma através da determinação dos casos abrangidos e excluídos pela mesma. Este método é usualmente utilizado por juristas, tanto para enumeração positiva de casos-exemplo abrangidos, como para a delimitação negativa de conceitos; e a aproximação normativa baseada nos valores jurídicos.

Recorrendo a algoritmos probabilísticos e outros ainda com maior potencial de análise, e enquadrados com o procedimento administrativo, conforme veremos mais à frente, mas tendo em atenção os cuidados e ressalvas que enumeramos de seguida.

4.2.1. Constrangimentos e limitações

(1) Experiência humana acumulada na tomada de decisões discricionárias

Embora os algoritmos estejam cada vez mais preparados para substituírem a as decisões humanas, aspetos importantes dos processos de tomada de decisão (como a discricionariedade) são difíceis de serem automatizados, perdendo qualidade, equidade, entre outras. Embora exista uma experiência acumulada considerável na compreensão da tomada de decisão humana e das suas limitações, estamos apenas a começar de compreender as falhas, limitações e limites da tomada de decisão algorítmica.⁷³

⁷² Asheley, 2017; Mendes, 2020, p. 57.

⁷³ “Study on the Human Rights Dimensions of automated data processing techniques (in particular algorithms) and possible regulatory implications”. Committee of Experts on Internet Intermediaries, Council of Europe, 2017, pp. 7-9.

Existem evidências de que a tomada de decisão humana é especial⁷⁴ no que diz respeito ao uso de conhecimento e normas tácitas.⁷⁵ Isto permite, por exemplo, que os seres humanos percebam casos excepcionais em que a aplicação de uma regra não é adequada, embora o caso se enquadre no seu âmbito de aplicação. O exercício do poder discricionário refere-se à capacidade de deliberar sobre um caso e chegar a uma decisão diferente daquela que poderia ser extraída diretamente de um conjunto de regras ou protocolos. Coloca-se a questão: os humanos podem lidar com exceções por meio da discricionariedade, e os computadores podem?⁷⁶ A resposta exige uma melhor compreensão da conceção e das características dos processos de tomada de decisão algorítmica.⁷⁷

(2) Necessidade de estabilização dos pacotes legislativos

Os SIA só podem operar com base em informações fornecidas, usando as circunstâncias existentes para aprender e extrapolar os padrões apropriados. No entanto, quer a lei, quer a sua interpretação, não são estáveis, podendo mudar ao longo do tempo.⁷⁸ Alterações na lei ou na sua interpretação são uma condicionante na implementação de SIA.

(3) Informação complexa, não estruturada ou conflitante

As decisões automatizadas tornam-se mais difíceis se detalhes de casos individuais ou informações ainda não estruturadas (que não fazem parte dos dados históricos dos quais as regras são extraídas) precisam de ser tidas em consideração. O uso da IA parece ser questionável quando se trata de realizar tarefas discricionárias ou quando há a necessidade de estruturação ou avaliação de informações, ou quando se exige o pleno conhecimento dos fatos e da complexidade do caso em questão.⁷⁹

(4) Alguma rigidez na análise da informação

Os programas de computador operam com base na lógica, onde as informações de entrada são processadas por meio de algoritmos programados para chegarem a um resultado predeterminado.⁸⁰ Tal rigidez pode ser incompatível com decisões discricionárias, que precisam levar em consideração os valores da comunidade, as

⁷⁴ Tversky, 1974.

⁷⁵ Schulz, 2016.

⁷⁶ Binns, 2020.

⁷⁷ Council of Europe, 2017.

⁷⁸ Mitrou, 2021.

⁷⁹ Mitrou, 2021; Zalnieriute, 2019; Etscheid, 2019.

⁸⁰ Perry, 2014.

características subjetivas das partes ou quaisquer outras circunstâncias que possam ser relevantes.⁸¹

(5) Capacidade de reação e adaptação humanas, atualmente mais céleres que as tomadas por SIA

As decisões administrativas desenvolvem-se e evoluem, em parte, como resultado de decisões tomadas sobre novos casos, seja no âmbito executivo ou judicial. À medida que novas situações são decididas, novos precedentes são criados, o que influencia decisões futuras que sejam semelhantes nos aspectos mais relevantes.⁸² Tanto as decisões feitas pelos agentes públicos, quanto os processos de tomada de decisão automática evoluem através da consideração destes novos casos, contudo existem diferenças entre ambos os sistemas.⁸³ Na aprendizagem automática, novos dados pontuais podem não ser suficientes para efetuar a mesma alteração em todos os casos semelhantes no futuro. Normalmente, cada unidade de dados no conjunto de dados de treino tem peso igual; se houver mais casos anteriores nos dados de treino que tenham uma classificação diferente, eles terão um peso maior nas decisões futuras do que o novo dado. Dessa forma, novos dados adicionam, mas não anulam o modelo globalmente. Se o novo caso contradisser os casos antigos, o algoritmo de ML tentará encontrar, de forma automática, um modelo com o melhor ajuste entre todos os casos da base de dados, e para que isso aconteça vão ser necessários muitos casos. Por isso é que tais casos influenciam as decisões humanas posteriores de forma mais célere, que influenciam as decisões tomadas por SIA.⁸⁴

(6) Decisões orientadas a valores e a princípios e não (somente) por bases de dados

Complexidade adicional pode ocorrer quando um sistema automatizado precisa de tomar não apenas uma decisão orientada por dados, mas também por princípios e valores. Sistemas baseados em regras podem ser incorporados num aplicativo de tomada de decisão de IA, mas torna-se mais difícil quando a AP precisa de encontrar um equilíbrio entre direitos e interesses concorrentes, uma vez que existe a dificuldade em garantir que um sistema orientado por princípios, “*programado com moralidade escrava*”,⁸⁵ não resulte em rigidez moral ou legal em relação às circunstâncias individuais.

⁸¹ Sourdin, 2018.

⁸² Binns, 2020.

⁸³ Binns, 2020.

⁸⁴ Binns, 2020.

⁸⁵ Wirtz, 2018.

Decidir nestes contextos implica ponderar regras conflitantes e decidir qual deve ter precedência no caso específico ou desconsiderar uma regra após a ponderação de certos fatores contextuais da situação em questão que tornam a sua aplicação inadequada. Os julgamentos que envolvam a aplicação de valores ou princípios possivelmente conflitantes é algo que, porventura nesta fase, devemos deixar aos humanos.⁸⁶ A aplicação de regras e critérios uniformes em todas as decisões pode constituir um uso indevido do poder discricionário, conduzindo a uma decisão ilegal.⁸⁷

(7) O caso concreto e a restrição da discricionariedade

Quando está em causa uma decisão discricionária, as circunstâncias individuais devem ser tidas em conta. Se tal não acontecer, podem ocorrer questões de restrição ao poder discricionário. Nesse sentido, os sistemas de aprendizagem automática podem ser inadequados para decisões em que é provável que poderes discricionários precisem de ser exercidos caso a caso, ou em outras situações em que as normas podem ser aplicadas de forma geral, mas onde é provável que determinadas exceções precisem de ser acauteladas.⁸⁸

O problema coloca-se quando a discricionariedade foi delegada ao algoritmo e nenhuma escolha consciente está sendo feita pelo órgão ou pessoa responsável pela decisão. Sendo mais grave quando as decisões envolverem questões de direitos humanos e, portanto, necessariamente exigirem que poderes discricionários sejam exercidos com a devida ponderação.⁸⁹

(8) Compreensão abrangente de todo o contexto legal

Um agente público é capaz de compreender e aplicar a lei num contexto muito mais amplo: a história da lei, a sistemática das normas, o objetivo da lei, o significado geral da justiça, mas especialmente os efeitos diretos e indiretos da decisão. Não é possível em todos os campos produzir dados quantitativos ou qualitativos suficientes para descrever todas as camadas da lei e o seu ambiente operacional. E está longe de ser possível para os sistemas inteligentes (atuais) seguir todo este entorno em tempo real.⁹⁰

⁸⁶ Binns, 2020; Citron, 2008.

⁸⁷ Cobbe, 2019; Mitrou, 2021.

⁸⁸ Cobbe, 2019.

⁸⁹ Cobbe, 2019; Hildebrandt, 2018; Oswald, 2018a.

⁹⁰ Pilving, 2020.

4.2.2. Argumentos favoráveis ao uso da inteligência artificial na discricionariedade

De forma resumida, alguns desses argumentos favoráveis são: (1) Os SIA podem resultar em menos discricionariedade, mas as suas decisões são percebidas como objetivas;⁹¹ (2) Uma razão válida para a introdução destes sistemas pode ser a necessidade de redução de custos e redução de pessoal;⁹² (3) Está assim tão claro que os humanos podem “fazer” discricionariedade, mas as máquinas não? Se a discricionariedade for essencialmente o tratamento de exceções, tanto as máquinas quanto os humanos podem exercê-la. A discricionariedade, numa abordagem restrita, não é mais do que a capacidade de reconhecer quando uma regra geral não deve ser aplicada a um caso particular. Numa linguagem computacional, é uma questão de tratamento de exceções. Por isso, quer um sistema algorítmico seja “baseado em regras” ou estatístico, é possível projetá-lo de forma a criar exceções às regras gerais. Para um sistema especialista, trata-se simplesmente de uma questão de adicionar outra regra para modificar a mais geral. Para um modelo estatístico, trata-se de incluir exemplos de exceções, que permitem ao sistema distinguir os casos que se enquadram na regra geral e os que se enquadram na exceção. Os modelos de IA têm a capacidade de capturar essa relação de exceção, desde que a mesma seja refletida nos dados de treino;⁹³ (4) Alguns estudos encontraram um impacto positivo dos algoritmos no trabalho e no poder discricionário dos funcionários públicos, pois a IA foi vista como um sistema de apoio à decisão em vez de um sistema de tomada de decisão. Portanto, o papel dos humanos e da discricionariedade precisam de ser fortalecidos em vez de descartados;⁹⁴ (5) A decisão robótica, assim como a humana, não podem ser consideradas infalíveis. No entanto, a automatização do processo de tomada de decisão permite obter vantagens significativas em termos de uniformidade, fiabilidade e capacidade de controlo adequado da decisão.

Posto isto, a questão essencial para a qual devemos ensaiar uma resposta prende-se com o facto de sabermos se os SIA podem ser usados como decisão automática completa e final, ou se devem antes ser um processo de suporte e recomendação à decisão.

Os sistemas de decisão algorítmica são frequentemente apresentados como substituindo os tomadores de decisão humanos, mas muitos sistemas não se destinam a substituir totalmente os trabalhadores.⁹⁵

Em vez disso, eles fornecem suporte à decisão (recomendações, previsões, análise de resultados), enquanto os trabalhadores mantêm a capacidade de ajustar ou anular as

⁹¹ Mitrou, 2021.

⁹² Mitrou, 2021

⁹³ Binns, 2020.

⁹⁴ Criado, 2020; Mitrou, 2021.

⁹⁵ Kellogg, 2020.

decisões finais sugeridas pelo sistema.⁹⁶

Ao nível da AP, existe consenso generalizado de que pese embora os avanços tecnológicos alcançados, ainda é prematuro para certos atos ou decisões eliminar o recurso ao decisor humano e que, mais relevante do que substituir um pelo outro, é pensar em como homens e máquinas devem interagir para construírem uma decisão em conjunto.⁹⁷

Deste modo, para decisões administrativas complexas, é necessário manter o controlo e o poder discricionário do lado dos agentes públicos, assumindo a IA o papel de suporte à decisão, fornecendo recomendações aos atores humanos, ou pelo menos os humanos devem ter um papel relevante “*no ciclo da decisão*”.⁹⁸

Em resumo, diríamos que os SIA podem ser aplicados aos AA vinculados e aos AA discricionários simples, como sistemas de tomada de decisão autónoma, mas relativamente aos AA discricionários mais complexos pode ser arriscado confiar a decisão final aos algoritmos, devendo ser deixado espaço para a intervenção do agente público, até porque em qualquer das circunstâncias, a responsabilidade final nunca deixa de pertencer ao decisor administrativo.

Nesse sentido, devemos seguir uma outra abordagem. É o que propomos no ponto seguinte.

4.3. Proposta de um modelo de inteligência colaborativa homem-máquina

Com acabámos de referir, a tomada de decisão totalmente baseada em IA parece ser aceitável apenas nos casos em que há baixo nível de discricionariedade ou mesmo ausência de discricionariedade, por exemplo quando o órgão público estiver estritamente vinculado à lei em relação às disposições e procedimentos a serem seguidos e não forem razoavelmente presumidos efeitos negativos para indivíduos e/ou grupos.

O algoritmo não pode escapar à administração, que deve controlar a conceção, o funcionamento e as suas evoluções, sob pena de incompetência negativa⁹⁹. Lembremos que a autorização dada à AP de tomar uma decisão administrativa individual exclusivamente suportada por um algoritmo não corresponde a um abandono das suas competências, uma vez que as regras e os critérios seguidos pelos algoritmos são parametrizados pela administração.¹⁰⁰ As pessoas encarregues deste controlo humano podem testar e corrigir os SIA, reinterpretar, ignorar, anular ou reverter o resultado do

⁹⁶ Levy, 2021.

⁹⁷ Coglianesi, 2017; Arteaga, 2020; Guay, 2018; Kellogg, 2020; Levy, 2021; Veale, 2019; Vogel, 2020; Milner, 2017; Vogel, 2019; Yeung 2017; Finck, 2019.

⁹⁸ Mitrou, 2021.

⁹⁹ O controlo dos SIA pelo homem está no centro das reflexões sobre ética dos algoritmos. O Homem deve poder “manter a sua mão” (“garder la main” ou “human-in-the-loop”).

¹⁰⁰ Bensamoun, 2022, p. 505.

sistema de IA e ainda interromper o seu funcionamento, cfr. art.º 14.º, n.º 4, alíneas a) a e).¹⁰¹

Caso o nível de discricionabilidade seja elevado, devido aos dados em causa e às circunstâncias específicas que devem ser tidas em consideração, os SIA podem servir de suporte à tomada de decisão humana, por exemplo, compilando informações automaticamente, processando informações ou dando sugestões para avaliação.¹⁰²

Uso da IA como um meio para o incremento e a ampliação da atividade humana e não como um meio para a sua automatização (isto é, substituição do homem pelos algoritmos). A IA vista como um sistema de suporte à tomada de decisão e não como um sistema de tomada de decisão; evolução de um sistema de decisão automatizada para um sistema de suporte à decisão, com supervisão humana.¹⁰³

E se, em vez de colocarmos a questão óbvia: “e se as tarefas atualmente executadas por humanos fossem, em breve, realizadas de forma mais económica e rápida por máquinas?”, formulássemos uma outra questão: “Que novos desafios poderiam ser alcançados se tivéssemos sistemas que nos ajudassem a pensar melhor e a tomarmos melhores decisões?” Em vez de pensarmos na automatização como uma equação de mera substituição do homem pela máquina, pensarmos antes como uma colaboração homem-máquina?¹⁰⁴

Davenport e Kirby desenvolveram uma abordagem que faz a integração da atividade humana com os sistemas inteligentes, enfatizando o “aumento em vez da automatização” (*augmentation, more so than automation*).¹⁰⁵

Na “automatização” a intenção é eliminar o ser humano assim que as tarefas estejam codificadas, informatizadas e automatizadas; na “aumentação” começa-se por identificar o que os humanos e os SIA podem fazer individualmente; depois é feita uma análise de como esse trabalho poderia ser aprofundado e incrementado pela colaboração entre os dois, sempre com o propósito de possibilitar que as pessoas passem a fazer um trabalho mais valioso, criativo e intelectualmente estimulante. A IA pode aumentar as nossas capacidades analíticas e de tomada de decisão, fornecendo a informação certa no momento certo.¹⁰⁶ “Aumento é mais do que automatização”, é uma forma de mitigar a não automatização total, através da inteligência aumentada e da simbiose homem-

¹⁰¹ Comissão Europeia, 21 de abril 2021, COM (2021) 206 final, Regulamento Inteligência Artificial.

¹⁰² Por exemplo, na política social, a IA tem sido usada para apoiar a previsão de jovens de alto risco para direcionar intervenções (Sun, 2019) ou para permitir previsões mais precisas para detetar creches para crianças ou para referenciar famílias que podem carecer de mais inspeção (Sistema Kind en Gezin desenvolvido pela Agência Flamengo para a Criança e a Família), Mitrou, 2021.

¹⁰³ Adaptamos e seguimos de perto um modelo proposto para o setor privado, que faz o escalonamento da implementação dos sistemas de IA em três níveis: situações e contextos que podem ser totalmente automatizados; contextos que não podem ser automatizados e os que estão numa espécie de “missing middle” e que recomendam um modelo de inteligência colaborativa homem-máquina.

¹⁰⁴ Davenport, 2015.

¹⁰⁵ Davenport, 2015.

¹⁰⁶ Daugherty, 2018b.

máquina.¹⁰⁷

Em 1960, Licklider publicou um artigo intitulado “Man-Computer Symbiosis” onde formulou o objetivo de conseguir que pessoas e computadores cooperem na tomada de decisões e no controlo de situações complexas sem dependência inflexível de programas predeterminados. Já nessa época, ele observava que “a parceria simbiótica realizará operações intelectuais com muito mais eficácia do que o homem sozinho consegue realizar”.¹⁰⁸

Englebart é reconhecido como o criador do conceito de “*Inteligência Aumentada*”.¹⁰⁹ A “*inteligência aumentada*” é a expansão das faculdades cognitivas humanas decorrentes do uso de ferramentas inteligentes¹¹⁰.

Mais recentemente, dois consultores da Accenture, Daugherty e Wilson, desenvolveram um trabalho muito interessante ao criarem uma estrutura sobre modelos colaborativos homem-máquina, no seu livro “Humans + Machine: Reimagining Work in the Age of AI”, publicado em março de 2018. Nele afirmam que “a verdade é que as máquinas não estão a dominar o mundo, nem a eliminar a necessidade de humanos no local de trabalho. Nesta era atual de transformação dos processos de trabalho, os sistemas de IA não nos estão a substituir de forma massiva; pelo contrário, eles estão a ampliar as nossas competências e a colaborar connosco para alcançarmos ganhos de produtividade, que antes não eram possíveis”.¹¹¹

Segundo estes autores, o esforço contínuo de transformação proporcionado pela IA criou um espaço enorme, dinâmico e diversificado no qual homens e máquinas colaboram para alcançar ganhos significativos de qualidade, eficiência e desempenho dos processos e dos negócios, espaço esse a que deram o nome de “*missing middle*”.¹¹²

Dimensão 2: Funções que exigem elevado grau de liderança, relacionamento, processos abertos e/ou menos estruturados e julgamento holísticos, permanecerão como atividades exclusivamente humanas. Dimensão 1: Do outro lado do espectro, trabalhos que exigem elevados graus de execução de transações, interação repetível, previsões baseadas em modelos e as adaptações que podem ser especificadas por modelos ou regras ou derivadas de dados tornar-se-ão cada vez mais atividades de automatização

¹⁰⁷ Miller, 2018.

¹⁰⁸ Os conceitos de inteligência aumentada e simbiose homem-máquina remontam às atividades dos pioneiros da computação nos Estados Unidos, Licklider e Englebart na década de 1950, e aos seus respetivos escritos publicados no início dos anos 60.

¹⁰⁹ Engelbart, 1962.

¹¹⁰ O conceito de “inteligência aumentada” como forma de complementar e ampliar as capacidades humanas de cognição e colaboração, por meio de novos tipos de simbiose entre pessoas e máquinas cada vez mais inteligentes

¹¹¹ Outros autores falam numa simbiose homem-máquina, e fazem um apelo no sentido que os humanos e as máquinas precisam de trabalhar de forma recíproca, para aumentarem as capacidades uns dos outros. Duan, 2019; Miller, 2018; Miller, 2017; Davenport, 2018; Jarrahi, 2018.

¹¹² A esse espaço os autores deram o nome de “missing middle” – processos que estão num espaço do meio, esquecido ou não aproveitado, em que “preencher o meio que falta”, significa trabalho em conjunto através da definição de novos tipos de papéis e parcerias colaborativas. Daugherty, 2018a.

exclusiva.

Dimensão do meio ou esquecida: nas atividades que se situam entre a 1 e a 2 – o meio que falta (“*the missing middle*”) – encontramos uma crescente gama de atividades de trabalho que são melhor executadas através de um esforço conjunto de inteligência colaborativa homem-máquina.¹¹³

Em resumo:

Embora a IA tenha o potencial de substituir muitas das funções administrativas, é mais provável que os avanços tecnológicos sejam no sentido do “apoio” do que da substituição.¹¹⁴ A estratégia parece ser a da implementação de sistemas de IA que complementem o trabalho humano atual, permitindo maior eficiência, aumentando o talento e a performance humana e dos processos de trabalho, em vez da substituição total de humanos através de uma automatização tradicional que num futuro mediato conduza à estagnação, tudo isto se traduzindo, não na questão de se saber se a Administração Pública está a implementar a IA, mas como ela o está a fazer!¹¹⁵

Conceber um modelo jurídico-administrativo operativo será também uma forma de seguir aquilo que nos mais variados contextos, empresariais e outros, se procura adotar, isto é, construir sistemas que operam num continuum entre a automatização total e a robótica colaborativa, na era da indústria 5.0 (que no caso em apreço se pode traduzir no suporte à decisão administrativa). Além disso, criar sistemas de IA com uma mentalidade de aumento (aprimoramento da simbiose homem-máquina) em detrimento de uma postura de automatização (de mera substituição do homem pela máquina) faz toda a diferença para a motivação e realização dos profissionais, assim como para a segurança nas decisões.¹¹⁶

O uso da IA para “aumentar”, em vez de substituir o trabalho dos agentes públicos, pode ser uma ferramenta eficaz para melhorar a qualidade dos serviços administrativos, operando dentro dos parâmetros e princípios do direito administrativo.¹¹⁷

¹¹³ Através dessa inteligência colaborativa, os seres humanos e a IA melhoram ativamente os seus pontos fortes e completos: a liderança, o trabalho em equipa, a criatividade e as competências sociais dos primeiros, e a velocidade, a escalabilidade e as capacidades analíticas dos segundos, Daugherty, & Wilson, 2018b.

¹¹⁴ Sourdin, 2018.

¹¹⁵ Surden, 2014; Sourdin, 2018; Daugherty, 2018a.

¹¹⁶ A IA pode desempenhar múltiplos papéis na tomada de decisões, mas a IA será maioritariamente aceite pelos decisores humanos como uma ferramenta de apoio à decisão e não como a automatização da tomada de decisão para os substituir. Miller, 2018; Economist Intelligence Unit 2017, sobre o uso de IA na indústria; Davenport, 2015.

¹¹⁷ Yamane, 2020. Exemplo de um projeto que combina a supervisão humana e automatização, o projeto Taxman é uma experiência na aplicação de técnicas de inteligência artificial ao estudo do raciocínio jurídico e da argumentação jurídica, utilizando o direito fiscal das sociedades (Cook, 1981).

4.4. Soluções algorítmicas já disponíveis e que sustentam o modelo proposto

Existe atualmente um conjunto de novos algoritmos, dentro do ML ou até superiores a estes, que suportam o modelo proposto de interação colaborativa ou simbiose entre o utilizador dos sistemas e os algoritmos e auguram excelentes perspectivas no processo de dotação dos procedimentos administrativos e os AA discricionários de ferramentas apropriadas. Segue um apertado resumo:

(a) O humano no circuito – (*human in-the-loop*)¹¹⁸

Um “*humano-no-circuito*”¹¹⁹ é uma forma de inteligência colaborativa homem-máquina, em que o utilizador final participa no processo de tomada de decisão algorítmica.¹²⁰

Este processo está relacionado com as preocupações de que, à medida que os algoritmos se tornam mais complexos e são usados para tomar mais decisões, há uma necessidade de os utilizadores finais especialistas estarem envolvidos, a fim de garantirem que essas decisões são eticamente sólidas. O “*humano-no-circuito*” estabelece métodos e processos para que humanos e algoritmos trabalhem em conjunto, de forma a otimizarem todo o processo de aprendizagem automática e tornarem o resultado mais eficaz.¹²¹

Atualmente, a maioria dos sistemas de aprendizagem automática implementados aprendem com o feedback humano, que se torna relevante na melhoria das previsões e na verificação da sua precisão, sugerindo correções e aperfeiçoamentos. Torna o processo mais transparente, uma vez que, ao incorporar julgamentos humanos em cada etapa do processo, as pessoas podem compreender melhor porque certas decisões foram tomadas. Ajuda a construir confiança entre humanos e sistemas automatizados e torna o sistema muito mais rápido e eficaz, comparado com um sistema totalmente automatizado.¹²²

Por outro lado, algoritmos implementados no setor público poderão estar limitados na alimentação de dados, por razões legais, técnicas ou políticas, sendo necessário recorrer ao agente público, pois só ele tem o conhecimento dos fatores que “não podem ser representados por entradas no algoritmo”, incluindo o conhecimento processual e tácito adquirido pela experiência e pelas boas práticas.¹²³

Daí que seja prudente e recomendado que o agente público, nos tempos mais próximos

¹¹⁸ Human-in-the-loop, é uma metodologia de desenvolvimento de SIA centrada no utilizador final, isto é, o centro de todo o processo está suportado e centrado na experiência e competência do utilizador (Monarch, 2021).

¹¹⁹ Um “humano-no-circuito” refere-se a um SIA que depende de feedback ou inputs do ser humano. Ao contrário, um SIA que não depende dos inputs humanos, é designado de “humano-fora-do-circuito”.

¹²⁰ Monarch, 2021.

¹²¹ Monarch, 2021.

¹²² Oswald, 2018a.

¹²³ Grove, 1996; Lee, 2018; Oswald, 2018a.

e para as decisões discricionárias, esteja comprometido durante todo processo (*human-in-the-loop*) e não no final do mesmo, como mero “*carimbador de selos*”.¹²⁴ Este processo permite também dar resposta às recomendações da UE sobre o uso de sistemas de IA suportados no envolvimento e intervenção humana.

(b) ML interativa (MLi) e de “caixa transparente” (*glass-box*)¹²⁵

Complementar da abordagem “*humano-no-circuito*” está uma outra que promove a interação homem-máquina, numa perspetiva de “*caixa transparente*” (*glass-box*) para resolver os problemas da “*black box*” e da análise e tomadas de decisão com elevados níveis de incerteza, colocando o decisor humano no circuito da decisão e não apenas no final da mesma.¹²⁶

Consiste num processo de aprendizagem automática centrada no utilizador. Não se trata de colocar o humano no controlo meramente físico do procedimento de tomada de decisão ou no final do mesmo (como o “*homem do carimbo*”), mas de usar as suas capacidades cognitivas para compensar as abordagens automáticas.

O MLi significa a integração de um ser humano no “*circuito algorítmico*”, ou seja, passar de uma abordagem de “*caixa preta*” para uma “*caixa de vidro*”, sendo constituído por algoritmos que interagem com os utilizadores especializados na matéria em causa, otimizando a sua performance de aprendizagem e gerando confiança no sistema. Consequentemente, a abordagem MLi¹²⁷ é eficaz na resolução de problemas onde não existem grandes bases de dados, ou quando é necessário lidar com dados complexos ou eventos raros, onde a abordagem de aprendizagem automática pode sofrer de viés ou resultados insatisfatórios por insuficiência de uma adequada amostra de dados no seu processo de treino.

c) A inteligência artificial explicável (IAexp)¹²⁸

Para resolver os problemas da crescente opacidade, e consequente falta de transparência, os especialistas informáticos desenvolveram um modelo, de explicabilidade intrínseca, designado “IA explicável”, em duas abordagens: (a) uma focada em descrever como as

¹²⁴ Oswald, 2018a.

¹²⁵ Amershi, 2014; Gigerenzer, & Gaissmaier, 2011; Holzinger, 2016; Holzinger, 2017; Kieseberg, 2016a; Kieseberg, 2016b; Robert, 2016; Schirner, 2013; Shyu, 1999; Wilson, 2015.

¹²⁶ Teng Lee desenvolveu o “Transparent Boosting Tree”, combina as vantagens do ML e inputs humanos no processo de tomada de decisão final. Permite visualizar o modelo de tomada de decisão, levando em consideração o feedback de cada utilizador, incorporando-o sucessivamente no processo de aprendizagem e de melhoria da performance do algoritmo Lee, 2016.

¹²⁷ O uso da metodologia iML na área da saúde tem crescido exponencialmente. A inclusão de um “*doctor-into-the-loop*”, pode desempenhar um papel significativo no apoio à resolução de problemas difíceis, em combinação com técnicas de Crowdsourcing (modelos que utilizam o conhecimento e a aprendizagem coletivos para a resolução de problemas ou desenvolvimento de uma solução), Robert, 2016.

¹²⁸ Adadi, 2018; Edwards, 2017; Deeks, 2019; Friedler, 2018; Guidotti, 2018; Kroll, 2017; Pi, 2021; Rudin, 2019; Sarkar, 2018; Selbst, 2018; Wachter, 2018.

caixas pretas funcionam (*open the black boxes*) – “*abordagem tecnicista*”; e (b) outra centrada em explicar ao utilizador final as próprias decisões utilizando métodos explicativos extrínsecos,¹²⁹ sem se preocupar com o funcionamento dos sistemas de decisão, chamada de “*abordagem exógena*”. Esta abordagem não requer que o utilizador final entenda a lógica interna do SIA para fazer uso dele, fornecendo informações que são facilmente entendíveis e úteis para compreender as razões de uma decisão.

As abordagens exógenas podem ser de dois tipos: centradas no sistema ou no sujeito. A centrada no modelo, conhecida como “*explicabilidade global*”, envolve uma explicação exaustiva das várias componentes da criação, teste e forma de funcionar do modelo não (demasiado) técnica, em vez do seu desempenho num caso específico, fornecendo evidências sobre se as decisões são tomadas de forma processualmente regular. A centrada no sujeito/utilizador, também conhecida como “*explicabilidade local*”, explica como o sistema tomou uma decisão específica num caso particular, fornece informações sobre as características dos indivíduos que foram objeto de decisões semelhantes, permitindo ao utilizador a navegar e simular o seu caso concreto, desafiando-o a encontrar e valorizar as várias alternativas.

A IAexp tem vindo a colher grande aceitabilidade nas mais variadas áreas de atividade e a dar uma resposta positiva à necessidade de transparência e de modelos explicativos acessíveis, precisando, contudo, de melhorar a relação entre explicação e grau de precisão e eficiência do algoritmo.

d) A inteligência artificial causal (IAC)¹³⁰

A IAC identifica e usa relações precisas de causa-efeito, que vão mais além dos modelos baseados em correlações, e aposta em sistemas de tomada de decisão mais eficazes, colaborativos e explicáveis. Ao identificar a causa-efeito, a IAC fornece um processo de análise (mais) semelhante ao humano, inculcando mais confiança nos utilizadores deste tipo de sistema face aos modelos convencionais de ML. Consegue elaborar “*mapas causais*”, que modelam o processo de geração de conhecimento, em vez de realizarem simples associações entre variáveis, conseguindo uma simbiose eficaz entre o conhecimento dos especialistas e a abordagem baseada em dados (chamada “*inteligência de decisão*” ou modelo causal estrutural, em que as relações entre as variáveis representam efeitos causais).¹³¹ Uma análise da causalidade pode ser usada para complementar as decisões humanas em situações em que a compreensão das causas por trás de um resultado é necessária.

¹²⁹ Como se de um sistema pedagógico explicativo se tratasse, Edwards, 2017.

¹³⁰ Sgaier, 2020; Sharma, 2022; Shekhar, 2022.

¹³¹ Extraído de CausaLens.

e) Computação cognitiva (CpCg)¹³²

A CpCg é uma nova era da IA, iniciada por volta de 2011. São sistemas particularmente eficazes na manipulação de dados não estruturados,¹³³ estando entre as melhores estratégias, em termos de eficiência e qualidade das soluções, para problemas de elevada dimensão e complexidade¹³⁴. São uma mistura de ciência da computação com ciência cognitiva, ambicionando fazer coisas que apenas os humanos são capazes de fazer, contudo, fazendo-o de forma mais rápida e com maior precisão. Prevê-se que no futuro venham a afetar todos os setores de atividade, privada ou pública e, onde quer que haja dados e um problema a ser resolvido, a CpCg poderá desempenhar um papel relevante.

Em síntese:

Na busca de maior eficiência, usufruindo do incremento das decisões administrativas automatizadas, o legislador teria de proceder à substituição dos princípios discricionários por disposições a “preto e branco”, simplificando e tornando a lei mais objetiva e determinante, permitindo assim o uso de decisões automatizadas administrativas (e não só), mais lineares e padronizadas.¹³⁵

Tais emendas podem resultar em decisões injustas ou arbitrárias devido à falta de justiça e discricionariedade individualizadas e à falta de nuances na lei que permitam a proporcionalidade, a gradação ou a distinção fina e sensível de cada caso.¹³⁶

Tradicionalmente, verifica-se o inverso, isto é, o tomador de decisões públicas tem a necessidade e a legitimidade de uma certa liberdade decisória sobre a forma como cumpre a legislação e as políticas públicas. Desta forma, o contexto e as circunstâncias específicas devem ser levados em consideração ao tomar essas decisões, possibilitando assim soluções mais aceitáveis, mas, ao mesmo tempo, a discricionariedade pode resultar em tratar os indivíduos de maneira diferente.¹³⁷

Poder discricionário: Estes problemas são exacerbados por decisões discricionárias em que a lei não prescreve instruções claras. Contudo, o poder discricionário não dá às autoridades o direito de tomar decisões arbitrárias. As decisões discricionárias devem igualmente obedecer aos princípios gerais da justiça e considerar o objetivo da lei e todos os factos relevantes específicos de cada caso. Um algoritmo pode não ser adequado para

¹³² Holzinger, 2017; Mehta, 2022.

¹³³ Um estudo de 2015 do International Data Group estima que cerca de 90% dos dados gerados atualmente não são estruturados.

¹³⁴ Alguns dos algoritmos são os desenvolvidos no âmbito da “Inteligência de Enxame”, chamados de “otimização da colónia de formigas”, com capacidade exponencial e dinâmica de adaptação a novos problemas em tempo real, Holzinger, 2017.

¹³⁵ Perry, 2017; Roth, 2016.

¹³⁶ Sourdin, 2018.

¹³⁷ Mitrou, 2021.

tomar decisões discricionárias, porque as circunstâncias são imprevisíveis e muitos casos são atípicos, conduzindo a decisões no limite das normas.¹³⁸

Atualmente existe ainda pouca evidência científica para conhecermos como é que a introdução de uma ferramenta de suporte algorítmico pode afetar os elementos discricionários da tomada de decisão.¹³⁹

No entanto, o direito administrativo está gradualmente evoluindo a sua visão sobre as políticas, com aceitação crescente de que a política aplicada de forma consistente (com exceções apropriadas quando necessário para acomodar casos incomuns) pode fornecer benefícios para boa governança, consistência e previsibilidade.¹⁴⁰

Embora a capacidade dos algoritmos de última geração, com aprendizagem automática, seja capaz de aproveitar os parâmetros discricionários dinâmicos, e conseguirem trabalhar em breve dentro das linhas complexas dos princípios de valorização e dos limites discricionários, isto não parece realista no momento atual. As decisões deste tipo são demasiado únicas e específicas, não cabendo – em tempo útil – dentro da geração de grandes bases de dados, para que a aprendizagem automática seja capaz de os moldar. Delegar plenamente uma decisão discricionária ou baseada em juízos complexos a um algoritmo constituiria, em nossa opinião, uma violação grosseira da discricionariedade. Um algoritmo pode, no entanto, ser implementado como uma ajuda.¹⁴¹

Nestas notas sobre um modelo preditivo no âmbito dos atos administrativos, avulta ainda a questão da responsabilidade pela decisão, relativamente à qual se coloca a questão, tudo ponderado, de afinal não haver diferença entre a fundamentação mediante a articulação das relações de causalidade e a explicação das correlações operadas pelo algoritmo dos resultados obtidos: ambas visam racionalizar o processo de tomada de decisão. Se aceitarmos que relativamente às decisões dos SIA, nelas podem vir a entrar ou já entram intuições, e que o efeito *black box* pode ser ultrapassado, serão ambas boas decisões. Mais. Não basta dizer que as decisões humanas implicam uma decisão ética e que os algoritmos não compreendem a ética: não há motivo para pensarmos que os algoritmos não conseguirão ter um desempenho melhor do que o ser humano médio, até nesta área. Os algoritmos podem seguir diretrizes éticas, e se os programarmos para ignorar certas variáveis, podemos ter a certeza de que o computador ignorará esses fatores, porque não têm subconsciente.¹⁴²

Resta saber se, ao entregar a decisão à máquina, o homem não lhe transfere, desta forma, a responsabilidade da decisão que lhe deve caber a ele, enquanto agente moral,

¹³⁸ Pilving, 2020.

¹³⁹ Oswald, 2018a.

¹⁴⁰ Le Suer, 2016; Cobbe, 2019.

¹⁴¹ Pilving, 2020.

¹⁴² Harari, 2018; Rodrigues, 2020, p. 52.

responsável pelas suas decisões em sociedade, quando estão em causa certos valores humanos. A questão a que temos de responder é: queremos produzir um artefacto preditivo para ser um agente moral? Ou queremos ser nós, enquanto criadores de produtos inteligentes, bem desenhados e transparentes, responsáveis por eles? A questão é: vamos entregar todas ou uma grande parte das decisões a sistemas inteligentes porque eles decidem melhor que os humanos? Ou estaremos a falar de uma espécie de “genocídio humano”¹⁴³ (nota: até podemos construir sistemas inteligentes que tomam ações morais, mas a questão reside em saber quem seria responsável por essas ações. Um agente que tome uma ação moral não é necessariamente o agente moral responsável por essa ação. Será que a sociedade, como a conhecemos, consegue sobreviver se a responsabilidade for delegada a entidades que podem ser especificadas, construídas, compradas e vendidas? Que benefícios podemos colher, com esta transferência de responsabilidade, para nós ou para a sociedade?¹⁴⁴

É inquestionável que está dentro da capacidade da nossa sociedade definir robots e algoritmos como agentes morais, mas, mesmo que seja tecnicamente possível, nada disto faz com que seja necessário ou que devamos fazê-lo (o facto de algo poder ser feito não quer dizer que deva ser feito). Tanto os nossos sistemas éticos, quanto os artefactos de tomada de decisão são passíveis de design humano; contudo, tornar os sistemas de IA morais é uma ação intencional e evitável.¹⁴⁵

Ainda a propósito da qualificação jurídica dos SIA públicos:

No direito da UE é privilegiada uma abordagem pelo risco: a maior parte dos SIA públicos entram na categoria de “tratamento de alto risco”, sendo submetidos a exigências particulares. A proposta de regulamento europeu para a IA contém uma diferenciação de regime jurídico dos SIA em função dos riscos que podem representar para a sociedade em termos de segurança e de atentado às liberdades fundamentais. Um tratamento de “alto risco” será desta forma submetido a exigências reforçadas. A identificação deste tipo de tratamento não é totalmente evidente, mas parece que a maior parte dos SIA públicos, em termos das suas finalidades, relevam desta categoria, tal como previsto na proposta de regulamento (parágrafo 6 e anexo III).

No direito interno dos países da UE, existe uma tendência para considerar os SIA públicos como dispositivos de ajuda/apoio à decisão. O algoritmo não é a decisão, mas uma ajuda à decisão.

Deste modo, os SIA não são mais do que uma ajuda à tomada de decisão, mesmo na hipótese em que a decisão repousa exclusivamente sobre o algoritmo, uma vez que é o

¹⁴³ Greco; 2020.

¹⁴⁴ Bryson, 2018; Rodrigues, 2020, p. 52.

¹⁴⁵ Harari, 2018; Rodrigues, 2020, p. 52.

ser humano quem faz a parametrização do algoritmo (e uma vez que não sabemos em que medida o agente público está efetivamente capaz de se emancipar da solução proposta pelo algoritmo). Uma tal qualificação jurídica deve ser considerada à luz dos seus efeitos legais, nomeadamente contenciosos.¹⁴⁶

Porque as decisões algorítmicas têm um impacto determinante sobre a vida das pessoas e porque, pelo seu carácter unilateral e executório de pleno direito, são uma manifestação da expressão da força pública, um regime específico começa a tomar forma.

E a automatização pode resultar em: (i) decisões totalmente automatizadas; (ii) modelo de inteligência colaborativa homem-máquina; (iii) ou a IA pode ser usada apenas como um sistema de recomendação em que o decisor público tem a liberdade e o poder de desviar-se da decisão sugerida.

Apesar da previsibilidade e da responsabilidade das decisões poderem ser diferentes para cada uma destas situações, em última instância a AP e os seus agentes sempre permanecerão responsáveis. Deste modo, há uma necessidade intrínseca de supervisão humana e os tomadores de decisão devem ter a autoridade suficiente para controlar o sistema e lidar com os resultados indesejados.¹⁴⁷

Se os homens erram, também as máquinas com IA podem estar expostas ao erro ou a falhas na sua tecnologia, com consequências imprevisíveis e gravíssimas. Isto significa que mesmo utilizando a IA é sempre necessária a supervisão humana, tanto mais que não podem ser colocados em risco os direitos humanos e a sociedade em que vivemos, para além de ter de existir sempre a imprescindível segurança jurídica.¹⁴⁸

Este direito em construção evolui sobre uma linha de fronteira entre a possibilidade de poderem ser tomadas decisões administrativas inteiramente automatizadas, tendentes a melhorar a eficiência da ação pública, e a obrigação de supervisão que, reintroduzindo a intervenção humana, reduz a performance económica, mas garante a confiança na administração pública e nas novas tecnologias, em linha com a perspectiva da União Europeia.

Com a preocupação na garantia dos direitos fundamentais, a UE tem dedicado especial atenção aos elementos-chave do quadro regulatório para a IA na Europa, que deve criar um “*ecossistema de confiança único*”, partindo de uma “*abordagem centrada no ser humano*”,¹⁴⁹ situando-se, assim, na linha de anteriores comunicações da Comissão

¹⁴⁶ Bensamoun, 2022, p. 517.

¹⁴⁷ Mitrou, 2021.

¹⁴⁸ Santos, 2022, p. 21.

¹⁴⁹ Livro Branco sobre a inteligência artificial – Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança, Bruxelas, 19.02. 2020, COM (2020) 65 final.

relativas ao tema da IA – cuja mais recente, de 2019, intitulada “Aumentar a confiança numa inteligência artificial centrada no ser humano” ¹⁵⁰ é disso paradigma.

¹⁵⁰ Aumentar a confiança numa inteligência artificial centrada no ser humano, Bruxelas, 8.4.2019, COM (2019) 168 final.

Considerações finais

O aumento crescente das possibilidades técnicas torna a automatização de processos cada vez mais atrativa para a AP. Devido aos avanços da IA, hoje podem ser automatizados processos que há apenas alguns anos tinham de ser realizados por humanos. Mas nem todos os processos administrativos podem ser automatizados do ponto de vista técnico e/ou jurídico. De entre a multiplicidade das várias centenas de procedimentos administrativos, os decisores devem selecionar os processos considerados adequados para automatização parcial ou total.

Sim, é possível, de forma gradual, a implementação de sistemas de automatização dos atos administrativos. Mas, mais importante e urgente é colocarmos a IA ao serviço da AP como suporte à tomada de decisão, seja nos processos mais simples e massificados, seja no apoio às decisões que carecem de tratamento de enormes volumes de informação.

Sim, é possível, mas através de um processo de tomada de decisão centrado na pessoa e não na máquina.

A confiança nos processos transformacionais faz-se através da ação e da experimentação concertadas, por isso, recomendamos: a necessidade de trabalhar um ecossistema “*end-to-end*”, para a implementação de um modelo de inteligência colaborativa na AP, convocando todos os intervenientes relevantes: legislativo, passando, executivo, judicial, e outros, pois só desta forma serão alcançadas mais valias, em termos de eficiência, eficácia e confiança; a criação de um novo “modelo de procedimento administrativo tecnológico”, mais equipado para receber sistemas de automatização e de suporte à decisão; o desenvolvimento de novas competências e papéis na era da IA, sobretudo na AP; e, por fim, cuidar de uma regulamentação exaustiva e promotora destas novas ferramentas, tão impactantes nas nossas vidas e nos nossos direitos.

Uma coisa é certa: tudo o que puder ser automatizado será. Trata-se de tirar partido de uma tecnologia para gerar eficiência em larga escala. A utilização de soluções de IA será dominante e passará a estar presente em todos os contextos da sociedade. A questão mais importante remete aos objetivos que definirmos e à transferência dos mesmos para os sistemas de IA.

O desafio é garantir confiança, segurança jurídica e corresponsabilização.

Bibliografia

- ABELIUK, A., MORSTATTER, F. & GALSTYAN, A. (2020). Quantifying machine influence over human forecasters. *Scientific Reports*, 10, 15940. <https://doi.org/10.1038/s41598-020-72690-4>.
- ADADI, A. & BERRADA, M. (2018). Peeking Inside the Black-Box: A survey on explainable *Artificial Intelligence (XAI)*. 6 *IEEE Access* 52138. <https://doi.org/10.1109/access.2018.2870052>.
- ADLER, P. et al. (2018). Auditing black-box models for indirect influence. *Knowledge and Information Systems*, 54(1), 95–122. <https://doi.org/10.1007/s10115-017-1116-3>.
- AHN, Y. & LIN Y-R. (2019). FairSight: Visual analytics for fairness in decision making. *IEEE Transactions on Visualization and Computer Graphics*, 1-1. <https://doi.org/10.1109/TVCG.2019.2934262>.
- ALMEIDA, M.A. de (2021). *Teoria Geral do Direito Administrativo*. Almedina Editora.
- An Ultimate Guide to Understanding Cognitive Computing*, Anukrati Mehta, digitalvidya, <https://www.digitalvidya.com/blog/cognitive-computing/>.
- AMERSHI, S., CAKMAK, M., KNOX, W.B. & KULESZA, T. (2014). Power to the people: the role of humans in interactive machine learning. *AI Magazine*, 35(4).
- ANANNY, M. & CRAWFORD, K. (2016). Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability. *New Media and Society*, 20(3). <https://doi.org/10.1177/1461444816676645>
- ANASTASPOULOS, L. & WHITFORD, A. (2018). Machine learning for public administration research, with application to organizational reputation. *arXiv*, 1805.05409. <https://doi.org/10.48550/arXiv.1805.05409>.
- ANDERSON, M. & ANDERSON, S. L. (2007). Machine ethics: Creating an ethical intelligent agent. *AI Magazine*, 28(4).
- ARTEAGA, M., FOGLIATO, R. & CHOULDECHOVA, A. (2020). A case for humans-in-the-loop: Decisions in the presence of erroneous algorithmic scores. In *Proceedings of the 2020 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems (CHI '20)*. Association for Computing Machinery, New York, NY, USA, 1–12. <https://doi.org/10.1145/3313831.3376638>.
- ASHLEY, K. (2017). *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age*. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781316761380>.
- AYODELE, T. (2010). Types of Machine Learning Algorithms. *New Advances in Machine Learning*. DOI: 10.5772/9385, 19-48
- BARBOSA, M.M. (2021). *Inteligência Artificial - Entre a utopia e a distopia, alguns problemas jurídicos*. s.l.: Gestlegal.
- BAROCAS, S. & SELBST, A. (2016). Big Data's disparate impact. *California Law Review*, 104, 671-732. <http://dx.doi.org/10.15779/Z38BG31>.

- BARTHE, E. (2017). L'intelligence artificielle et le droit. I2D - Information, données & documents (ed. rev), Vol. 54, 23-24. Retrieved from <https://doi.org/10.3917/i2d.172.0023>
- BENSAMOUN, A. & LOISEAU, G. (2022). Droit de l' Intelligence Artificielle. LIBJ, 2e Édition.
- BERMAN, E. (2018). A Government of Laws and Not of Machines. Retrieved from Boston University Law Review, vol. 98. <https://www.bu.edu/bulawreview/files/2018/10/BERMAN.pdf>
- BEX, F., PRAKKEN, H. & VERHEIJ, B. (2007). Formalising argumentative story-based analysis of evidence. In *11th International Conference on Artificial Intelligence and Law* (pp. 1-10). New York: ACM Press.
- BINNS, R. (2017). Data protection impact assessments: A meta-regulatory approach. *International Data Privacy Law*, vol. 7, no. 1, pp. 22-35.
- BINNS, R. (2020). Analogies and disanalogies between machine-driven and human-driven legal judgement. *Journal of Cross-disciplinary Research in Computational Law*.
- BINNS, R. (2022). Human judgment in algorithmic loops: Individual justice and automated decision-making. *Regulation and Governance*, vol. 16, pp. 197-211.
- BOYD, M. & WILSON, N. (2016). Rapid developments in artificial intelligence: How might the New Zealand government respond? *Policy Quarterly*, vol. 13, no. 4.
- BRAND, D.J. (2020). Algorithmic decision-making and the Law. *eJournal of eDemocracy and Open Government*, vol. 12, pp. 114-131.
- BROWN, S. (2016). Peeking inside the black box: A preliminary survey of Technology Assisted Review (TAR) and predictive coding algorithms for e-discovery. *Suffolk Journal of Trial and Appellate Advocacy*, vol. 21, no. 1.
- BRYSON, J. (2018). Patience is not a virtue: The design of intelligent systems and systems of ethics. *Ethics and Information Technology*, vol. 20. <https://doi.org/10.1007/s10676-018-9448-6>.
- BUEST, R. (2017, November 03). *Artificial Intelligence is about machine reasoning – or when machine learning is just a fancy plugin*. <https://www.cio.com/article/230943/artificial-intelligence-is-about-machine-reasoning-or-when-machine-learning-is-just-a-fancy-plugin.html>.
- BURRELL, J. (2016). How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms. *Big Data and Society*, vol. 3, no. 1, pp. 1-12. <https://doi.org/10.1177/2053951715622512>.
- CAUSALENS. Truly explainable AI: Putting the "cause" in "because". <https://causalens.com/resources/white-papers/truly-explainable-ai/>.
- CITRON, D. (2008). Open code governance. *University of Chicago Legal Forum*, pp. 355-387.
- CHOULDECHOVA, A. (2018). A case study of algorithm-assisted decision making in child maltreatment hotline screening decisions. In *1st Conference on Fairness, Accountability and Transparency* (pp. 134-148). New York: Proceedings of Machine Learning Research.
- COBBE, J. (2019). Administrative law and the machines of government: Judicial review of automated public-sector decision-making. *Legal Studies*, vol. 39, no. 4, pp. 636-655. <https://doi.org/10.1017/lst.2019.9>.

- COGLIANESE, C. & DAVID, L. (2019, November 29). Transparency and algorithmic governance. *Administrative Law Review*, vol. 71. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3293008.
- COGLIANESE, C. & LEHR, D. (2017). Regulating by robot: Administrative decision making in the machine-learning era. *The Georgetown Law Journal*, vol. 105, pp. 1147-1223.
- COOK, S. (1981). The applications of artificial intelligence to law: A survey of six current projects. *National Computer Conference*, pp. 689-696. <https://doi.org/10.1145/1500412.1500516>.
- CÔRTE-REAL, N. (2022). *Big Data & analytics. O poder de transformar dados em inteligência e o impacto na competitividade empresarial*. Bertrand.
- COUNCIL OF EUROPE (2017). Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques (in particular algorithms) and possible regulatory implications. Committee of Experts on Internet Intermediaries.
- COURTLAND, R. (2018, June 21). The bias detectives: As machine learning infiltrates society, scientists grapple with how to make algorithms fair. *Nature Publishing Group*, vol. 558, pp. 357-360. <https://doi.org/10.1038/d41586-018-05469-3>.
- CRIADO, J., VALERO J. & VILLODRE, J. (2020). Algorithmic transparency and bureaucratic discretion: The case of SALER early warning system. *Information Polity*, vol. 25, no. 4, pp. 449-470. <https://doi.org/10.3233/ip-200260> Corpus ID: 229326352.
- DAUGHERTY, P. & WILSON, J. (2018a). *Humans + machine: Reimagining work in the age of AI*. Harvard Business Review Press.
- DAUGHERTY, P. & WILSON, J. (2018b). Collaborative Intelligence: Humans and AI are joining forces. *Harvard Business Review Press*, pp. 114-123.
- DAVENPORT, T.H. & KIRBY, J. (2015). Beyond automation. *Harvard Business Review*, 58-65.
- DEEKS, A. (2019). The judicial demand for explainable Artificial Intelligence. *Columbia Law Review*, vol. 119, pp. 1829-1850.
- DESAI, D. & KROLL, J. (2017). Trust but verify: A guide to algorithms and the Law. *Harvard Journal of Law & Technology*, 31(1), 1-64.
- DONG, Q., SHAO GANG, G. & ZHU, X. (2019). Imbalanced deep learning by minority class incremental rectification. *Transactions on Pattern Analysis & Machine Intelligence*, vol. 41. <https://doi.org/10.48550/arXiv.1804.10851>.
- DOSHI-VELEZ, F. & BEEN, K. (2017). Towards a rigorous science of interpretable machine learning. <https://arxiv.org/pdf/1702.08608.pdf>.
- DOSHI-VELEZ, F., KORTZ, M., BUDISH, R., BAVITZ, C., PAULSON, J., GERSHMAN, S. . . . WOOD, A. (2018). *Accountability of AI under the law: The role of explanation*. S.I.: Harvard Public Law. arXiv preprint arXiv:1711.01134.
- DU, M., LIU, N. & HU, X. (2020). Techniques for interpretable machine learning. *Communications of the ACM*, vol. 63, no. 1, pp. 68-77.
- DUAN, Y., EDWARDS, J. & YOGESH, K.D. (2019, October). Artificial intelligence for decision making in the era of Big Data – evolution, challenges and research agenda. *International*

Journal of Information Management, vol. 48, pp. 63-71.
doi:10.1016/j.ijinfomgt.2019.01.021.

- DUARTE DE ALMEIDA, L. (2015). *Allowing for exceptions: A theory of defences and defeasibility in law*. Oxford Legal Philosophy.
- EDWARDS, L. & VEALE, M. (2017). Slave to the algorithm? Why a “right to an explanation” is probably not the remedy you are looking for. *Duke Law & Technology Review*, vol. 16, pp. 18-84.
- ENARSSON, T., ENQVIST, L. & NAARTTIJÄRVI, M. (2022). Approaching the human in the loop – Legal perspectives on hybrid human/algorithmic decision-making in three contexts. *Information & Communications Technology Law*, vol. 31, no. 1, pp. 123-153.
<https://doi.org/10.1080/13600834.2021.1958860>.
- ETHICS and Legal in AI: Decision Making and moral issues. Parliamentary Group on Artificial Intelligence. Theme Report, 27 March 2017, Big Innovation Centre.
- ETSCHIED, J. (2019). Artificial Intelligence in public administration. A possible framework for partial and full automation. In I. Lindgren, M. Janssen, H. Lee, A. Polini, M. Bolivar, H. Scholl, & E. Tambouris, *Electronic Government* (pp. 248-261). San Benedetto: 18th International Conference on Electronic Government. https://doi.org/10.1007/978-3-030-27325-5_19.
- EUROPEAN Group on Ethics in Science and New Technologies (2018). Artificial Intelligence, robotics and autonomous systems. Brussels, 9 March 2018.
- EXPLAINABLE Artificial Intelligence (XAI). Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA). <https://www.darpa.mil/program/explainable-artificial-intelligence>.
- FINCK, M. (2019). Automated decision-making and administrative law. In P. Cane, H. Hofmann, & P. Lindseth. *The Oxford handbook on comparative administrative law* (pp. 658-676). S.l.: Oxford University Press.
- FLORIDI, L. (2018). *Soft ethics, the governance of the digital and the General Data Protection Regulation*. The Royal Society Publishing. <https://doi.org/10.1098/rsta.2018.0081>.
- FRIEDLER, S., SCHEIDEGGER, C., VENKATASUBRAMANIAN, S., CHOUDHARY, S., HAMILTON, E. & ROTH, D. (2018). A comparative study of fairness-enhancing interventions in machine learning. *arXiv*, 1802.04422v1 [stat.ML].
<https://doi.org/10.48550/arXiv.1802.04422>.
- GIGERENZER, G. & GAISSMAIER, W. (2011). Heuristic decision making. *Annual Review of Psychology*, vol. 62, pp. 451-482. <https://doi.org/10.1146/annurev-psych-120709-145346>.
- GILPIN, L. H, BAU, D. YUAN, B. Z. BAJWA, A. SPECTER, M. KAGAL, L. (2019). Explaining explanations: An overview of interpretability of machine learning. *arXiv*, 1806.00069.
<https://doi.org/10.48550/arXiv.1806.00069>.
- GRIMMELMANN, J. (2005). Regulation by software. *The Yale Law Journal Company*, vol. 114, pp. 1719-1758.
- GRECO, L. (2020). A impossibilidade jurídica de juízes robots. Instituto Eduardo Correia.
- GROVE, W. & MEEHL, P.E. (1996). Comparative efficiency of informal (subjective, impressionistic) and formal (mechanical, algorithmic) prediction procedures: The clinical

- statistical controversy. *Psychology, Public Policy and Law*, vol. 2, no. 2, pp. 293-323. doi:<https://doi.org/10.1037/1076-8971.2.2.293>.
- GUALDI, F. & CORDELLA, A. (2021). Artificial Intelligence and decision-making: The question of accountability. In *54th Hawaii International Conference on System Sciences* (pp. 2297-2306). Hawaii.
- GUIDOTTI, R. (2018). A survey of methods for explaining black box models. *ACM Computing Surveys*, vol. 51, no. 1, pp. 1-45. doi:10.1145/3236009.
- HARARI, Y. (2018). *21 lições para o século XXI*. Elsinore Editores.
- HARLOW, C. & RAWLINGS, R. (2019). Proceduralism and automation: Challenges to the values of administrative law. In *The foundations and future of public law*, pp. 275-298.
- HILDEBRANDT, M. (2011). Legal protection by design: Objections and refutations. *Legisprudence*, vol. 5, pp. 223-248. doi:<https://doi.org/10.5235/175214611797885693>.
- HILDEBRANDT, M. (2018). Law as computation in the era of artificial legal intelligence: Speaking law to the power of statistics. *University of Toronto Law Journal*, vol. 68, pp. 12-35.
- HOGAN-DORAN, D. (2017). Computer says “no”: Automation, algorithms and Artificial Intelligence in government decision-making. *The Judicial Review*, vol. 1.
- HOLZINGER, A. (2016). Interactive machine learning (iML). *Informatik-Spektrum*, vol. 39, pp. 64-68. <https://doi.org/10.1007/s00287-015-0941-6>.
- HOLZINGER, A. PLASS, M. HOLZINGER, K. CRISAN, G. PINTEA, C.-M. & PALADE, V. (2017). A glass-box interactive machine learning approach for solving NP-hard problems with the human-in-the-loop. In *IML Interactive Machine Learning*, pp. 1-26.
- HORTY, J. (1997). Nonmonotonic foundations for deontic logic. In *Defeasible deontic logic*. Donal Nute editors.
- HOUSE OF LORDS Select Committee on Artificial Intelligence. (2018). *AI in the UK: Ready, willing and able?* House of Lords.
- HUANG, Z., et al. (2021). Context-aware legal citation recommendation using deep learning. In *18th International Conference on Artificial Intelligence and Law – ICAIL 2021* (pp. 79-88). São Paulo: Association for Computing Machinery. doi:10.1145/3462757.3466066
- HUGGINS, A. (2020). Executive power in the digital age: Automation, statutory interpretation and administrative law. In Boughey, J. & Burton Crawford, L. (eds.). *Interpreting executive power* (pp. 111-128). Federation Press, Australia. <https://eprints.qut.edu.au/180784/>.
- INFORMATION Commissioner’s Office (2017). Big Data, Artificial Intelligence, machine learning and data protection, Version 2.2, March 2017.
- JOHNSON, D. G. (2015). Technology with no human responsibility? *Journal of Business Ethics*, pp. 707-715. <https://doi.org/10.1007/s10551-014-2180-1>.
- JORDAN, M. & MITCHELL, T. (2015). Machine learning: Trends, perspectives, and prospects. *Science*, vol. 349, no. 6245, pp. 255-260. DOI: 10.1126/science.aaa8415.
- KAILASH, J. (2016). *Expert Systems and Applied Artificial Intelligence*. Saint-Louis: University of Missouri. <http://www.umsl.edu/~joshik/msis480/chapt11.htm>.

- KAMIRAN, F., KARIM, A., & ZHANG, X. (2012). Decision theory for discrimination-aware classification. In *IEEE 12th International Conference on Data Mining*.
- KANG, J. & CUFF, D. (2005). Pervasive computing: Embedding the public sphere. *Washington and Lee Law Review*, vol. 62, no. 4.
- KAPLAN, J. (2016). *Artificial Intelligence: What everyone needs to know*. Oxford University Press.
- KELLOGG, K. VALENTINE, M. & CHRISTIN, A. (2020). Algorithms at work: The new contested terrain of control. *Academy of Management Annals*, vol. 14, no. 1, pp. 366-410. <https://doi.org/10.5465/annals.2018.0174>.
- KIESEBERG, P., MALLE, B., FRUEHWIRT, P., WEIPPL, E. & HOLZINGER, A. (2016a). A tamper-proof audit and control system for the doctor in the loop. *Brain Informatics*.
- KIESEBERG, P., WEIPPL, E. & HOLZINGER, A. (2016b). *Trust for the doctor-in-the-loop*. European Research Consortium for Informatics and Mathematics (ERCIM).
- KLEINBERG, J. MULLAINATHAN, S. & RAGHAVAN, M. (2016). Inherent trade-offs in the fair determination of risk scores. *Computing Research Repository (CoRR)*, pp. 1-24.
- KNIGHT, W. (2017). The dark secret at the heart of AI. *MIT Technology Review*.
- KROLL, J. HUEY, J. BAROCAS, S. FELTEN, E. REIDENBERG, J. ROBINSON, D. & YU, H. (2017). Accountable algorithms. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 165, pp. 660-661.
- LACAVE, C. M. & DIEZ, F. J. (2007). Explanation of Bayesian networks and influence diagrams in Elvira. *IEEE Transactions on systems, man, and cybernetics, Part B: Cybernetics*, vol. 37, no. 4, pp. 952-965. <https://doi.org/10.1109/TSMCB.2007.896018>.
- LAMEGO, J. (2021). *Elementos de metodologia jurídica*. Coimbra: Almedina Editora.
- LE SUEUR, A. (2016). Robot government: Automated decision-making and its implications for Parliament. In *Parliament: Legislation and accountability* (pp. 183-202). Oxford: Hart Publishing.
- LEE, T., JOHNSON, J. & CHENG, S. (2016). *An interactive machine learning framework*. Boston: Massachusetts, USA. *arXiv*, 1610.05463v1.
- LEE, M. (2018). *Understanding perception of algorithmic decisions: Fairness, trust, and emotion in response to algorithmic management*. Big Data Society.
- LEHR, D. & OHM, P. (2017). Playing with the data: What legal scholars should learn about machine learning. *University of California Davis Law Review*, vol. 51, pp. 653-717.
- LEMBER, K. (2019). The use of Artificial Intelligence in administrative acts. *Juridica*.
- LESLIE, D. (2019). Understanding Artificial Intelligence ethics and safety: A guide for the responsible design and implementation of AI systems in the public sector. *The Alan Turing Institute*, pp. 1-97. <https://doi.org/10.5281/zenodo.3240529>.
- LESSIG, L. (1995). The path of cyberlaw. *Yale Law Journal*, vol. 1743, pp. 1744-1745.
- LEVY, K., CHASALOW, K. & RILEY, S. (2021). Algorithms and decision-making in the public sector. *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 17, pp. 1-38.
- LIAO, Q. GRUEN, D. & MILLER, S. (2020). Questioning the AI: Informing design practices for explainable AI user experiences. In *Proceedings of the 2020 CHI Conference on Human*

- Factors in Computing Systems*, April 21, 2020, pp. 1-15.
<https://doi.org/10.1145/3313831.3376590>.
- LICKLIDER, J. (1960). Man-computer symbiosis. *IRE transactions on human factors in electronics*, HFE-1, pp. 4-11.
- LOCKWOOD, T. (2018). Artificial Intelligence can now explain its own decision making. DataDrivenInvestor.
- LOI, M., MÜLLER, A. & SPIELKAMP, M. (2021b). Automated decision-making systems in the public sector. An impact assessment tool for public authorities. *Algorithm Watch*.
- MARTINEZ, P. (2022). Introdução ao Estudo do Direito. AAFDL Editora.
- MATTHIAS, A. (2004). The responsibility gap: Ascribing responsibility for the actions of learning automata. *Ethics and Information Technology*, vol. 6, no. 3, pp. 175-183.
<https://doi.org/10.1007/s10676-004-3422-1>.
- MCCARTHY, D.R. (2011). Open networks and the open door: American foreign policy and the narration of the internet. *Foreign Policy Analysis*, vol. 7, no. 1, pp. 89-111.
- MEHTA, A. (2022). *An ultimate guide to understanding cognitive computing*. Digital Vidya.
- MENDES, P. de S. (2020). A representação do conhecimento jurídico, inteligência artificial e os sistemas de apoio à decisão jurídica. In Lopes Rocha, M. e Soares Pereira, R. (coord.). *Inteligência & direito*. Editora Almedina.
- MILNER, C. & BERG, B. (2017). Tax analytics: Artificial Intelligence and machine learning. S.I.: PwC Advanced Tax Analytics & Innovation.
- MITROU, L., JANSSEN, M. & LOUKIS, E. (2021). Human control and discretion in AI-driven decision-making in government. In *14th International Conference on Theory and Practice of Electronic Governance (ICEGOV 2021)*, pp. 10-16.
- MITTELSTADT, B. (2016). Auditing for transparency in content personalization systems. *International Journal of Communication*, vol. 10, pp. 4991-5002.
- MOLES, R. (1992). Expert systems – The need for theory. In C. Grutters, J. Breuker, H. van den Herik, A. Schmidt & C. Mestdagh (eds.). *Legal knowledge based systems: Information technology & law*, JURIX '92, Koninklijke Vermande, Lelystad, NL.
- MORISON, J. & HARKENS, A. (2019). Re-engineering justice? Robot judges, computerised courts and(semi) automated legal decision-making. *Legal Studies*, vol. 39, no. 4, pp. 618-635. <https://doi.org/10.1017/lst.2019.5>.
- MULHOLAND, C. & FRAJHOF, I. (2019). Inteligência Artificial e a lei geral de proteção de dados pessoais: Breves anotações sobre o direito à explicação perante a tomada de decisões por meio de *machine learning*. In Frazão, A. & Mulholand, C., *Inteligência Artificial e direito*. São Paulo: Thomas Reuters Brasil.
- NAGENBORG, M., CAPURRO, R., WEBER, J. & PINGEL, C. (2008). Ethical regulations on robotics in Europe. *AI & Society*, vol. 22, no. 3, pp. 349-366.
<https://doi.org/10.1007/s00146-007-0153-y>.
- O'NEIL, C. (2016). *Weapons of math destruction: How Big data increases inequality and threatens democracy*. New York: Crown.
- OKAMOTO, K. (2009). Teaching transactional lawyering. *Drexel Law Review*, vol. 1, no. 69.

- OSWALD, M. (2018a). Algorithm-assisted decision-making in the public sector: Framing the issues using administrative law rules governing discretionary power. *Philosophical transactions of the Royal Society A: Mathematical, physical and engineering sciences*, vol. 376, no. 2128, pp. 1471-2962. <https://doi.org/10.1098/rsta.2017.0359>.
- OSWALD, M., GRACE, J., URWIN, S. & BARNES, G. (2018b). Algorithmic risk assessment policing models: Lessons from the Durham HART model and 'experimental' proportionality. *Information and Communications Technology Law*, vol. 27, no. 2, pp. 1-27.
- PASQUALE, F. (2015). *The Black Box society: The secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press.
- PASQUALE, F. (2016). Platform neutrality: *Enhancing freedom of expression in spheres of private power*. Rochester, NY: Social Science Research Network. <https://papers.ssrn.com/abstract=2779270>.
- PEARL, J. & MACKENZIE, D. (2018). *The book of why: The new science of cause and effect*. Basic Books.
- PEARL, J. & MACKENZIE, D. (2019). *The book of why. The new science of cause and effect*. Penguin. ISBN: 9780141982410.
- PERRY, J. (2014). iDecide: The legal implications of automated decision-making. In *Cambridge Centre for Public Law Conference: Process and Substance in Public Law* (pp. 15-17). Cambridge: University of Cambridge.
- PERRY, J. (2017). iDecide: Administrative decision-making in the digital world. *Australian Law Journal*, vol. 91, pp. 29-34.
- PI, Y. (2021). Machine learning in governments: Benefits, challenges and future directions. *eJournal of eDemocracy and Open Government*, vol. 13, no. 1, pp. 203-219.
- PILVING, I. & MIKIVER, M. (2020). A Kratt as an administrative body: Algorithmic decisions and principles of administrative law. *Juridica International*, vol. 29, pp. 47-61. <https://doi.org/10.12697/ji.2020.29.05>.
- PRAKKEN, H. (1997). Logical tools for modelling legal argument. A study of defeasible reasoning in law. In *Law and Philosophy Library*, vol. 32. Dordrecht, Boston, and London: Kluwer Academic Publishers. <https://doi.org/10.1007/978-94-015-8975-8>.
- PRAKKEN, H. (2009). A case study of medico-legal argumentation in disability assessment (research abstract). In *Modelling Legal Cases. Workshop co-located with the 12th International Conference on Artificial Intelligence and Law*.
- QUALCOMM TECHNOLOGIES (September 6, 2022). Is causality the missing piece of the AI puzzle? Qualcomm AI Research explores fundamental research to combine causality with AI. Qualcomm Technologies.
- REDONDO, M. (1997). Teorías del derecho e indeterminación normativa – Doxa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 20.
- RIBEIRO, M., SINGH, S. & GUESTRIN, C. (2016). Why should I trust you? Explaining the predictions of any classifier. In *22nd ACM Special Interest Group on Knowledge Discovery*

and Data Mining International Conference on Knowledge Discovery and Data Mining, pp. 1135-1144.

- ROBERT, S., BÜTTNER, S., RÖCKER, C. & HOLZINGER, A. (2016). Reasoning under uncertainty: Towards collaborative interactive machine learning. In *machine learning for health informatics: State-of-the-art and future challenges* (pp. 357-376). Cham: Springer International Publishing.
- RODRIGUES, A. (2020). Inteligência Artificial no Direito Penal – A justiça preditiva entre a americanização e a europeização. In A.M. Rodrigues (coord.). *A Inteligência Artificial no Direito Penal*. Almedina Editora
- ROSNAY, M. (2016). Algorithmic transparency and platform loyalty or fairness in the French Digital Republic Bill. *Media Policy Project*. <http://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2016/04/22/algorithmic-transparency-and-platform-loyalty-or-fairness-in-the-french-digital-republic-bill/>.
- ROTH, A. (2016). Trial by machine. *Georgetown Law Journal*, vol. 104, pp. 1245-1266.
- RUDIN, C. (2019). Please stop explaining black box models for high-stakes decisions. *Nature Machine Intelligence*, vol. 1, no. 5, pp. 206-215. <https://doi.org/10.1038/s42256-019-0048-x>.
- SANTORO, M. MARINO, D. & TAMBURRINI, G. (2008). Learning robots interacting with humans: From epistemic risk to responsibility. *AI & Society*, vol. 22, no. 3, pp. 301-314. <https://doi.org/10.1007/s00146-007-0155-9>.
- SANTOS, H. L. (2022). *Inteligência Artificial e Processo Penal*. Novas Causas, Edições Jurídicas.
- SARKAR, D. (2018). The importance of human interpretable machine learning. *Towards Data Science*. <https://towardsdatascience.com/human-interpretable-machine-learning-part-1-the-need-and-importance-of-model-interpretation-2ed758f5f476>.
- SATHYA, R. & ABRAHAM, A. (2013). Comparison of supervised and unsupervised learning algorithms for pattern classification. *International Journal of Advanced Research in Artificial Intelligence*, vol. 2, no. 2. <https://doi.org/10.14569/IJARAI.2013.020206>.
- SCANTAMBURLO, T. CHARLESWORTH, A. & CRISTIANINI, N. (2019). Machine decisions and human consequences. *ArXiv*, no. 1811.06747 [Cs]. <http://arxiv.org/abs/1811.06747>.
- SCANTAMBURLO, T., SCHIRNER, G., ERDOGMUS, D., CHOWDHURY, K. & PADIR, T. (2013). The future of human-in-the-loop cyber-physical systems. *Computer*, vol. 46, no. 1, pp. 36-45.
- SCHMELZER, R. (2020, January 9). Going beyond machine learning to machine reasoning. *Forbes*.
- SELBST, A. & BAROCAS, S. (2018). The intuitive appeal of explainable machines. *Fordham Law Review*, vol. 87, no. 3, pp. 1085-1139. <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol87/iss3/11>.
- SGAIER, S.K., HUANG, V. & CHARLES, G. (2020). The Case for Causal AI. *Stanford Social Innovation Review*.
- SHARMA, S. (2022). Gartner picks emerging technologies that can drive differentiation for enterprises. *Venture Beat*.

- SHEKHAR, G. (2022). Causal AI – Enabling data-driven decisions. *Towards Data Science*, May 26, 2022.
- SCHIRNER, G., ERDOGMUS, D., CHOWDHURY, K. & PADIR, T. (2013). The future of human-in-the-loop cyber-physical systems. *Computer*, vol. 46, no. 1.
- SCHMIDHUBER, J. (2015). deep learning in neural networks: An overview. *Neural Networks*, vol. 61, pp. 85-117. doi:<https://doi.org/10.1016/j.neunet.2014.09.003>.
- SCHULZ, W. & DANKERT, K. (2016). Governance by things as a challenge to regulation by law. *Internet Policy Review*, vol. 5, no. 2.
- SHYU, C.-R., BRODLEY, C., KAK, A., KOSAKA, A., AISEN, A. & BRODERICK, L. (1999). ASSERT: A physician-in-the-loop content-based retrieval system for HRCT image databases. *Computer Vision and Image Understanding*, vol. 75, no. 12, pp. 111-132. <https://doi.org/10.1006/cviu.1999.0768>.
- SKITKA, L., KATHLEEN, M. & BURDICK, M. (2000). Accountability and automation bias. *International Journal of Human-Computer Studies* vol. 52, no. 701. <https://doi.org/10.1006/ijhc.1999.0349>.
- SØRMO, F., CASSENS, J. & AAMODT, A. (2005). Explanation in case-based reasoning – Perspectives and goals. *Artificial Intelligence Review*, vol. 24, pp. 109-143. <https://doi.org/10.1007/s10462-005-4607-7>.
- SOURDIN, T. (2018). Judge vs. robot? Artificial Intelligence and judicial decision-making. *University of New South Wales Law Journal*, vol. 41, no. 44, pp. 1114-1133.
- STEVENS, Y. (2017). The promises and perils of Artificial Intelligence. Why human rights and the rule of law matter. <https://medium.com/@ystvns/the-promises-and-perils-of-artificial-intelligence-why-human-rights-norms-and-the-rule-of-law-40c57338e806>, September 5.
- SU, A. (2022). The promise and perils of international human rights law for AI governance. *Law, Technology and Humans*, vol. 4, no. 2, pp. 166-82. <https://doi.org/10.5204/lthj.2332>.
- SUN, T. & MEDAGLIA, R. (2019). Mapping the challenges of Artificial Intelligence in the public sector: Evidence from public healthcare. *Government Information Quarterly*, vol. 36, no. 2, pp. 368-383. <https://doi.org/10.1016/j.giq.2018.09.008>.
- SUNSTEIN, C. (2018). Algorithms, correcting biases. S.l.: Forthcoming, Social Research. <https://ssrn.com/abstract=3300171>.
- SUPER, D. (2005). Are rights efficient? Challenging the managerial critique of individual rights. *California Law Review*, vol. 93, no. 4, pp. 1051-1142. <https://www.jstor.org/stable/3481467>.
- SURDEN, H. (2014). Machine learning and law. *Washington Law Review*, vol. 89, no. 1, pp. 1-30. <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol89/iss1/5>.
- SWEENEY, L. (2013). Discrimination in online ad delivery. *Communications of the ACM*, vol. 56, no. 5, pp. 44-54. <https://doi.org/10.1145/2447976.2447990>.
- TUFEKCI, Z., YORK, J.C., WAGNER, B. & KALTHEUNER, F. (2015). *The ethics of algorithms: From radical content to self-driving cars*. Berlin, Germany: European University Viadrina. <https://cihr.eu/publication-the-ethics-of-algorithms/>.
- TVERSKY, A. & KAHNEMAN, D. (1974). Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, vol. 185, no. 4157, pp. 1124-1131.

- VAN ACKEN, J. (2019). Key points of the federal government for a strategy Artificial Intelligence. <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.27019.34082>.
- VEALE, M. & BRASS, I. (2019). Administration by algorithm? Public management meets public sector machine learning. In K. Yeung, & M. Lodge. *Algorithmic regulation* (pp. 121-149). Oxford: Oxford University Press.
- VÉRINE, A. & STÉPHAN, M. (2019). *Interpretability of machine learning: What are the challenges in the era of automated decision-making processes?* Wavestone.
- VINCENT, C. & CAMP, J. (2004). Looking to the internet for models of governance. *Ethics & Info. Tech.*, vol. 6.
- WACHTER, S., MITTELSTADT, B. & FLORIDI, L. (2017a). Transparent, explainable, and accountable AI for robotics. *Science Robotics*, vol. 2, no. 6, pp. 3-6.
- WACHTER, S., MITTELSTADT, B. & FLORIDI, L. (2017b). Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation. *International Data Privacy Law*, vol. 7, no. 2, pp. 76-99. <https://doi.org/10.1093/idpl/ix005>.
- WACHTER, S., MITTELSTADT, B. & Russell, C. (2018). Counterfactual explanations without opening the Black Box: Automated decisions and the GDP. *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 31, no. 2. <https://arxiv.org/abs/1711.00399>.
- WATSON, D. & FLORIDI, L. (2021). The explanation game: A formal framework for interpretable machine learning. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3509737> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3509737>.
- WILLIAMS, R. (2021). Rethinking administrative law for algorithmic decision making. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 42, no. 2, pp. 468-494.
- WILLIAMS, R. & MELHAM, T. (2020). *Automated decision-making in the public sector*. S.I.: Practical Law.
- WILSON, A.G., DANN, C., LUCAS, C. & XING, E.P. (2015). The human kernel. In Cortes C, Lawrence ND, Lee DD, Sugiyama M, Garnett R (eds). *Advances in neural information processing systems*, vol 28, pp. 2836-2844. NIPS Foundation.
- WIRTZ, B., WEYERER, J. & GEYER, C. (2018). Artificial Intelligence and the public sector: Applications and challenges. *International Journal of Public Administration*, vol. 7, pp. 596-615.
- WRÓBLEWSKI, J. (1983). *Fuzziness of legal system*. Finnish Lawyers' Society.
- XIONG, M. (2022). *Artificial Intelligence and causal inference*. Chapman & Hall.
- YEUNG, K. (2015). Hypernudge: Big Data as a mode of regulation by design. *Information, Communication & Society. The Social Power of Algorithms*, vol. 20, no. 1, pp. 118-136. <https://doi.org/10.1080/1369118X.2016.1186713>.
- ZALNIERIUTE, M., MOSES, L.M. & WILLIAMS, G. (2019). The rule of law and automation of government decision-making. *Modern Law Review*, vol. 1, pp. 8-11.
- ZARSKY, T. (2016). The trouble with algorithmic decisions: An analytic road map to examine efficiency and fairness in automated and opaque decision making. *Science, Technology & Human Values*, vol. 41, no. 1. <https://doi.org/10.1177/016224391560555>.

A legalidade dos Sistemas Autónomos de Guerra
à luz do Direito Internacional Humanitário:
No vácuo jurídico?

Joana Catarina Monteiro Oliveira Gomes

Sob orientação da Professora
Doutora Maria Isabel Tavares

Agradecimentos

Aos meus pais, sem os quais nada disto era possível. Por me mostrarem, pelo exemplo, o valor do trabalho e por não medirem esforços para que os meus sonhos pudessem tornar-se realidade.

À minha irmã e ao meu irmão, por serem presença constante na fila da frente da minha vida e os autores dos aplausos mais fortes. O vosso apoio, mesmo que, muitas vezes, à distância, foi crucial para este capítulo da minha vida.

Aos meus avós, Fátima e Carlos. Pelas chamadas constantes, centenas de velinhas acesas e enchentes de mimo nos fins-de-semana de descanso. Sou afortunada por poder contar convosco na minha vida. À minha avó Isabel, pelo orgulho com que me olha e que conta aos sete ventos. Desculpa por todos os lanches de sábado à tarde que tiveram de ser adiados.

À minha orientadora, Professora Doutora Maria Isabel Tavares, pela paciência com que me guiou e por me inspirar a verter o melhor de mim nesta dissertação.

Às minhas seis, presença perene na minha vida e a sorte de poucos. Obrigada por compreenderem as ausências prolongadas e por terem sempre palavras de encorajamento. Quem vos tem, tem tudo.

À Carol, à Rosa, à Bruna, ao Nuno e ao Stéphane, a família que ganhei nos meus verdes anos em Coimbra. Agradeço-vos por todos os meus desabafos que ouviram ao longo destes últimos anos e por serem fonte das minhas maiores gargalhadas. Levo-vos comigo para a vida.

Ao Ricardinho e ao Aurélio, pelo ombro amigo e por me lembrarem constantemente da leveza da vida. À Joana, por toda a amizade e compreensão. À Raquel e à Margarida, parceiras de dissertação, por iluminarem os fins-de-semana intermináveis de escrita.

Ao Dr. Ney, meu mestre, pela alegria que dá aos meus dias e por me mostrar, na primeira pessoa, que o altruísmo só nos engrandece. À Paulinha, fonte de inspiração na minha vida e família longe de casa, obrigada pelas pausas, desabafos e conselhos. À Sílvia, por não me deixar desistir quando este feito parecia impossível e por ter acreditado em mim como ninguém.

A todos, o meu sincero obrigada!

Resumo

O progresso tecnológico alcançado ao longo das últimas décadas tem cativado a atenção dos Estados e dos seus exércitos e o reflexo destes avanços no campo militar tem-se mostrado um fator preponderante para o estabelecimento de dominância entre as grandes potências militares.

Os Sistemas Autónomos de Guerra parecem ser o próximo passo desta revolução tecnológica, e a possibilidade de virem, em breve, a ser utilizados nos teatros de guerra tem forçado a comunidade internacional a levar a cabo uma reinterpretação reflexiva das diversas fontes de Direito Internacional e do seu complexo normativo.

Com o propósito de evitar as lacunas jurídicas que podem surgir da comissão de crimes de guerra por meio destes sistemas, a presente dissertação analisará a legalidade destes sistemas à luz do Direito Internacional Humanitário e averiguará da necessidade e viabilidade de uma regulamentação multilateral autónoma.

Palavras-chave: Sistemas Autónomos de Guerra; Direito Internacional Humanitário; Inteligência Artificial; lacunas jurídicas; controlo humano; regulamentação multilateral.

Abstract

The technological progress achieved in the last decades has drawn the attention of States and their militaries, and the impact of these advances on the military field has shown to be a preponderant factor for the power play between major military powers.

Autonomous Weapons Systems appear to be the next step in this technological revolution, and the possibility of them being used in theatres of war in the near future has forced the international community to take on a reflexive reinterpretation of the various legal sources of International Law and their legal complex.

With the purpose of avoiding the legal gaps that may arise in the commission of war crimes through these systems, this dissertation intends to analyse their legality under International Humanitarian Law and ascertain the need and feasibility of an autonomous multilateral regulation.

Keywords: Autonomous Weapons Systems; International Humanitarian Law; Artificial Intelligence; legal gaps; human control; multilateral regulation.

Lista de siglas e abreviaturas

CCAC	Convenção sobre a Proibição ou Limitação do Uso de Certas Armas Convencionais que Podem Ser Consideradas como Produzindo Efeitos Traumáticos Excessivos ou Ferindo Indiscriminadamente
CICV	Comité Internacional da Cruz Vermelha
DI	Direito Internacional
DIH	Direito Internacional Humanitário
DL	<i>Deep Learning</i>
DoD	Departamento de Defesa Norte-americano
EUA	Estados Unidos da América
GPG	Grupo de Peritos Governamentais
IA	Inteligência Artificial
LRW	Legal Weapons Review
ML	<i>Machine Learning</i>
ONU	Organização das Nações Unidas
Parecer Consultivo	Parecer Consultivo do Tribunal Internacional de Justiça, sobre a Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares
Protocolo Adicional I	Protocolo I Adicional às Convenções De Genebra De 12 De Agosto De 1949 Relativo À Proteção das Vítimas Dos Conflitos Armados Internacionais
Protocolo Adicional II	Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 Relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Não-internacionais
SAG	Sistemas Autónomos de Guerra
TIJ	Tribunal Internacional de Justiça
TPEJ	Tribunal Penal Internacional Para a Ex-Jugoslávia

Índice

Introdução	7
1. Notas introdutórias: a relação entre o Direito Internacional Humanitário e o desenvolvimento de novos tipos de armamento	9
1.1. Da Declaração de São Petersburgo às Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais	11
1.2. A Cláusula Martens – atriz principal ou figurante?	12
2. Enquadramento conceitual: uma abordagem pragmática	14
2.1. Inteligência Artificial: entre <i>Machine Learning</i> e <i>Deep Learning</i>	15
2.2. Sistemas Autônomos de Guerra: uma (in)decisão impeditiva	17
3. A legalidade dos Sistemas Autônomos de Guerra à luz do <i>Ius in Bello</i>	19
3.1. A ilegalidade <i>per se</i>	20
3.2. Ilegalidade no uso	22
3.2.1. Desafios à luz do princípio da distinção	24
3.2.2. Desafios à luz do princípio da proporcionalidade	27
4. A regulamentação multilateral emergente: estado atual do debate	29
4.1. Dificuldades conceituais	31
4.2. A responsabilidade por violação do DIH: breves notas	31
4.3. “ <i>Meaningful Human Control</i> ”	33
4.4. Sobre a idoneidade do quadro atual de DIH para regulamentar os SAG	35
Conclusões	38
Bibliografia	40

Introdução

Tal como se tem verificado um enorme progresso tecnológico na sociedade civil, também os teatros de guerra contemporâneos contam cada vez mais com o apoio da tecnologia para o desempenho de quase todas as tarefas militares. A comunidade internacional tem já alertado que a disputa pela dominância internacional passará, certamente, pelo estabelecimento de liderança na área tecnológica e que os maiores exércitos do mundo estão numa corrida desenfreada pelo desenvolvimento e aquisição de novas armas e tecnologias.

Os Sistemas Autónomos de Guerra (doravante, “SAG”) têm constituído um dos temas de Direito Internacional mais controversos da última década, porquanto se espera que, uma vez desenvolvidos, sejam capazes de identificar alvos e, através de sensores, processadores e inteligência artificial, tomar decisões e iniciar ataques, sem intervenção humana.

O propósito desta dissertação é precisamente antecipar as consequências da utilização de SAG e o seu impacto sobre as pessoas afetadas por conflitos armados. Ao mesmo tempo, também se pretende identificar os pontos de contacto entre sistemas e o Direito Internacional Humanitário, analisando-se as soluções legais, propondo-se ou subscrevendo-se construções jurídicas e, finalmente, averiguando-se da eventual existência de lacunas jurídicas e consequente necessidade de produção legislativa, bem como os termos pelos quais entendemos que se deverá reger. Sem prejuízo, as preocupações atinentes à utilização de SAG não se esgotam no quadro normativo do DIH, convocando também questões de Direito Internacional Criminal e levantando preocupações éticas, mas que não serão aqui exploradas.

Muitas são as vozes que apelam a uma proibição preemptiva dos SAG, principalmente com base no entendimento de que o seu uso sempre falharia em cumprir com as exigências do Direito Internacional Humanitário, embora já se venha assistindo a uma moderação destas posições. No polo oposto estão aqueles que entendem não existir qualquer indício de ilegalidade no uso dos SAG e entendem que o quadro jurídico existente e aplicável é suficientemente capaz de regulamentar este novo tipo de armamento.

Entendemos que, pela sua complexidade técnica, esta temática em particular convoca uma necessidade acentuada de estudo e compreensão, implicando mesmo a travessia para margens do conhecimento com as quais os juristas não estão, naturalmente, muito familiarizados. Contudo, não nos iludimos: sabemos que uma delimitação técnica excessiva dificultaria a identificação dos quesitos fundamentais e estruturais e rapidamente encaminharia a nossa análise legal para o plano do anacrónico. Queremos, por isso, evitar a categorização inflexível e apostar na

permeabilidade do nosso raciocínio a argumentos e construções amplos, procurando, desta forma, alcançar algumas premissas que subsistirão à passagem do tempo e à evolução exponencial destes sistemas.

O nosso tema de estudo permite ainda, pela sua complexidade, ser abordado através de inúmeras perspectivas; a nossa é só uma delas, optando-se por destacar ramificações que não esgotam a imensidão do debate passado e vindouro a este respeito. Por esse motivo, fica-nos o dissabor – quase que intrínseco ao nosso objeto – de não nos ser possível abordar tudo quanto se poderia ou quereria abordar.

Importará, por último, referir que ao longo desta dissertação será citado um elevado número de textos redigidos pelos seus autores em língua inglesa, sendo que todas as traduções são da nossa autoria.

1. Notas introdutórias: a relação entre o Direito Internacional Humanitário e o desenvolvimento de novos tipos de armamento

O Direito Internacional Humanitário – também designado “lei do conflito armado” ou “*ius in bello*” (a “lei da guerra”) – traduz-se num “conjunto de regras que visa limitar as consequências humanitárias dos conflitos armados”¹ através, precisamente, da regulamentação dos meios e métodos de guerra cujo uso é permitido às partes num conflito, tendo por base de referência aqueles que são os critérios mínimos de humanidade e que devem ser respeitados mesmo em situações extremas, como é o caso dos conflitos armados.²

Estes critérios são baseados em normas tão antigas como a própria guerra e estão fortemente vinculados com a consciência ética das várias sociedades, nascendo do compromisso e acordo dos Estados: embora imperfeitos, refletem o consenso a que foi sendo possível chegar em cada momento da História.

Os tratados de Direito Internacional Humanitário estão bem desenvolvidos e cobrem uma grande variedade dos aspetos de guerra, proteção de vítimas de guerra e limitação de meios e métodos de guerra permitidos.

As quatro Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949³ e os seus Protocolos Adicionais de 1977⁴ fornecem um regime extenso de proteção, quer dos civis, quer dos combatentes; os Regulamentos de Haia, de 1899 e 1907, limitam e proíbem determinados meios e métodos de condução das hostilidades e o chamado “Direito de Nova Iorque”, materialização do papel das Nações Unidas nestas matérias, ocupa-se de situações mais específicas (como, *inter alia*, o uso de determinadas armas, como as armas biológicas e químicas, armas incendiárias, minas terrestres, entre outras).⁵

Importa referir que estes instrumentos internacionais, embora sejam amplamente ratificados, podem, por vezes, ver a sua aplicação a determinados conflitos dificultada ou impedida, por dois principais motivos: em primeiro lugar, os tratados aplicam-se apenas aos Estados que os ratificaram, implicando uma análise casuística do DIH aplicável consoante o conflito armado em questão; depois, os tratados em questão não regulamentam uma parte significativa dos conflitos armados atuais em detalhe suficiente. Quanto a este segundo tópico, podemos apontar diversas razões, entre as

¹ Melzer, 2019, p. 17.

² *Ibid.*

³ A I Convenção, para melhorar a situação dos feridos e doentes das Forças Armadas em Campanha, a II Convenção para melhorar a situação dos feridos, doentes e náufragos das forças armadas no mar, a III Convenção relativa ao tratamento dos Prisioneiros de Guerra, e a IV Convenção relativa à proteção de pessoas civis em tempo de guerra.

⁴ O Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais, e o Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados não-internacionais.

⁵ Tavares, 2020, p. 215.

quais está o facto de a maioria dos conflitos em curso, bem como aqueles mais recentes, serem não-internacionais, estando assim abrangidos por um número inferior de tratados.

Se o progresso da codificação alcançado no último século é assinalável e de indiscutível importância, nunca podemos esquecer a dimensão consuetudinária do direito humanitário, qual semente deste ramo normativo internacional. As leis da guerra nasceram da confrontação entre as forças armadas ao longo dos séculos: as condutas adotadas pelos vários exércitos que se foram desenvolvendo em todo o mundo, embora diferentes entre si, mantinham alguns pontos de contacto, como a restrição dos combates entre militares e civis. O conteúdo destas regras estava associado ao conceito de honra do soldado e desvalorizava comportamentos tidos como desnecessariamente cruéis ou desonrosos.⁶

A peculiar relevância desta fonte prende-se com a sua aplicabilidade transversal a todos os Estados, sem necessidade de ratificação ou consentimento, viabilizando assim um conjunto de soluções para a problemática das lacunas de ratificação dos tratados que há pouco abordámos.

Adicionalmente, o direito consuetudinário internacional é uma preciosa fonte de interpretação das normas positivadas.⁷ A propósito das citadas dificuldades à aplicação universal do DIH, o CICV, sob mandato da comunidade internacional, apresentou, em 2005, um estudo compilatório de direito internacional humanitário consuetudinário,⁸ com uma série de objetivos na base dos quais está a vontade de fazer progredir o respeito pelo DIH e a proteção de vítimas de guerra,⁹ estendendo a aplicação de regras centenárias inscritas na história da Humanidade a casos como os conflitos não-internacionais.

Se é certo que os SAG colocam questões nunca antes analisadas à luz do DIH, também é verdade que o surgimento de novas formas de armamento militar – os novos meios de guerra – não é caso único na História e tampouco se pode afirmar que o DIH falhou em antecipar e tratar este tipo de situações.

A averiguação da legalidade de uma nova arma obriga, em todos os casos, à aplicação das regras internacionais vinculativas, quer estas decorram de tratados ou de direito consuetudinário.¹⁰ A dificuldade, no nosso caso, reside principalmente na aplicação desse quadro jurídico a um setor que tem tanto de complexo como de imprevisível.

⁶ Henckaerts, 2005, xxxi.

⁷ Henckaerts, 2009, pp. 225-276.

⁸ Henckaerts, 2005, xxxi.

⁹ *Ibid*, Prefácio de Dr. Abdul G. Koroma.

¹⁰ International Committee of the Red Cross Geneva, 2006, p. 938. https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/irrc_864_icrc_geneva.pdf.

1.1. Quadro jurídico: da Declaração de São Petersburgo às Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais

Ironicamente, a história da codificação da obrigação de proceder a uma análise jurídica de equipamentos militares emergentes começou com a Declaração de São Petersburgo, em 1868. Este instrumento pretendia abordar a “conveniência de proibir o uso de certos projéteis em tempo de guerra entre as nações civilizadas”, “considerando que os progressos da civilização devem ter por efeito atenuar, na medida do possível, as calamidades da guerra”.¹¹ Relativamente ao desenvolvimento futuro de novas armas, declarou-se o seguinte:

As partes contratantes ou aderentes reservam-se a faculdade de chegar a acordo ulteriormente, sempre que uma proposta precisa seja formulada atendado aos aperfeiçoamentos que a ciência possa aportar ao armamento das tropas, com vista a manter os princípios que estabeleceram e a conciliar as necessidades da guerra com as leis da humanidade.

Sem prejuízo das Conferências de Haia que se seguiram, em 1899 e 1907, e das já abordadas Convenções de Genebra, foi preciso esperar mais de um século para, em 1977, assistirmos à génese de um novo preceito relativo à necessidade de conduzir uma análise legal quando existam desenvolvimentos de meios ou métodos de guerra, nomeadamente o Artigo 36 do Protocolo Adicional I, que, sob a epígrafe “Armas novas”, estabelece:

Durante o estudo, preparação, aquisição ou adoção de uma nova arma, de novos meios ou de um novo método de guerra, a Alta Parte Contratante tem a obrigação de determinar se o seu emprego seria proibido, em algumas ou em todas as circunstâncias, pelas disposições do presente Protocolo ou por qualquer outra regra do direito internacional aplicável a essa Alta Parte Contratante.¹²

De facto, o Artigo 35 do mesmo diploma estabelece desde logo que a prerrogativa dos beligerantes determinarem os seus meios e métodos de guerra não é ilimitada, proibindo também “armas, projéteis e materiais, assim como métodos de guerra de natureza a causar danos supérfluos”.¹³ É destes dois preceitos que decorre o mecanismo “*Legal Review of Weapons*”, um conjunto de procedimentos internos no âmbito de cada

¹¹ Declaração com vista a interditar o uso de certos projéteis em tempo de guerra. São Petersburgo, 29 de novembro/11 de dezembro de 1868.

¹² Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais. <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocoloIgenebra.pdf>.

¹³ *Ibid.*

Parte Contratante, com o objetivo de averiguar da (i)legalidade de determinado meio ou método de guerra à luz dos princípios que estabelecem a proibição do uso de armas que causem lesões supérfluas ou sofrimento desnecessário e armas que sejam por natureza indiscriminadas.¹⁴

Estes princípios gerais foram identificados pelo estudo do CICV como direito consuetudinário,¹⁵ tendo sido com base nesse entendimento que assistimos, num passado recente, à proibição ou restrição de determinados meios de guerra através da criação de novos tratados internacionais, entre os quais se dá particular e importante destaque à Convenção sobre a Proibição ou Limitação do Uso de Certas Armas Convencionais Que Podem Ser Consideradas como Produzindo Efeitos Traumáticos Excessivos ou Ferindo Indiscriminadamente (CCAC) e seus Protocolos.¹⁶

Repare-se que o Protocolo IV anexo à CCAC, sobre Armas Laser que causam a cegueira, estatuiu a primeira proibição preemptiva, já que, à data em que foram adotados, não se tinha verificado qualquer situação de utilização dessas mesmas armas sobre as quais versava.¹⁷

1.2. A Cláusula *Martens* – atriz principal ou figurante?

Estabelece o n.º 2 do Artigo 1.º do Protocolo Adicional I, sob a epígrafe “Princípios gerais e âmbitos de aplicação”:

Nos casos não previstos pelo presente Protocolo ou por outros acordos internacionais, as pessoas civis e os combatentes ficarão sob a proteção e autoridade dos princípios do direito internacional, tal como resulta do costume estabelecido, dos princípios humanitários e das exigências da consciência pública.

A Cláusula Martens, acima transcrita e reproduzida também no Preâmbulo do PA II, é um dos expedientes mais curiosos de DIH: embora com uma formulação ligeiramente distinta da atual, foi concebida e incluída pela primeira vez em 1899, no preâmbulo da Convenção de Haia Relativa às Leis e Costumes das Guerras Terrestres (Convenção de Haia II) e, mais tarde, incluída na Convenção de Haia IV, com o objetivo de conservar as normas consuetudinárias em vigor antes da codificação das Convenções

¹⁴ International Committee of the Red Cross Geneva, 2006, p. 933.

¹⁵ *Ibid.* A este propósito, refere o CICV que os Estados-Parte do Protocolo Adicional I têm, à luz do que foi referido, uma obrigação de conduzir uma avaliação jurídica de novas armas durante o seu desenvolvimento e aquisição e previamente à sua utilização num conflito armado; para os Estados não vinculados, as avaliações jurídicas são entendidas como uma medida de senso-comum para assegurar a condução das hostilidades em cumprimento das obrigações internacionais assumidas.

¹⁶ Henckaerts, 2005, pp. 245-246.

¹⁷ Evans, 2013, pp. 718-722. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hoflr41&i=729>.

de Haia¹⁸ e como expediente temporário para um impasse normativo que delas decorreu, até que fosse determinada uma solução definitiva.¹⁹ No entanto, a sua magnitude veio a revelar-se e, desde então, significou, como ainda significa, um marco na história do DIH, mantendo ainda significativa importância.

A cláusula apresenta uma formulação aberta e os conceitos “princípios humanitários” e “exigências da consciência pública” são conceitos indeterminados, que têm, por isso, ensejado uma multiplicidade de interpretações conflitantes.

À incorporação da Cláusula Martens no corpo normativo que constitui o DIH seguiu-se um debate, que ainda hoje se mantém, quanto à sua interpretação. Quanto a isto, podemos distinguir três principais correntes: i) a cláusula serve exclusivamente para auxiliar a interpretação de princípios e normas internacionais; ii) a função da cláusula é refutar argumentos *a contrario*, i.e., refutar a possível interpretação de que tudo o que não é proibido pelos diplomas aplicáveis é permitido às partes; e iii) a cláusula constitui uma orientação generalizada de normas internacionais com origem em tratados ou costume.²⁰

Embora não pretendamos desenvolver o significado destas três perspetivas – por ser um caminho que se presume longo – não podemos deixar de referir aquilo que a prática nos expõe: sendo possível identificar variados exemplos jurisprudenciais que adotam cada uma das três interpretações, é pacífico que a Cláusula Martens tem sido predominantemente utilizada como uma “orientação generalizada na interpretação de determinadas normas internacionais como um meio de compreender melhor o sentido do direito humanitário moderno”.²¹

É precisamente na Cláusula Martens e nos seus conceitos indeterminados que uma fração dos defensores de uma proibição preemptiva dos SAG sustenta a sua posição: segundo esta quarta teoria que interpreta os conceitos “princípios humanitários” e “exigências da consciência pública” como fontes independentes de direito internacional, estas, por si só, seriam fundamento suficiente para determinar uma nova arma como ilegal à luz do Direito Internacional.²²

À luz desta perspetiva – a qual nunca foi adotada pela jurisprudência – presume-se a incapacidade dos SAG para formular juízos éticos e legais e considera-se que a

¹⁸ *Ibid*, pp. 712-713.

¹⁹ Para uma descrição mais detalhada dos acontecimentos que conduziram à génese da Cláusula Martens, cfr. Cassese, 2000, pp. 187-197. <http://www.ejil.org/pdfs/11/1/511.pdf>.

²⁰ Cassese, 2000, pp. 187-197.

²¹ *Ibid*, p. 208.

²² Veja-se, como principal e precursor exemplo, o artigo publicado pela *Human Rights Watch* e pela *Harvard Law School International Human Rights Clinic*, designado “*Losing humanity: The case against killer robots*”, <https://www.hrw.org/report/2012/11/19/losing-humanity/case-against-killer-robots>. Este artigo, publicado a 19 de novembro de 2012, e a Diretiva Número 3000.09, sobre Sistemas Autónomos de Guerra, do Departamento de Defesa Norte-Americano, tornada pública apenas três dias mais tarde e em clara oposição ao primeiro, escalaram o debate sobre a utilização de SAG e o seu enquadramento no DIH.

entrega da decisão de atacar um alvo a um algoritmo, independentemente da sua complexidade, sempre falharia em respeitar as exigências de consciência pública e a dignidade humana.²³

Não podemos deixar de assinalar ainda o Parecer Consultivo do TIJ, sobre a Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares, de 1996, cujo contributo para o debate legal destas matérias é inquestionável. Entende o TIJ que a Cláusula Martens e as regras fundamentais que incorpora “devem ser observadas por todos os Estados, quer tenham ou não ratificado as Convenções que a contêm, já que constituem princípios intransigíveis de direito internacional consuetudinário”. Acrescenta ainda que a cláusula “tem provado ser um meio efetivo de abordar a rápida evolução de tecnologia militar”, na medida em que preserva princípios consuetudinários da humanidade e que constitui ela própria uma regra de direito consuetudinário.²⁴

Concluiu o Tribunal, como concluímos também nós, que a aplicabilidade da Cláusula Martens ao desenvolvimento de novas formas de armamento é incontestável.²⁵ Na verdade, a Cláusula Martens, por si só, nunca foi suficiente para fundamentar a proibição de uma nova arma, tendo antes funcionado, na grande maioria das vezes, como uma orientação generalizada sobre a interpretação de determinadas normas.²⁶ É precisamente esta função que lhe atribuímos e que nos acompanhará ao longo do nosso estudo.

2. Enquadramento conceitual: uma abordagem pragmática

Se é verdade que nos propomos a um estudo de carácter jurídico, não temos dúvidas de que não seremos capazes de averiguar da legalidade dos Sistemas Autónomos de Guerra (doravante, “SAG”) à luz do Direito Internacional Humanitário sem antes passarmos pelas etapas de compreensão e de delimitação do nosso objeto, assimilando e aproveitando conhecimentos de diversas áreas de estudo, como a robótica, a matemática, a engenharia e a ética.

A dimensão roboticista, que tem aqui particular relevância, é um domínio de grande complexidade técnica e de vasta extensão, provocando, por esse motivo e mesmo entre especialistas, significativa discórdia. De facto, desde 2014 que decorrem, na CCAC, várias reuniões (formais e informais) com o propósito de debater o enquadramento e futuro dos SAG – em oito anos, nem o mais elementar foi alcançado, já que não existe sequer consenso quanto à definição legal de Sistema Autónomo de Guerra.²⁷

²³ Evans, 2013, p. 717.

²⁴ Tribunal Internacional de Justiça, 1996, p. 257, par. 78. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>.

²⁵ *Ibid.* par. 40, p. 260.

²⁶ Cassese, 2000, p. 208.

²⁷ Seixas-Nunes, 2021, pp. 425-429.

Também o CICV se dedicou ao enquadramento técnico e conceitual: após organizar, em 2018, um encontro entre peritos independentes em temas como autonomia, inteligência artificial e robótica, com o intuito de reunir melhor conhecimento sobre as dinâmicas entre autonomia e controlo humano, o Comité apresentou, no ano seguinte, um relatório que sumariza os debates aí decorridos e que formula uma série de conclusões técnicas em resultado dessas mesmas discussões, complementadas pela investigação entretanto levada a cabo.²⁸ As construções aí presentes partem – diga-se, de forma bem conseguida – da experiência com sistemas autónomos civis e do contributo dos especialistas técnicos nestas áreas.²⁹

Dito isto, importa agora entender alguns conceitos-chave e delinear o nosso “campo técnico”.

2.1. Inteligência Artificial: entre *Machine Learning* e *Deep Learning*

Segundo o Dicionário de Oxford, a Inteligência Artificial consiste no “estudo e desenvolvimento de sistemas informáticos capazes de imitar inteligência e comportamento humanos”.³⁰ Estes sistemas informáticos, que designamos de “Sistemas Autónomos”, socorrem-se de “uma sequência de instruções para fazer um determinado cálculo ou resolver um determinado problema”³¹ – o chamado “Algoritmo” – para atingirem os fins para que são programados, também eles mesmos contidos nessa sequência.

Embora até aqui ainda não tenhamos alcançado um particular nível de dificuldade, esta começa a manifestar-se à medida que exploramos os diferentes tipos de IA, exteriorizada em diferentes algoritmos e aplicáveis a objetivos de complexidade muito variável: enquanto, para algumas tarefas, um algoritmo previsível e simplificado se mostra o mais adequado, outros contextos mais complexos requerem que o sistema apresente alguma capacidade de adaptação.

Os sistemas de *machine learning* constituem um tipo particular de IA que cria o seu próprio modelo de atuação e de conhecimento com base nos dados que são introduzidos no sistema, usando depois esse conhecimento para fazer previsões, identificar padrões e levar tarefas a cabo.³² No fundo, é um sistema com a capacidade de aprender diretamente através de experiências e exemplos que lhe são facultados sob a

<https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1973&context=bjil>.

²⁸ International Committee of the Red Cross, 2019.

²⁹ *Ibid.* pp. 3-4.

³⁰ Disponível em <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/artificial-intelligence?q=artificial+intelligence>.

³¹ International Committee of the Red Cross, 2019, p. 13.

³² *Ibid.*, p. 14.

forma de dados;³³ o seu programador, ao invés de lhe fornecer um conjunto de regras pré-programadas com vista ao objetivo final, enriquece-o com amostras de dados – “*sample data*” –, informação composta por uma série de diferentes exemplos da tarefa que o sistema deve desempenhar.

Este método, ao permitir que os sistemas desempenhem funções mais complexas, também os torna mais imprevisíveis,³⁴ já que, uma vez que estes se baseiam em informação e dados para, através dos seus processos de funcionamento, definirem como vão desempenhar a tarefa proposta, o seu programador não sabe ao certo o que é que o sistema aprendeu. Veremos mais à frente os desafios práticos que este método acarreta.

Por outro lado, aquilo que os roboticistas designam por “*deep learning*” constitui o mais recente desenvolvimento no campo da Inteligência Artificial e a mais avançada categoria de ML, cujo funcionamento assenta numa arquitetura semelhante à da mente humana, simulando a interação entre redes neurológicas capazes de estabelecer padrões de previsibilidade que se podem desenvolver através de aprendizagem adquirida com o cumprimento das suas missões. São precisamente estas redes neurológicas que estão na base da maioria da tecnologia militar atualmente em desenvolvimento.³⁵

Não é possível comparar os operadores humanos e os sistemas de ML numa perspetiva generalizada e afirmar qual deles tem o melhor desempenho: a experiência mostra-nos que existem áreas e tarefas em que os sistemas de ML têm um desempenho superior ao dos humanos, ao passo que, em determinadas atividades, o desempenho humano continua a ser muito superior e até insubstituível.

É precisamente aqui que começa o papel da IA e que se criam as condições para que o sistema apresente a autonomia que o caracteriza. O nosso desafio passará precisamente por perceber se, no contexto bélico, estes sistemas serão capazes de atuar de forma, pelo menos, equiparada à do ser humano, compreendendo e cumprindo, no mínimo, aqueles que são os postulados do Direito Internacional Humanitário.

2.2. Sistemas Autónomos de Guerra: uma (in)decisão impositiva

Quando falamos de Sistemas Autónomos de Guerra, temos claro que a única dimensão do conceito que se apresenta como novidade para os que se ocupam do DIH é a de “Autonomia”. Esta definição, se individualizada, pode, até mesmo dentro do campo

³³ The Royal Society, 2017, pp. 16-31.

³⁴ Lopez-Sanchez, 2017, p. 11.

Disponível em <https://ttac21.files.wordpress.com/2017/11/richardson-institute-autonomy-in-future-military-and-security-technologies-implications-for-law-peace-and-conflict.pdf>.

³⁵ *Ibid.*

jurídico, conduzir a diversas interpretações, pelo que apenas nos será útil se for clarificada em associação aos restantes fragmentos do conceito.

Também um Sistema de Guerra, por si só, é um conceito amplo o suficiente para incluir “o conjunto de uma arma (como uma bomba ou uma arma de fogo), um mecanismo para disparar a arma (como inteligência humana ou artificial) e – quando relevante – uma plataforma de armas (como um avião, um submarino ou um veículo terrestre)”.³⁶

Quanto ao conceito de Sistema Autónomo de Guerra, não existe ainda uma definição consensual; de facto, este é um dos principais impasses do debate contemporâneo no seio da CCAC. No seio dos Estados, podemos dizer que existem atualmente cinco propostas com particular destaque, nomeadamente aquelas apresentadas por EUA, Países Baixos, Irlanda, República da China e Federação Russa.

Entre as entidades não governamentais, e destacando-se os trabalhos do CICV e da NATO, entendemos ser o CICV aquele que melhor define um SAG, nomeadamente identificando este conceito como qualquer sistema de armamento com autonomia nas suas funções críticas. Ou seja, “um sistema de armamento com a capacidade de seleccionar (i.e., procurar ou detetar algo, identificar, monitorizar, seleccionar) e atacar (i.e., usar força contra, neutralizar, danificar ou destruir) alvos sem intervenção humana”.³⁷ Acrescenta ainda este relatório, em concordância com o que foi suprarreferido, que “os sistemas autónomos de guerra não são uma categoria específica de armas, uma vez que a autonomia em funções críticas pode ser adicionada a qualquer sistema de armamento”.

Repare-se que, referindo-se a “funções críticas”, pretende-se aqui incluir no âmbito dos SAG aqueles sistemas de armamento cuja autonomia apenas se manifesta no processo de selecção e ataque de alvos, podendo não dispor desta para outras tarefas e funções, como por exemplo a navegação.

No âmbito dos Estados, é a posição holandesa que, na nossa ótica, fornece uma definição mais estruturada e passível de divisão em categorias acessíveis, senão veja-se:

Uma arma que, sem intervenção humana, selecciona e ataca alvos que coincidem com critérios previamente determinados, seguindo uma decisão humana de empregar a arma com consciência de que um ataque, uma vez lançado, não pode ser parado por intervenção humana.³⁸

³⁶ Egeland, 2016, pp. 92-93.

Disponível em <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/nordic85&i=97>.

³⁷ Seixas-Nunes, 2022, p. 5.

³⁸ Grupo de Peritos Governamentais da Convenção sobre a Proibição ou Limitação do Uso de Certas Armas Convencionais Que Podem Ser Consideradas como Produzindo Efeitos Traumáticos Excessivos ou Ferindo Indiscriminadamente, 2017, p. 1. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/294/52/PDF/G1729452.pdf?OpenElement>.

Esta definição, embora globalmente coincidente com aquela que nos é fornecida pelo CICV, acrescenta a dimensão da impossibilidade de intervenção humana atempada e útil, i.e., capaz de alterar o curso do ataque. Vemos ainda estas duas definições a serem capazes de ultrapassar problemas existentes nas definições estabelecidas por países como a China, o Reino Unido e a França, as quais se focam em SAG “capazes de compreender níveis elevados de intenção e direção”, colocando a tónica em sistemas com características e capacidades cognitivas que ainda não existem à data de hoje.³⁹

Não obstante reconhecermos o mérito das definições já referidas, entendemos que Afonso Seixas-Nunes oferece uma proposta conceptual capaz de traduzir uma compreensão mais completa do elemento relevante – a autonomia -, entendendo que os SAG são “sistemas de armas projetados e programados para uma missão militar específica e para, com características de adaptabilidade e sem intervenção humana, identificarem, selecionarem e eliminarem alvos militares”.⁴⁰

Quando este autor refere que os sistemas são “programados para uma missão militar específica”, pretende especialmente afastar ideias e rebater argumentos de uma eventual capacidade de autodeterminação dos SAG – de facto, estes serão sempre programados e projetados por agentes humanos,⁴¹ com referência a missões específicas e delimitadas e em consonância com os objetivos previamente traçados pelos seus programadores e responsáveis militares, conforme tem sido enfatizado por vários roboticistas.⁴²

Mas o que significa, na verdade, a ausência de intervenção humana? A abordagem mais comum para determinar o nível de intervenção humana no emprego de uma arma passa pela distinção entre *human in-the-loop*, *on-the-loop* e *out-of-the-loop*,⁴³ com base na conceção de que o processo de tomada de uma decisão assenta nas fases de observação, orientação, decisão e ação (o designado “*OODA Loop*”).⁴⁴

Diz-se que o operador humano está *in-the-loop* quando todas as fases lhe estão confiadas, isto é, o algoritmo do sistema está programado de acordo com regras muito rígidas e o seu operador determina exatamente que alvos vão ser atingidos. A grande diferença entre essa classificação e a de *human-on-the-loop* é o facto de o sistema ter capacidade de identificar, selecionar e atacar alvos uma vez ativado, embora ao seu

³⁹ Para mais sobre estas definições, cfr. Taddeo & Blanchard, 2022. <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s11948-022-00392-3.pdf?pdf=button%2osticky>.

⁴⁰ Seixas-Nunes, 2022, p. 82.

⁴¹ Arkin, 2009, p. 37.

⁴² *Ibid*, p. 14.

⁴³ Esta distinção foi utilizada pela primeira vez no Relatório da Human Rights Watch de 2012 (Human Rights Clinic; Human Rights Watch, 2012. <https://www.hrw.org/report/2012/11/19/losing-humanity/case-against-killer-robots>), um artigo preponderante para o arranque do debate sobre os SAG e o principal defensor da proibição preemptiva destes sistemas.

⁴⁴ Seixas-Nunes, 2022, pp. 81-85.

operador seja permitida a intervenção a fim de cessar o ataque a qualquer momento e no sentido de evitar quaisquer erros. A mais polémica das classificações é, sem qualquer surpresa, aquela em que o operador humano está *out-of-the-loop*, ou seja, quando o SAG, uma vez ativado, consegue selecionar e atacar alvos sem qualquer intervenção humana posterior.⁴⁵

Sem prejuízo de pretendermos dar, ao longo deste estudo, especial enfoque às problemáticas que derivam de situações com ausência total de intervenção humana, e subscrevendo a posição do DoD norte-americano quanto ao conceito de “controlo humano”,⁴⁶ importa manter presente a noção de que, ainda assim, a forma como o sistema irá atuar sem a intervenção do ser humano é feita nos trâmites por ele pré-programados.

3. A legalidade dos Sistemas Autónomos de Guerra à luz do *ius in bello*

Como supramencionado, não existe hoje qualquer tratado que regule especificamente os SAG e a sua utilização num conflito armado,⁴⁷ pelo que importa apurar se o DIH existente à data é capaz de regular de forma suficiente o regime dos SAG, face à sua complexidade, e, em caso afirmativo, qual o tratamento que lhe é dado. Se, pelo contrário, se concluir pela insuficiência deste ramo normativo, deverá a produção normativa seguir um de dois caminhos – a proibição ou a limitação –, sempre em consonância com os princípios basilares de DIH, que devem ser observados a todo o tempo.

Sob pena de correremos o risco de não considerarmos todas as preocupações subjacentes à utilização de SAG em violação do DIH, é importante que avancemos neste capítulo conscientes da dupla dimensão da legalidade de uma nova arma,⁴⁸ na base da qual está a distinção entre “*Weapons Law*”, que aprecia a ilegalidade de uma arma *per se* e “*Law of Targetting*”, à luz da qual se averigua a ilegalidade no seu uso.

⁴⁵ Gabinete do Subsecretário da Defesa para a Política dos EUA, 2012. <https://www.esd.whs.mil/portals/54/documents/dd/issuances/dodd/300009p.pdf>. Esta Diretiva, já abordada na nota de rodapé n. 23, foi atualizada a 25 de janeiro de 2023, tendo o DoD esclarecido que a Diretiva original se mantinha fundamentalmente correta, mas que eram necessárias algumas clarificações.

⁴⁶ Conforme estabelecido em documento preparado pelo CRS (Congressional Research Service) em 2019, intitulado “Defense Primer: U.S. Policy on Lethal Autonomous Weapon Systems”, o “controlo humano sobre o uso da força” não obriga a um controlo humano manual da do sistema de guerra, como é muitas vezes reportado, mas antes um envolvimento humano mais abrangente em decisões sobre “como, onde e porquê o sistema vai ser usado, com cuidado apropriado e de acordo com o direito dos conflitos armados, tratados aplicáveis, regras de segurança dos sistemas de guerra e regras aplicáveis de ataque”. <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF11150>.

⁴⁷ Thomas, 2015, p. 246.

⁴⁸ O TIJ refere isso mesmo no seu Parecer Consultivo, ao explicar que a avaliação da legalidade de uma determinada arma é prévia e independente de considerações sobre o uso da força (*Ius ad Bellum*) e independente da forma como essa determinada arma é utilizada na condução das hostilidades (*Ius in bello*).

Enquanto a ilegalidade *per se* se afere mediante as normas estudadas no capítulo anterior, i.e., normas que determinam, *a priori*, a legalidade dos meios e métodos de guerra (Artigo 35 PA I) e outras que garantem que a investigação, desenvolvimento e adoção destes mesmos métodos decorrem em cumprimento do Direito Internacional (Artigo 36 PA I), a ilegalidade no uso já é aferida *a posteriori*, com base nas normas fundamentais que regulamentam o uso de tais meios e métodos em qualquer ataque, principalmente a Precaução (Artigo 57 PA I), a Distinção (Artigos 48 e 51(4) PA I) e a Proporcionalidade (Artigos 51(5) e (57(2)(b)(iii) PA I).⁴⁹

É precisamente à luz destes dois mecanismos que avaliaremos a compatibilidade dos SAG com os critérios de DIH que têm tradicionalmente vindo a ser utilizados em relação a outras novidades de armamento, embora com as necessárias adaptações a que a complexidade destes sistemas obriga.

3.1. A ilegalidade *per se*

Recupere-se o que foi dito *supra* a respeito dos Artigos 35 e 36 do PA I. Entendeu o TIJ, no seu Parecer Consultivo de 1996, que as regras fundamentais de DIH constituem “princípios intransponíveis de direito internacional consuetudinário”,⁵⁰ acrescentando ainda que todos os Estados estão vinculados pelos mesmos, já que, quando foram incluídos no Protocolo I, eram já princípios de direito consuetudinário.⁵¹ Não esclarece, no entanto, o TIJ quais os princípios que são intransponíveis. Algumas das declarações individuais deste Parecer vão mais longe: o Juiz *Bedjaoui*, na sua declaração, afirma que “em qualquer caso, os dois princípios, um deles que proíbe o uso de armas com efeitos indiscriminados e o outro que proíbe o uso de armas que causem sofrimento desnecessário, formam parte do *jus cogens*”.⁵²

Este mesmo entendimento confirma a Comissão de Direito Internacional, que desenvolve atualmente a codificação das normas de *jus cogens*. Em 2019, aprovou um projeto de conclusões que inclui, nos seus anexos, uma lista não-taxativa de normas perentórias de direito internacional geral, entre as quais estão as “regras básicas de direito internacional humanitário”.⁵³ Esta inclusão manteve-se no relatório de 2022, com anuência do Relator Especial, *Dire Tladi*.⁵⁴

Muitos são os autores que têm, ao longo da última década, vindo a defender uma proibição total dos SAG, fundamentando-se numa avaliação negativa que fazem sobre a

⁴⁹ Seixas-Nunes, 2022, pp. 140-148.

⁵⁰ Tribunal Internacional de Justiça, 1996, p. 257, par. 79.

⁵¹ *Ibid.* pp. 259-260, par. 83 e 84.

⁵² Tribunal Internacional de Justiça, 1996, p. 273, par. 21. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-01-EN.pdf>.

⁵³ Comissão de Direito Internacional, 2022a, pp. 85-89. <https://legal.un.org/ilc/reports/2022/>.

⁵⁴ Comissão de Direito Internacional, 2022b, pp. 66-69. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/284/83/PDF/N2128483.pdf?OpenElement>.

capacidade destes para cumprir os postulados do Direito Internacional.⁵⁵ É precisamente a desconsideração desta separação categórica que se faz notar em tais posições, assim se refletindo na redução de todos os tipos de SAG à mesma categoria: a ilegalidade. Parte desta doutrina apoia-se igualmente na imprevisibilidade que atualmente caracteriza estes sistemas para defender que estes são indiscriminados *per se* e devem, por esse motivo, ser proibidos.

Na verdade, a novidade introduzida pelos SAG não está propriamente relacionada com uma arma, mas sim com o sistema que a incorpora, mostrando-se também difícil compreender de que forma poderiam estes causar “sofrimento desnecessário” ou “lesões supérfluas”, sob o pressuposto de que seriam apenas por si mesmas armas previamente consideradas compatíveis com o DIH.⁵⁶ Mais ainda, e embora aceitemos que os SAG possam vir a ser sistemas imprevisíveis, também consideramos, à semelhança de Afonso Seixas-Nunes, que “de uma forma ou de outra, qualquer sistema de armamento, manual, automático ou autónomo, é imprevisível” e que isso não implica automaticamente a prática de crimes de guerra.⁵⁷

Embora não tenhamos intenção de desvalorizar a importância deste regime normativo, não podemos deixar de notar o seu alcance limitado, porquanto a grande maioria de armas e sistemas de armamento dificilmente conflituam com os indicadores de ilegalidade.

Ainda assim, salientamos a importância desta “triagem”. Veja-se, *exempli gratia*, as armas químicas, determinadas ilegais *per se* ao abrigo desta construção e proibidas tanto na sua utilização como no seu desenvolvimento, produção, armazenamento ou transferência pela Convenção Para a Proibição de Armas Químicas. A sua utilização na Síria, em 2013, desencadeou conturbação à escala internacional, demonstrando que a utilização de armas incapazes de cumprir com os princípios basilares de DIH pode, entre outros, desencadear consequências sociopolíticas com potencial implicação na dinâmica internacional.

Dito isto, e embora pudéssemos analisar esta dimensão em maior detalhe, não encontramos bases que nos levem a entender os SAG como claramente ilegais *per se*. Na verdade, os desenvolvimentos que os SAG podem vir a representar são tal forma significativos para o DIH que não nos podemos recusar a assumir uma posição provisória (a qual conservaremos ao longo desta dissertação) segundo a qual, pelo menos algumas das utilizações de uma determinada categoria de armamento classificado como SAG são compatíveis com as normas de DIH e seus princípios. O intuito passará, assim, a ser a

⁵⁵ Grut, 2013, pp. 11-13.

⁵⁶ Seixas-Nunes, 2022, p. 154.

⁵⁷ Seixas-Nunes, 2022, pp. 151-154.

identificação de um possível limiar que determina a passagem desta condição para a ilegalidade.

3.2. A ilegalidade no uso

Ocupar-nos-emos, neste ponto, da designada “Weapons Law”. Para tanto, analisaremos os desafios jurídicos suscitados pelos SAG à luz dos dois princípios cardeais de DIH, codificados no Protocolo Adicional I, nomeadamente o princípio da distinção e o princípio da proporcionalidade. Sem prejuízo, é de enorme relevância continuar a perceber todos os restantes princípios aqui não destacados (como os princípios da precaução e da necessidade militar) como parte indispensável de um conjunto simbiótico de regras que regem a condução das hostilidades e que nunca poderão, por esse e outros motivos, ser isoladamente considerados.⁵⁸

Embora pretendamos, com esta análise, destacar as dificuldades convocadas pela introdução de SAG nos contextos bélicos e explorar diversas soluções para as mesmas em nome das preocupações que subjazem ao DIH, a verdade é que não nos caberá, enquanto juristas, pronunciarmo-nos acerca das aptidões técnicas que podem vir a ser alcançadas por estes sistemas. O nosso papel passa, verdadeiramente, por evidenciar os pontos de potencial atrito entre prática e direito, enquanto se sinaliza obrigações e se contribui com construções que facilitem a convergência entre um e outro.

Antes de avançarmos com as preocupações subjacentes à observância dos princípios da distinção e da proporcionalidade, importa evidenciar as problemáticas transversais a todo o corpo de DIH.

Retomamos aqui o que foi *supra* exposto quanto à previsibilidade dos SAG: embora não entendamos que a imprevisibilidade, por si só, implique a prática de crimes de guerra, não negamos que esta característica possa ser mais determinante no caso destes sistemas, especialmente porque está fortemente relacionada com a interação do sistema com o ambiente em que está inserido.⁵⁹

A este propósito, importa esclarecer que, quando nos referimos à “fiabilidade” de um sistema falamos da frequência com que o sistema falha, enquanto que a “previsibilidade” está relacionada com a existência de “conhecimento sobre como o sistema irá funcionar em qualquer circunstância do seu uso, incluindo os efeitos que daí resultarão”.⁶⁰ Atualmente, atribui-se ainda um nível elevado de imprevisibilidade aos SAG, tanto ao nível dos seus processos como dos seus resultados.⁶¹

⁵⁸ Tribunal Internacional de Justiça, 1996, p. 247, par. 52.

⁵⁹ International Committee of the Red Cross, 2019, p. 2.

⁶⁰ *Ibid*, p. 10.

⁶¹ Ma, 2020, p. 1468.

A imprevisibilidade do resultado decorre principalmente da suscetibilidade do sistema a fatores do seu ambiente capaz de o ativar ou perturbar. Estando o algoritmo aberto à recolha de dados após a sua programação, o resultado vai decorrer necessariamente do tipo e conteúdo dos dados que o sistema processa.⁶² Note-se aqui que esta característica, que neste polo é analisada como uma problemática, é a mesma que dota o sistema de uma notável capacidade de adaptação e que o pode vir a tornar, por isso, útil num teatro de operações.

Quanto à imprevisibilidade do processo, i.e., a transparência do sistema, importa convocar o conceito “*deep learning*” supra abordado. Os sistemas que incorporam este tipo de ML funcionam sem estrutura estanque e através de uma rede neuronal profunda, sendo por isso classificados como “Sistemas de Caixa Negra”: uma vez que o processo de decisão não segue um percurso linear, não é possível determinar como e porquê foi produzido um determinado resultado.⁶³ Note-se que, à data, decorre já um esforço no sentido de desenvolver um algoritmo capaz de explicar o resultado produzido por um sistema de ML, o que demonstra a constante capacidade da engenharia e da robótica para, pouco a pouco, ultrapassarem as dificuldades que vão sendo identificadas.⁶⁴

Importa ainda endereçar uma problemática que entendemos estar entre as mais preocupantes: os sistemas de ML acarretam sérios riscos ao nível do reforço de preconceitos e da intensificação de desigualdades, qual pesadelo para a Distinção e para a Proporcionalidade.⁶⁵ Os engenheiros treinam estes sistemas alimentando-os com dados que foram previamente selecionados por elementos humanos, sendo precisamente no processo de seleção de dados que os comportamentos tendenciais se refletem num primeiro momento: os programadores ou construtores destes modelos, como seres humanos, têm uma tendência inconsciente para processar dados de uma forma que reafirma crenças e hipóteses previamente existentes (“*selection bias*”), implicando que os conjuntos de dados utilizados para treinar o sistema tenham sido escolhidos de uma forma que reflete os enviesamentos prévios do seu “treinador”.⁶⁶

Não se pense, no entanto, que estas dificuldades só se manifestarão no futuro, com o destacamento de sistemas completamente autónomos. Alguns modelos de ML atualmente em uso produzem as suas próprias sugestões ou decisões, carecendo, porém, da confirmação das mesmas por um humano para a sua concretização (“*decision support systems*”). É aqui, no âmbito destas dinâmicas “*human-out-of-the-loop*”,⁶⁷ que surge o

⁶² Seixas-Nunes, 2022, pp. 23-24.

⁶³ Lopez-Sanchez, 2017, p. 11.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Milanina, 2020, pp. 199-116.

Disponível em <https://international-review.icrc.org/articles/biases-machine-learning-big-data-analytics-ihl-implications-913>.

⁶⁶ Katyal, 2019, p. 79.

⁶⁷ Cfr. Cap. 2.

designado “*automation bias*”, segundo o qual existe uma tendência humana para favorecer resultados gerados por sistemas computadorizados ou automatizados em detrimento daqueles gerados por sistemas não automatizados. Entende-se, assim, que o operador do sistema terá uma confiança excessiva no sistema e na sua sofisticação, acabando por se abster, em alguns casos, de intervir no processo, ainda que desconfie que exista algum erro.⁶⁸

As regras de DIH cristalizam um equilíbrio prudente entre preocupações humanitárias e exigências militares dos Estados e Partes não estaduais de um conflito armado⁶⁹ e é precisamente esse equilíbrio que se espera que os SAG sejam capazes de manter. Para tanto, é necessário que estes princípios jurídicos e outras regras de DIH sejam convertidos em formato digital – qualquer que seja o seu formato – passível de leitura pelo sistema. Daqui decorrem duas importantes questões que nos propomos, de seguida, a analisar: i) será possível codificar digitalmente os princípios da distinção e da proporcionalidade; e ii) serão os SAG capazes de levar a cabo análises com componentes qualitativas?

3.2.1. Desafios à luz do princípio da distinção

A Distinção, caracterizada como “um dos principais conceitos bélicos que um combatente deve observar”⁷⁰ e o reflexo de uma das principais finalidades do DIH, apresenta uma estrutura bipartida: o Artigo 51 do PAI consagra uma Proteção Geral da População Civil, ao passo que o Artigo 52 do PAI se reserva à Proteção Geral dos Objetos Cívicos. Dita esta regra que recaia sobre partes beligerantes, a todo o tempo, uma obrigação de distinguir entre pessoas e bens militares e pessoas e bens civis, constatando-se a sua codificação em múltiplos preceitos de diferentes instrumentos internacionais (Artigos 48, 51(2) e 52(1) do Protocolo Adicional I).⁷¹

O facto de determinados Estados, como os EUA, a Índia e Israel, que se espera virem a produzir e possuir SAG,⁷² não serem Parte no PAI, não impede a sua vinculação ao princípio da distinção. Para além da sua extensa difusão em diplomas normativos, este princípio é também de carácter consuetudinário.⁷³ Por esse motivo, não só vincula

⁶⁸ Wagner, 2012, pp. 215-216.

⁶⁹ International Committee of the Red Cross, 2022, p. 2. <https://www.icrc.org/en/document/what-international-humanitarian-law>.

⁷⁰ Solis, 2010, p. 251.

⁷¹ Sem prejuízo, já a Declaração de São Petersburgo reconhecia esta ideia, estabelecendo a presunção de que todo o indivíduo que não é combatente é considerado civil, salvo nas diversas situações de participação nas hostilidades. Também o Protocolo Adicional II, a Convenção sobre a Proibição ou Limitação do Uso de Certas Armas (e os seus Protocolos Adicionais II e III), a Convenção de Ottawa e o Estatuto do TPI consagram a proibição de ataques contra civis. Adicionalmente, o Protocolo Adicional I consagra, no seu Artigo 51(4), uma proibição de certos métodos de combate, nomeadamente aqueles que são “próprios para atingir indistintamente objetivos militares e pessoas civis ou bens de carácter civil”.

⁷² Wagner, 2014, p. 1385.

⁷³ Egeland, 2016, p. 95.

todos os Estados – ainda que não tenham ratificado os diplomas supramencionados – como estende a sua aplicabilidade a conflitos armados internacionais e não-internacionais. É identicamente esta classificação que vemos acolhida no estudo do Comité Internacional da Cruz Vermelha, ao estabelecer esta prática como a regra número um da sua compilação de direito consuetudinário.

Se é verdade que este princípio tem visto a sua aplicação dificultada por fatores como a natureza dos conflitos armados contemporâneos (que se tornaram predominantemente conflitos não internacionais) e as armas de destruição maciça,⁷⁴ também o é a afirmação de que os SAG são o mais recente desafio a este princípio que norteia a condução das hostilidades, sendo até classificados por alguns autores como “a terceira revolução de guerra, depois da pólvora e das armas nucleares”.⁷⁵

A regra da distinção foi pensada e inicialmente formulada com referência aos conflitos armados e aos meios de guerra convencionais e existentes à data da sua positivação, altura em que era fácil distinguir entre civis e combatentes e, na maior parte das vezes, os conflitos ocorriam fora de centros urbanos e civis, bem como os combatentes usavam sinais e equipamento distintivo e transportavam as suas armas à vista.⁷⁶ O contexto atual é marcadamente distinto, identificando-se modificações subjacentes a uma ideia geral de envolvimento progressivo de civis na condução dos conflitos, o que, a par de outras circunstâncias, torna cada mais intrincada aquela que já era uma das tarefas mais complexas na condução das hostilidades, mesmo para os agentes humanos.⁷⁷

A verdade é que as normas de DIH não fornecem uma definição exata de civil. Esta classificação feita através de uma delimitação negativa, ao abrigo do Artigo 50 do PA I, que consagra determinados requisitos cuja verificação cumulativa implica a classificação de um civil como participante direto nas hostilidades.⁷⁸ Sendo estes requisitos de complexa aplicação, a tarefa da sua conversão para um sistema de codificação – o qual, por sua vez, iria dotar os SAG de comandos e instruções para a seleção de alvos legítimos – mostra-se, no mínimo, delicada.

Proteger os agentes civis e tomar decisões nesse sentido é uma tarefa de grande dificuldade e que obriga à convocação de ponderações de causalidade, intenção e conduta altamente contextualizadas, i.e., no âmbito de um concreto e determinado ataque,⁷⁹ sendo que, não raras as vezes, também os humanos falham nas suas decisões.

⁷⁴ Vale Pereira, 2009, p. 423.

⁷⁵ Guiora, 2017, p. 394.

⁷⁶ Harrison Dinniss, 2012, p. 148.

⁷⁷ Chengeta, 2016, p. 84.

⁷⁸ Para mais sobre a classificação da participação direta nas hostilidades, cfr. Tavares, 2020, p. 252; Melzer, 2009, pp. 993-994.

⁷⁹ International Committee of the Red Cross, 2021, p. 9. <https://www.icrc.org/en/document/icrc-position-autonomous-weapon-systems>.

Imagine-se uma situação em que, depois de programado e ativado o SAG para um ataque, um ou vários dos alvos militares apresentam a sua rendição ou até, por motivos de doença ou ferimentos, assumem a condição *hors de combat*. Imagine-se, ainda pior, a circunstância em que um civil transporta uma arma e não está, ou não estava naquele momento, a tomar parte nas hostilidades. A posse de armas, *exempli gratia*, não significa, por si só, a participação direta na condução das hostilidades.

Também os casos em que os alvos são de duplo uso, i.e., são de natureza civil, mas também servem um ou vários propósitos militares – como são exemplos as redes de energia, as linhas de comunicações ou as pontes e estradas – expõem outra fragilidade. A aplicação da regra da distinção é, nestes casos, sinuosa e por vezes até pouco consensual,⁸⁰ sendo certo que, em caso de dúvida, deve presumir-se o alvo como civil.⁸¹

Os SAG, para serem capazes de gerir todos estes cenários tão sensíveis deverão apresentar “não só capacidade de deteção como também de extrair sentido de situações, aferindo com precisão o estado mental dos indivíduos ou grupos observados de forma a proceder a uma decisão de ataque”.⁸²

Entende-se atualmente que, para que os SAG possam determinar corretamente se um alvo específico é civil ou militar, isso terá de ser determinado na sua fase de programação, de forma abstrata e *a priori*. Ora, como vimos, a classificação de um alvo como civil ou militar “não é necessariamente estática, mas antes dinâmica”,⁸³ implicando uma reavaliação constante dos pressupostos necessários à legitimidade do ataque até ao momento do mesmo.⁸⁴ De facto, permanecem muitas dúvidas quanto à capacidade futura destes sistemas para adequarem atempadamente a sua atuação, identificando a alteração das circunstâncias, adaptando-se a estas e, conseqüentemente, abstenendo-se de levar a cabo o ataque.

Estas particularidades (e outras tantas) dificultam o papel dos especialistas técnicos. Entre roboticistas, é pacífica a posição segundo a qual os sistemas existentes à data não são ainda capazes de realizar a maior parte das tarefas a que são adstritos fora de ambientes controlados e atípicos.⁸⁵ Mais do que isso, estes sistemas são ainda permeáveis a determinados métodos de sabotagem, destinados a induzir o sistema em erro.⁸⁶

⁸⁰ Sassòli, 2003, pp. 7-8. https://hhi.harvard.edu/sites/hwpi.harvard.edu/files/humanitarianinitiative/files/session1_legitimate_targets_ihl.pdf?m=1615827575.

⁸¹ Esta ideia de que todos aqueles que não são combatentes são civis identifica-se, pela primeira vez, ainda no Preâmbulo da Declaração, com vista a interditar o uso de certos projéteis em tempo de guerra. São Petersburgo, 29 de novembro/11 de dezembro de 1868.

⁸² Seixas-Nunes, 2022, pp. 175-176.

⁸³ Wagner, 2012, p. 112.

⁸⁴ Wagner, 2014, p. 1390.

⁸⁵ Sharkey, 2014, p. 29.

⁸⁶ Scharre, 2018, pp. 254-255.

Alguns dos mecanismos sugeridos para ultrapassar estas limitações passam por limitar a utilização de SAG a contextos em que a força beligerante contrária seja facilmente identificável,⁸⁷ programá-los de forma a “abortarem a missão” quando exista alguma incerteza⁸⁸ ou até circunscrever o número de potenciais alvos a uma lista taxativa de alvos legítimos.⁸⁹

Embora estas nos pareçam hipóteses teoricamente adequadas, seria irrealista não só desconsiderar o número limitadíssimo de contextos a que os SAG poderiam, num futuro próximo, vir a ser adstritos, uma vez cumpridos os parâmetros supramencionados, como também confiar em todos os atores bélicos para cumprirem com essas limitações operacionais. Além disso, entendemos que o caminho para a regulamentação não deve passar pela circunscrição dos contextos em que podem ser utilizados, mas antes pelo acordo sobre os parâmetros que devem nortear o desenvolvimento, produção e utilização destes sistemas.

Dito isto, fica difícil prever se, no futuro, os SAG continuarão a enfermar destas limitações ou se, pelo contrário, terão capacidade para ultrapassar as limitações humanas que fomos referindo, quiçá resultando numa maior taxa de sucesso de distinção entre civis e combatentes. Esta dúvida, parece-nos, só a passagem do tempo e a evolução tecnológica que certamente o acompanhará poderão esclarecer.

3.2.2. Desafios à luz do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, um dos mais relevantes no âmbito do DIH, incorpora a ponderação contínua entre, por um lado, a vantagem militar esperada e, por outro, os danos colaterais expectáveis (perda accidental de vidas civis, ferimentos civis e/ou danos em objetos civis), proibindo um ataque quando estes se mostrem excessivos em relação à vantagem militar direta e concreta antecipada.⁹⁰

Este princípio, que está refletido nos Artigos 51(5), 52(2) e 57(2) do PAI, é também considerado uma norma de direito internacional consuetudinário.⁹¹

Esta regra parece convocar uma comparação entre dois valores imensuráveis (“perdas civis” e “vantagem militar”),⁹² implicando, para muitos, alguma dificuldade em compreender uma comparação entre aquilo que é, até certo ponto, incomparável.⁹³

⁸⁷ Thurner, 2012, pp. 77-83. https://ndupress.ndu.edu/Portals/68/Documents/jfq/jfq-67/JFQ-67_77-84_Thurnher.pdf.

⁸⁸ Wagner, 2014, p. 1391.

⁸⁹ Anderson & Waxman, 2012, pp. 39-40.

⁹⁰ Tavares, 2020, p. 254.

⁹¹ Tribunal Internacional de Justiça, 1996, p. 245, par. 41; também o Comité Internacional da Cruz Vermelha confirma esta posição, em Henckaerts, 2009, ao consagrar a proporcionalidade como uma das regras consuetudinárias.

⁹² Haque, 2017, p. 192, *apud* Seixas-Nunes, 2022, p. 181.

⁹³ Veja-se, por exemplo, Anderson, 2007. <http://kennethandersonlawofwar.blogspot.nl/2007/07/ethics-of-robot-soldiers.html>.

Ainda que não se possa negar que esta distância antropológica culmina numa difícil e sinuosa aplicação prática do princípio, entendemos, à semelhança de Maria Isabel Tavares, que “a aplicação do princípio da proporcionalidade resulta, assim, numa acomodação realista e complexa entre as necessidades de humanidade e as inevitabilidades práticas da condução das hostilidades”.⁹⁴

À luz do exposto, torna-se imprescindível aferir o significado de “vantagem militar direta e concreta”⁹⁵: enquanto que “concreta” significa que tem de haver um efeito real, tangível ou mensurável, “direta” implica a existência de umnexo de causalidade entre o ataque e a vantagem militar esperada.⁹⁶

Por outro lado, a densificação do significado de danos colaterais “excessivos” obedece a regras mais discricionárias, como refere o TPEJ: se se antecipar que as baixas serão excessivas, “o ataque não deve prosseguir”, acrescentando:

Para determinar que um ataque foi proporcional é necessário examinar se uma pessoa razoavelmente bem informada nas circunstâncias do perpetrador de facto, fazendo um uso razoável da informação disponível para si, poderia ter esperado que do ataque resultassem baixas civis excessivas.⁹⁷

Do exposto resulta que a aplicação concreta do princípio da proporcionalidade tem um carácter fortemente casuístico (principalmente se comparado com a Distinção), já que, na medida em que depende das circunstâncias conhecidas no momento em que o ataque é lançado, não pode ser definido em abstrato.⁹⁸ De facto, o juízo de proporcionalidade só pode ser efetuado com relação a um ataque específico, numa ocasião e em tempo particular, usando armas particulares e no âmbito de um determinado método de ataque.

Embora já se tenha reconhecido a relevância desta característica no âmbito do princípio da distinção, é precisamente na esfera do princípio da proporcionalidade que lhe atribuímos maior destaque: os SAG, com as características que conhecemos hoje, têm de ser previamente programados para a missão a que estão adstritos, ficando de fora toda a informação relevante que chega ao conhecimento dos seus operadores entre o momento da programação e o do lançamento do ataque. Se ocorrerem novos desenvolvimentos e alteração das circunstâncias no teatro de operações, os SAG terão de ser capazes de readaptar-se rapidamente e de alterar o seu curso de ataque, se necessário, em conformidade com essas mesmas alterações.⁹⁹

⁹⁴ Tavares, 2020, p. 256.

⁹⁵ Artigo 51(5)(b) PA I.

⁹⁶ International Law Association Study Group on the conduct of Hostilities in the 21st Century, 2017, p. 31.

⁹⁷ Prosecutor v. Stanislav Galić, 2003, par. 58.

⁹⁸ Tavares, 2000, p. 258.

⁹⁹ Seixas-Nunes, 2022, p. 186.

A tomada de uma decisão final fica a cargo do comandante, a qual não só está, na maioria das vezes, vivamente relacionada com a sua experiência e o seu sentido de razão, como também apenas se torna definitiva num curto período que antecede o ataque. Mais uma vez, caberá aos engenheiros e roboticistas avaliar se é viável dotar os SAG destas valências e conduzir o desenvolvimento das tecnologias nesse sentido.¹⁰⁰

O princípio da proporcionalidade tem natureza predominantemente qualitativa, ao invés de quantitativa. Não obstante existirem fórmulas matemáticas que contribuem fortemente para um correto juízo de proporcionalidade (por exemplo, a “*Collateral Damage Estimate Methodology*”)¹⁰¹ – é quase pacífico o entendimento de que é virtualmente impossível atribuir, em abstrato, valores numéricos à “vantagem militar esperada” e aos “danos colaterais expectáveis”.

Perante o exposto, entendemos que um sistema verdadeiramente autónomo terá de ser capaz de incorporar regras que o dotem da capacidade de produzir uma decisão, ainda que o cenário diante si seja complexo e sem precedentes. O facto de não haver uma fórmula clara para estas decisões e a constante modificação das circunstâncias que relevam para as mesmas tornam a perspectiva de os SAG levarem a cabo um juízo atinente com as regras da proporcionalidade uma realidade distante.

4. A regulamentação multilateral emergente: estado atual do debate

A militarização da IA e da robótica e a sua projeção nos SAG existentes ou futuros tem sido um dos principais pontos de interesse da comunidade internacional, que identificou características nestes sistemas que suscitam diversas preocupações legais e éticas. Além disso, a corrida às armas a que se tem assistido no campo da IA colocou a descoberto as vantagens que resultariam para os atores estaduais e a preponderância destas tecnologias no estabelecimento de dominância na dinâmica internacional, forçando a aceleração do debate.¹⁰²

Foi em 2007 que Noel Sharkey, na sequência da utilização de robôs no Iraque, chamou pela primeira vez à atenção para a possibilidade de introdução de SAG em contextos de conflitos armados.¹⁰³

Rapidamente se assistiu ao crescimento de uma corrente de oposição aos SAG, com destaque para a *Campaign to Stop Killer Robots* (doravante, “CSKR”), uma coligação de ONGs coordenada pela *Human Rights Watch*, cuja principal bandeira era a proibição

¹⁰⁰ *Ibid*, pp. 188-190.

¹⁰¹ Para mais sobre a CDEM, cfr. Seixas-Nunes, 2022, pp. 186-188.

¹⁰² Amoroso & Tamburrini, 2021, pp. 30-31. https://www.academia.edu/45084458/In_search_of_the_human_element_regulating_Autonomous_Weapons_Systems.

¹⁰³ Seixas-Nunes, 2022, p. 45.

preemptiva destes sistemas. Também o Secretário-Geral da ONU, António Guterres, se pronunciou em 2018 a favor de uma proibição preemptiva, afirmando que os SAG, que entende como “máquinas autónomas com o poder e a capacidade de terminar com vidas humanas por si só e sem controlo humano”, são “politicamente inaceitáveis e moralmente repugnantes”.¹⁰⁴

Em resposta à consternação internacional, a ONU estabeleceu o já referido Grupo de Peritos Governamentais em “tecnologias emergentes na área de sistemas autónomos de guerra letais”, o qual tem reunido frequentemente desde 2017 em Genebra, no quadro da CCAC, depois de ter sido internacionalmente acordado que este seria o fórum mais adequado para a discussão.¹⁰⁵

Foi já em 2019 que se deu a primeira reunião formal do GPG. No seu relatório final, que explora principalmente o quadro normativo e operacional dos SAG, os Estados Partes incluíram, no anexo III, um conjunto de onze princípios orientadores a ser levados em conta daí em diante,¹⁰⁶ entre os quais se destacam constatações como a inquestionável aplicação do DIH aos SAG, a impossibilidade de transferência de responsabilidade para a máquina e consequente responsabilidade humana pelas decisões sobre o uso destes sistemas à luz do direito internacional aplicável e a determinação do equilíbrio entre a necessidade militar e considerações humanitárias como o principal objetivo.¹⁰⁷

Embora estes princípios orientadores tenham carácter de “*soft law*”, o acordo quanto ao seu conteúdo constituiu já um avanço significável e deixou perceber a disponibilidade das Partes para atingir um resultado consensual e em respeito do Direito Internacional, quiçá sob a forma de um Protocolo VI.

4.1. Dificuldades conceptuais

Revisite-se aqui o que foi supramencionado quanto ao conceito de SAG. Embora não exista ainda consenso quanto à definição oficial, é possível identificar já alguns pontos de contacto, que vão até além dos princípios orientadores adotados. A verdade é que entendemos que socorrer-nos dos pontos de (quase) acordo como casa de partida para o debate, ao invés daqueles em que a divergência se manifesta, nos permitirá levar a cabo uma análise mais produtiva.

A proposta conceitual fornecida pelos EUA, e subscrita por grande parte dos Estados,¹⁰⁸ introduz uma dimensão funcional ao conceito de SAG, ao considerar que um

¹⁰⁴ Bugge, 2018. <https://www.reuters.com/article/us-portugal-websummit-un-idUSKCN1NA2HG>.

¹⁰⁵ Seixas-Nunes, 2022, p. 47.

¹⁰⁶ ONU, 2019. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/343/64/PDF/G1934364.pdf?OpenElement>.

¹⁰⁷ *Ibid*, Anexo III, p. 10.

¹⁰⁸ Amoroso & Tamburrini, 2021, p. 22.

sistema, para ser classificado como autónomo, deve ser capaz de “selecionar e atacar alvos sem intervenção ulterior por um operador humano”.¹⁰⁹ Tanto o CICV, guardião do DIH, como a CSKR aderiram a esta proposta,¹¹⁰ o que parece indiciar um bom ponto de partida para a regulamentação.

Ao mesmo tempo, um defeito de relevo tem sido apontado a esta definição: não permite a distinção entre os diversos tipos de autonomia e, conseqüentemente, os vários tipos de SAG, o que implica a chegada a soluções aplicáveis a um grande número de sistemas muito distintos entre si.¹¹¹

Entendemos que esta crítica, para além de se mostrar assertiva, ilumina a possibilidade de um novo paradigma extensível a toda a regulamentação, isto é, um tratamento diferenciado e consistente em diferentes soluções para diferentes categorias ou níveis de autonomia. Esta abordagem, pensamos nós, apresenta muitas mais perspectivas de sucesso e oportunidades para a negociação.

4.2. Responsabilidade por violação do DIH: breves notas

Embora a temática da responsabilidade, individual e Estadual pela utilização de SAG seja uma das mais debatidas na atualidade, não teremos oportunidade de nos debruçar detalhadamente sobre a sua análise. Ainda assim, importa reter algumas ideias quanto às principais problemáticas identificadas até ao momento.

Uma grande parte dos Estados Partes na CCAC, bem como o GPG, salientaram já a necessidade urgente de endereçar a temática da responsabilidade. Um dos princípios orientadores já referidos menciona que a responsabilidade humana por decisões no uso dos sistemas não pode ser transferida para as máquinas. Nestes casos, espera-se que seja difícil, quiçá impossível, identificar um único responsável pelo ataque, ficando a responsabilidade perdida numa “confusa teia de causas e decisões interrelacionadas”.¹¹²

De facto, um dos principais desafios da utilização de SAG é o risco de dela resultarem lacunas no que diz respeito à responsabilidade, especialmente em caso de comissão de crimes de guerra.¹¹³ Independentemente do desenvolvimento técnico que estes sistemas possam vir a sofrer, a verdade é que não é possível ignorar a possibilidade de ocorrerem situações em que o sistema falhará, resultando em violações de DIH.

Entre a doutrina e um número significativo de Estados e ONGs é cada vez mais consensual o entendimento segundo o qual essas violações do DIH deverão, em qualquer caso, culminar na responsabilização dos Estados ou dos indivíduos envolvidos.¹¹⁴

¹⁰⁹ Gabinete do Subsecretário da Defesa para a Política dos EUA, 2012.

¹¹⁰ Amoroso & Tamburrini, 2021, p. 22.

¹¹¹ Amoroso & Tamburrini, 2017, p. 4.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Nissenbaum, 1996, p. 30.

¹¹⁴ Seixas-Nunes, 2022, p. 200.

Parte da doutrina, na qual se inclui Ronald Arkin, apresenta a Responsabilidade de Comando como proposta para estas lacunas.¹¹⁵ No entanto, e à luz dos Artigos 25(3)(a) e 28 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, a responsabilidade só pode ser assacada a um comandante militar em caso de dolo ou negligência, o que aparenta deixar inúmeras situações no vácuo jurídico.

Também a responsabilização dos produtores, programadores, engenheiros e técnicos tem feito parte do debate, mas também aqui se continuaria a verificar a existência de situações em que não haveria qualquer nexo de causalidade entre a violação do DIH e a atuação destes indivíduos, nomeadamente aquelas devidas a avarias do sistema. Para além disso, um dos prováveis efeitos desta solução seria, certamente, a redução drástica do número de técnicos disponíveis a colaborar no desenvolvimento e utilização de SAG.

É certo que poderá afirmar-se que a Responsabilidade dos Estados é a solução universal para todos os casos em que não for possível responsabilizar criminalmente um ou mais agentes humanos. Ainda assim, e no caso particular das avarias, sempre seria necessário que o Estado em causa assumisse a falta de cuidados a que estava obrigado ou a violação de uma norma internacional, para além muitas outras dificuldades que se continuam a vivenciar atualmente em relação a situações envolvendo armas convencionais.

Note-se que este é um dos pontos mais complexos e controversos do debate, estendendo-se muito além daquilo que foi aqui referido. Analisaremos, de seguida, uma proposta de abordagem que promete atenuar parte destas preocupações.

4.3. “*Meaningful Human Control*”

Tem-se assistido, num passado recente, àquilo que parece ser uma transição de debate bastante polarizado para um aparente consenso quanto à questão isolada da necessidade de manutenção de um elemento humano no uso da força.

Na sequência da publicação da “*UK Ministry of Defense’s Joint Doctrine Note 2/2011*”, segundo a qual a realização de juízos de distinção e proporcionalidade por SAG permitia manter o “controlo humano”, a ONG Article 36 apresentou uma proposta segundo a qual deve ser retido “controlo humano significativo”, conceito ao qual atribuiu uma tríplice dimensão. Em primeiro lugar, o controlo humano deve ser tido em consideração logo nas primeiras fases da sua conceção; depois, os seus utilizadores devem ser dotados de informação adequada quanto ao funcionamento do sistema e ao contexto em que serão utilizados; por último, a iniciação de um determinado ataque pelo

¹¹⁵ Arkin, 2009, pp. 76-79.

SAG deve ser condicionada à autorização do utilizador, o qual deve também estar capacitado a intervir temporaneamente caso se mostre necessário.¹¹⁶

Embora a construção não tenha vingado na sua totalidade, é-lhe atribuído o mérito de obrigar à consideração do controlo humano durante todo o “ciclo de vida” do SAG.

Durante a sessão do GPG de 2018, o Embaixador Singh Gill apresentou uma síntese dos pontos de contacto entre o operador humano e a máquina, i.e., as fases do ciclo de vida dos SAG nas quais “controlo humano, supervisão, fiscalização e avaliação poderiam ser exercidos”.¹¹⁷ Contribuiu, desta forma, para a perspetiva segundo a qual uma abordagem diferenciada, ao invés de uma solução única e universal, pode ser o melhor caminho, já que as fases do ciclo em que os SAG estarão dotados de autonomia variarão, podendo estes apresentar maiores ou menores níveis de autonomia.

Ainda que seja obtido consenso quando à exigibilidade de “controlo humano significativo” em determinadas fases do ciclo, será ainda necessário densificar o conceito e perceber quais as características deste controlo que permitirão a adequação ao DIH.

Podemos identificar três principais abordagens quanto à fórmula capaz de capturar a melhor relação entre SAG e operador humano: i) o operador humano está encarregue de definir a autonomia do sistema para uma operação em concreto, delimitando os parâmetros do alvo, o período temporal e as fronteiras geográficas; ii) o sistema não pode, em caso algum, ser dotado de autonomia para a tarefa de ataque; e iii) o operador humano deve estar *on-the-loop* ao longo de toda a missão, com a possibilidade de intervir e cessar o ataque, antes da produção de resultados indesejados. À luz daquelas que foram as definições adotadas por nós no Capítulo 2, a adoção desta última abordagem seria o mesmo que acolher uma proibição preemptiva.

Embora se possa reconhecer que cada uma destas perspetivas permite resolver alguns dos desafios que enfrentamos, a verdade é que também comportam limitações que não permitem a sua aplicação a todos os cenários e aos diferentes tipos de SAG.¹¹⁸

Talvez esta conclusão seja indicadora da impossibilidade de aplicação uniforme de uma única solução a todas as problemáticas. Isso mesmo corrobora a delegação dos EUA no GPG, ao afirmar que não existe um nível fixo de controlo e julgamento humano que deve ser aplicado a todos os contextos.¹¹⁹

¹¹⁶ Article 36, 2013. https://article36.org/wp-content/uploads/2013/04/Policy_Paper1.pdf.

¹¹⁷ Gill, 2018. [https://unoda-documents-library.s3.amazonaws.com/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Group_of_Governmental_Experts_\(2018\)/Summary%20of%20the%20discussions%20during%20BGGE%20on%20BLAWS%20April%202018.pdf](https://unoda-documentslibrary.s3.amazonaws.com/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Group_of_Governmental_Experts_(2018)/Summary%20of%20the%20discussions%20during%20BGGE%20on%20BLAWS%20April%202018.pdf).

¹¹⁸ Para mais sobre estas três perspetivas, Amoroso & Tamburrini, 2021, pp. 28-30.

¹¹⁹ EUA, 2018. [https://unoda-documents-library.s3.amazonaws.com/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Group_of_Governmental_Experts_\(2018\)/2018_GGE%20BLAWS_August_Working%20Paper_US.pdf](https://unoda-documents-library.s3.amazonaws.com/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Group_of_Governmental_Experts_(2018)/2018_GGE%20BLAWS_August_Working%20Paper_US.pdf).

4.4. Sobre a idoneidade do quadro atual de DIH para regulamentar os SAG

A decisão pela adoção de um instrumento multilateral vinculativo é a questão central em debate no âmbito da CCAC, sendo possível identificar, até ao momento, três correntes distintas.

Alguns países, entre os quais algumas das maiores potências militares, como os EUA, a Rússia e Israel, sustentam que o quadro normativo atual é suficiente para permitir o enquadramento do desenvolvimento e uso de SAG e recusam a possibilidade de regulamentação concreta.¹²⁰ A Estónia, por exemplo, refere que “o DIH é um regime regulatório robusto e dinâmico e que é capaz de lidar com uma vasta gama de tecnologias novas ou emergentes”, considerando desnecessária qualquer declaração vinculativa.¹²¹

Embora não neguemos que a implementação de mecanismos internos e das políticas estaduais e militares destinadas a delimitar o desenvolvimento e uso de SAG teria o potencial de satisfazer a necessidade de assegurar o cumprimento do DI, a verdade é que, na ausência de um quadro normativo comum, os critérios de revisão legal podem diferir substancialmente entre Estados. Mais ainda, apenas uma minoria dos Estados da comunidade internacional leva a cabo estes mecanismos de revisão, para além de que os seus resultados raramente são partilhados. Isto demonstra, na nossa perspetiva, a imperatividade de uma regulamentação multilateral vinculativa.

Numa posição intermédia (que tanto pode ser encarada como sendo moderada ou inerte) encontram-se os Estados que, como o Brasil e Portugal, alegam que não estão ainda em condições de assumir uma posição final quanto à perspetiva de proibição dos SAG e, conseqüentemente, quanto à adoção de um instrumento vinculativo.¹²²

O terceiro grupo de Estados sustenta-se numa parte da doutrina que defende a insuficiência do corpo normativo de DIH para assimilar os desafios apresentados pelos SAG.¹²³ Esta perspetiva tem sido adotada por países como a França e a Alemanha que, acompanhados pelos restantes Estados da EU, apresentam propostas de regulamentação multilateral com carácter compulsório. Em alternativa e num primeiro momento do percurso de regulamentação, alguns destes Estados propõem a adoção de uma declaração não vinculativa com a incorporação de princípios básicos. Segundo estes, esse formato de instrumento permitiria, no futuro, o desenvolvimento do quadro normativo

¹²⁰ Amoroso & Tamburrini, 2021, p. 31.

¹²¹ Estónia & Finlândia, 2018. [https://unoda-documents-library.s3.amazonaws.com/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Group_of_Governmental_Experts_\(2018\)/2018_GGE%2BLAWS_August_Working%2BPaper_Estonia%2Band%2BFinland.pdf](https://unoda-documents-library.s3.amazonaws.com/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Group_of_Governmental_Experts_(2018)/2018_GGE%2BLAWS_August_Working%2BPaper_Estonia%2Band%2BFinland.pdf).

¹²² Siboni, & Eshpar, 2014, p. 83.

¹²³ Wagner, 2014, p. 1386.

pela comunidade internacional, de acordo com a evolução que o debate e a tecnologia sofram com a passagem do tempo. A Alemanha vai ainda mais longe, ao considerar que os princípios orientadores adotados constituem já uma “regulamentação politicamente vinculativa”.¹²⁴

A verdade é que, embora consideremos o corpo normativo de DIH amplo e suficiente para subsistir à passagem do tempo, parece-nos que os SAG, à semelhança de outros tantos temas do passado, obrigaram à produção normativa autónoma, sob pena de se virem a verificar lacunas jurídicas com consequências desastrosas.

Mais ainda, não podemos esquecer aquelas que continuam a ser algumas das maiores dificuldades do debate. Embora já existam alguns modelos caracterizáveis como autónomos, o debate quanto à regulamentação incide principalmente sobre sistemas que não existem ou que ainda não estão operacionais.¹²⁵ Além disso (ou talvez por causa disso), e como vimos no Capítulo 2, também ainda não se foi possível chegar a um consenso quanto à definição ou caracterização de um SAG, não obstante o progresso que tem sido alcançado.

Todos estes fatores nos levam a tecer considerações quanto àquela que nos parece a abordagem mais adequada para i) a adoção de um instrumento multilateral e o seu carácter e ii) sob o pressuposto de concretização do ponto anterior, qual a abordagem que deve ser delineada quanto ao controlo humano.

Conforme já tivemos hipótese de revelar, entendemos que o paradigma a adotar no que à regulamentação dos SAG diz respeito deve seguir uma abordagem diferenciada, procurando soluções capazes de atender à diversidade e complexidade dos sistemas que podem vir a ser desenvolvidos. Espera-se também que, desta forma, seja possível atender às posições dos Estados, tão distanciadas entre si, que obrigarão todas as partes a fazer cedências para que seja possível uma negociação.

Quanto à questão do controlo humano, e embora sintamos alguma inclinação para seguir, igualmente, um raciocínio de regulamentação diferenciada, a verdade é que o desenvolvimento e a utilização de SAG se encontram ainda numa fase embrionária, parecendo-nos que a manutenção deste controlo é, pelo menos neste momento, essencial. Estando nós conscientes da preponderância do contributo dos roboticistas e engenheiros a este respeito, entendemos que é nossa função, enquanto classe legal, apelar a uma abordagem técnica conservadora e cautelosa.

Na eventualidade de se concretizar a regulamentação multilateral num futuro próximo, a evolução exponencial destes sistemas obrigará, certamente, à revisão

¹²⁴ Amoroso & Tamburrini, 2021, p. 32.

¹²⁵ Federação Russa, 2018. [https://unoda-documents-library.s3.amazonaws.com/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Group_of_Governmental_Experts_\(2018\)/CCW_GGE.1_2018_WP.6_E.pdf](https://unoda-documents-library.s3.amazonaws.com/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Group_of_Governmental_Experts_(2018)/CCW_GGE.1_2018_WP.6_E.pdf).

constante do quadro normativo que aí venha a ser decidido. Não só este poderá ser um fator contributivo para a aceleração do processo regulamentar, como julgamos que será de extrema importância para a negociação dos seus termos. Independentemente de se vir a optar ou por um modelo suscetível a revisões e reformulações, parece-nos claro que o carácter vinculativo do instrumento sempre será crucial para alcançar os objetivos que se vêm proclamando. Na verdade, a maior parte dos países participantes nas reuniões de GPG partilha a opinião de que a regulamentação multilateral dos SAG deve adotar a forma de instrumentos internacionais juridicamente vinculativos.

Se não temos dúvidas de que aderimos a esta posição, não podemos ignorar o contexto atual das relações internacionais e a fase de tensão que vivemos. As dinâmicas de força e a corrida ao armamento a que vamos assistindo não são, habitualmente, férteis à produção normativa multilateral, principalmente quando falamos de uma categoria de armamento que, como já referimos, virá a ter um impacto significativo no estabelecimento de dominância entre as grandes potências, como aliás se tem vindo a observar.

Não obstante, entendemos que existe os Estados manifestam vontade em fazer avançar o projeto para o novo Protocolo, mas a unanimidade, requisito no âmbito dos instrumentos adotados em sede de CCAC, parece uma realidade ainda bastante longe. Parece-nos que, como sempre, só o debate poderá ajudar a esclarecer se as tensões militares e diplomáticas serão colocadas de lado em prol do acordo quanto a esta matéria tão sensível.

Conclusões

Sendo o Direito Internacional Humanitário o ramo que se ocupa da limitação dos meios e métodos de guerra e com a proteção de todos aqueles que, de alguma forma, se vêm afetados pelos conflitos armados, é apenas natural que a introdução de sistemas de guerra com a capacidade de tomar decisões por si só constitua motivo de grande preocupação e profunda investigação.

Embora se identifiquem inúmeras situações em que a legalidade de um determinado meio ou método é colocada em causa, parece-nos que a extensão, no tempo e no espaço, do debate sobre Sistemas Autónomos de Guerra está diretamente relacionada com a sua peculiaridade. Pela primeira vez na história do complexo normativo bélico vemos um meio de guerra que, ao mesmo tempo que tem potencial para causar efeitos nefastos e distantes dos princípios humanitários, demonstra poder vir a significar uma mudança de paradigma, com importantes benefícios ao nível cumprimento dos princípios humanitários. Sem prejuízo, o cenário de um sistema de guerra capaz de operar e atacar alvos (especialmente, alvos humanos) sem intervenção humana é, para já, uma perspetiva preocupante. Atualmente, as irregularidades e obstáculos ao cumprimento dos princípios da distinção e da proporcionalidade são aparentemente insuperáveis, mas a evolução tecnológica a que temos assistido nas últimas décadas ensina-nos a abandonar o ceticismo.

É precisamente por considerarmos que a regulamentação destes sistemas será determinante para a trajetória que se seguirá que nos ocupámos deste objeto. O passado mostra-nos que o ser humano, em muitas circunstâncias e por variados motivos, não é capaz de aderir aos postulados fundamentais da humanidade e da ética, qual criminoso reincidente. Esta margem para melhoria pode bem ser um motivo de aposta naquele que será o desenvolvimento futuro dos SAG.

Poucas são as dúvidas de que os roboticistas e engenheiros serão capazes de conceber e construir sistemas com a capacidade de atuarem autonomamente num teatro de guerra, restando apenas saber se o cumprimento dos princípios fundamentais de DIH será uma prioridade e um pressuposto indispensável para o seu emprego em contextos bélicos. A nossa contribuição passou precisamente por identificar quais as características destes sistemas que são suscetíveis de conflitar com aquelas que são as regras da guerra, propondo soluções quando estas estejam ao nosso alcance.

Se as preocupações são várias e o caminho se presume longo, a verdade é que não entendemos que os SAG sejam ilegais *per si*. Daqui resulta a viabilidade para uma evolução consistente com os critérios de humanidade e a consciência ética das sociedades, ainda que num futuro algo distante. Até lá, é importante que não se ignore o estado atual do desenvolvimento tecnológico bélico e os potenciais prejuízos que daí

possam advir. Embora compreendamos que a regulamentação de uma realidade em constante mudança possa ser mais do que desafiante, julgamos que uma postura inerte poderá ter efeitos desastrosos. As relações diplomáticas, como as vemos atualmente, são de uma volatilidade alarmante. Facilmente concebemos um cenário em que a utilização de Sistemas Autónomos de Guerra, sem que estejam previamente determinados os termos em que esta poderá suceder, resultaria numa escalada de conflito. Pior ainda, este poderia vir a ser um motivo de abandono do debate em sede da CCAC sem qualquer ponto de retorno.

À data em que terminávamos esta dissertação, decorriam entre o GPG novas reuniões no âmbito da CCAC. Embora não nos possamos pronunciar sobre os debates aí alcançados, por não terem sido ainda tornados públicos, parece-nos que não terão sido os últimos. É importante notar que este grupo desenvolve atualmente um projeto de artigos suscetível de vir a constituir a regulamentação primitiva destes sistemas, embora sem acordo quanto ao seu conteúdo. A abertura ao diálogo e ao debate, ainda assim, constitui ela mesmo um sinal positivo que não pode ser ignorado.

Se não podemos prever o futuro, ocupemo-nos do presente: é imperativa a adoção de um instrumento jurídico multilateral e vinculativo que, além do mais, imponha claramente a manutenção de controlo humano sobre os Sistemas Autónomos de Guerra, porquanto estes ainda não se mostram, à data, habilitados a desempenhar funções de tal ordem complexas que constituem, até para o ser humano, responsabilidades solenes. Quanto à possibilidade de os SAG virem a significar um virar de página na história do Direito Internacional Humanitário, só o tempo dirá.

Bibliografia

- AMOROSO, D. & TAMBURRINI, G. (2017). The ethical and legal case against autonomy in weapons systems. *Global Jurist*, vol. 18, no. 1.
- AMOROSO, D. & TAMBURRINI, G. (2021). In search of the 'human element': International debates on regulating Autonomous Weapons Systems. *The International Spectator*, vol. 56, no.1. https://www.academia.edu/45084458/In_search_of_the_human_element_regulating_Autonomous_Weapons_Systems.
- ANDERSON, K. & WAXMAN, M. C. (2012). Law and ethics for robot soldiers. Policy review. Forthcoming. *American University, WCL Research Paper, 2012-32, Columbia Public Law Research Paper, 12-313*.
- ANDERSON, K. (2007-07-04). The ethics of robot soldiers [publicação em blog]. <http://kennethandersonlawofwar.blogspot.nl/2007/07/ethics-of-robot-soldiers.html>.
- ARKIN, R. C. (2009). *Governing lethal behavior in autonomous robots*. Nova Iorque, EUA: Chapman and Hall Book.
- ARTICLE 36. (2013). Killer robots: UK government policy on fully autonomous weapons. *Policy paper*. https://article36.org/wp-content/uploads/2013/04/Policy_Paper1.pdf.
- BUGGE, A. (2018). U.N. Guterres urges ban on autonomous weapons. Reuters World News. <https://www.reuters.com/article/us-portugal-websummit-un-idUSKCN1NA2HG>.
- CASSESE, A. (2000). The Martens clause: Half a loaf or simply pie in the sky? *European Journal of International Law*, vol 11, no. 1, pp. 187-206. <http://www.ejil.org/pdfs/11/1/511.pdf>.
- CHENGETA, T. (2016). Measuring autonomous weapon systems against international humanitarian law rules. *Journal of Law & Cyber Warfare*, vol. 5, no. 1.
- CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE. (2019). Defense primer: U.S. policy on lethal Autonomous Weapon Systems. <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF11150>.
- EGELAND, K. (2016). Lethal autonomous weapon systems under international humanitarian law. *Nordic Journal of International Law*, vol. 85, no. 2, pp. 89-118. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/nordic85&i=97>.
- EVANS, T. D. (2013). At war with the robots: autonomous weapon systems and the Martens clause. *Hofstra Law Review*, vol. 41, no. 3, pp. 697-733. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hoflr41&i=729>.
- GABINETE DO SUBSECRETÁRIO DA DEFESA PARA A POLÍTICA DOS EUA. (2012). DoD Directive 3000.09: Autonomy in weapon systems. <https://www.esd.whs.mil/portals/54/documents/dd/issuances/dodd/300009p.pdf>.
- GRUT, C. (2013). The challenge to autonomous lethal robotics to international humanitarian law. *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 18, no. 1.
- GUIORA, A. N. (2017). Accountability and decision making an autonomous warfare: Who is responsible? *Utah Law Review*, vol. 2.
- HAQUE, A. A. (2017). A theory of jus in bello proportionality. In Ohlin, J. D., May, L. & Finkelstein C. (eds.). *Weighing laws in war*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- HARRISON DINNISS, H. (2012). Cyber warfare and the laws of war. In *Cambridge studies in international and comparative law*. Cambridge: Cambridge University Press.

- HENCKAERTS, J. et al. (2005). *International Committee of the Red Cross, Customary international humanitarian law, volume I: Rules*. Nova Iorque, EUA: Cambridge University Press.
- HENCKAERTS, J. (2009). The ICRC study on customary international humanitarian law: Characteristics, conclusions and practical relevance. *Slovenian Law Review*, vol. 6, no. 1-2, pp. 225-276. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/slovlwrv6&i=223>.
- HUMAN RIGHTS WATCH E HARVARD SCHOOL OF LAW. (2021). Losing humanity: The case against killer robots. <https://www.hrw.org/report/2012/11/19/losing-humanity/case-against-killer-robots>.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS 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. *International Review of the Red Cross*, vol. 88, no. 864, pp. 931-956. https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/irrc_864_icrc_geneva.pdf.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. (2019). Autonomy, artificial intelligence and robotics: Technical aspects of human control. <https://www.icrc.org/en/document/autonomy-artificial-intelligence-and-robotics-technical-aspects-human-control>.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. (2021). Position on Autonomous Weapon Systems. <https://www.icrc.org/en/document/icrc-position-autonomous-weapon-systems>.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. (2022). What is international humanitarian law? <https://www.icrc.org/en/document/what-international-humanitarian-law>.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION STUDY GROUP ON THE CONDUCT OF HOSTILITIES IN THE 21ST CENTURY. (2017). The conduct of hostilities and international humanitarian law: Challenges of 21st century warfare. *International Law Studies*, vol. 93.
- KATYAL, S. K. (2019). Private accountability in the age of artificial intelligence. *UCLA Law Review*, vol. 66, no. 1
- LOPEZ-SANCHEZ, M. (2017). Some insights on Artificial Intelligence autonomy in military technologies. In *Autonomy in future military and security technologies: Implications for law, peace, and conflict*. The Richardson Institute, Lancaster University. <https://ttac21.files.wordpress.com/2017/11/richardson-institute-autonomy-in-future-military-and-security-technologies-implications-for-law-peace-and-conflict.pdf>.
- MA, E. H. (2020). Autonomous weapons systems under international law. *New York University Law Review*, vol. 95, no. 5.
- MELZER, N. (2019). *International humanitarian law: A comprehensive introduction*. Geneva, Suíça: International Committee of the Red Cross.
- MELZER, N. *Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under IHL*. Geneva, Suíça: International Committee of the Red Cross.
- MILANINIA, N. (2020). Biases in machine learning models and big data analytics: The international criminal and humanitarian law implications. *International Review of the*

- Red Cross*, vol. 102, no. 913. <https://international-review.icrc.org/articles/biases-machine-learning-big-data-analytics-ihl-implications-913>.
- NISSENBAUM, H. (1996). Accountability in a computerized society. *Science and Engineering Ethics*, vol. 2, no. 1.
- SASSÒLI, M. (2003). *Legitimate targets of attacks under international humanitarian law*. Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Background Paper. https://hhi.harvard.edu/sites/hwpi.harvard.edu/files/humanitarianinitiative/files/session1_legitimate_targets_ihl.pdf?m=1615827575.
- SCHARRE, P. (2018). *Army of none: Autonomous weapons and the future of war*. W. W. Norton & Company.
- SEIXAS-NUNES, A. (2021). Autonomous weapons systems and the procedural accountability gap. *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 46, no. 2, pp. 421-478. <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1973&context=bjil>.
- SEIXAS-NUNES, A. (2022). *The legality and accountability of Autonomous Weapon Systems: A humanitarian law perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SHARKEY, N. (2014). *Autonomous Weapons Systems and human supervisory control*.
- SIBONI, G. & ESHPAR, Y. (2014). Dilemmas in the use of autonomous weapons. *Strategic Assessment*, vol. 16, no. 4.
- SOLIS, G. (2010). *The law of armed conflict: International humanitarian law in war*. Cambridge: Cambridge University Press.
- TADDEO, M. & BLANCHARD, A. (2022). A comparative analysis of the definitions of Autonomous Weapons Systems. *Science and Engineering Ethics*, vol. 28, no. 37. <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s11948-022-00392-3.pdf?pdf=button%20sticky>.
- TAVARES, M. I. (2020). Direito internacional humanitário: Recusar a indiferença. In J. Azeredo Lopes (coord.). *Regimes jurídicos internacionais*, vol. I, pp. 213-280. Porto, Portugal: Universidade Católica Editora.
- THE ROYAL SOCIETY. (2017). *Machine learning: The power and promise of computers that learn by example*. S.l., s.n.
- THOMAS, B. T. (2015). Autonomous weapon systems: the anatomy of autonomy and the legality of lethality. *Houston Journal of International Law*, vol. 37, no. 1.
- THURNER, J. (2012). No one at the controls: legal implications of fully autonomous targeting. *Joint Forces Quarterly*, vol. 67, no. 4, pp. 77-83. https://ndupress.ndu.edu/Portals/68/Documents/jfq/jfq-67/JFQ-67_77-84_Thurnher.pdf.
- VALE PEREIRA, M. A. (2009). O princípio da distinção como princípio fundamental do direito internacional humanitário. *Revista de Direito da Universidade do Porto*, pp. 411-442.
- WAGNER, M. (2012). Autonomy in battlespace: Independently operating weapon systems and the law of armed conflict. In Saxon, D. (ed.). *International humanitarian law and the changing technology of war*. Brill.

WAGNER, M. (2014). The dehumanization of international humanitarian law: Legal, ethical, and political implications of Autonomous Weapon Systems. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 47, pp. 1371-1424.

Legislação e Jurisprudência

Declaração com vista a interditar o uso de certos projéteis em tempo de Guerra. São Petersburgo. (1868).

I Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha. (1949).

II Convenção de Genebra para melhorar a Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos Das Forças Armadas no Mar. (1949).

III Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra. (1949).

IV Convenção de Genebra Relativa à Protecção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra. (1949).

Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais. (1977).

Protocolo II Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais. (1977).

Relatórios e Declarações

Comissão de Direito Internacional. (2022a). *Report on the work of the seventy-third session*. <https://legal.un.org/ilc/reports/2022/>.

Comissão de Direito Internacional. (2022b). *Fifth report on peremptory norms of general international law (jus cogens)* by Dire Tladi, Special Rapporteur. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/284/83/PDF/N2128483.pdf?OpenElement>.

Estónia e Finlândia. (2018). *Categorizing lethal autonomous weapons systems - A technical and legal perspective to understanding LAWS*. Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to 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. UN Doc. CCW/GGE.2/2018/WP.2. [https://unoda-documents-library.s3.amazonaws.com/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Group_of_Governmental_Experts_\(2018\)/2018_GGE%2BLAWS_August_Working%2BPaper_Estonia%2Band%2BFinland.pdf](https://unoda-documents-library.s3.amazonaws.com/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Group_of_Governmental_Experts_(2018)/2018_GGE%2BLAWS_August_Working%2BPaper_Estonia%2Band%2BFinland.pdf).

EUA. (2018). *Human-machine interaction in the development, deployment and use of emerging technologies in the area of lethal Autonomous Weapons Systems*. Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to 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. UN Doc. CCW/GGE.2/2018/WP.4. <https://unoda-documents->

library.s3.amazonaws.com/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Group_of_Governmental_Experts_(2018)/2018_GGE%2BLAWS_August_Working%2BPaper_US.pdf.

- Federação Russa. (2018). *Russia's approaches to the elaboration of a working definition and basic functions of lethal Autonomous Weapons Systems in the context of the purposes and objectives of the Convention*. Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to 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. UN Doc. CCW/GGE.1/2018/WP.6. [https://unoda-documents-library.s3.amazonaws.com/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Group_of_Governmental_Experts_\(2018\)/CCW_GGE.1_2018_WP.6_E.pdf](https://unoda-documents-library.s3.amazonaws.com/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Group_of_Governmental_Experts_(2018)/CCW_GGE.1_2018_WP.6_E.pdf).
- Gill, S. (2018). *Chair's summary of the discussion on agenda items 6 a, b, c and d*. Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to 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. [https://unoda-documents-library.s3.amazonaws.com/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Group_of_Governmental_Experts_\(2018\)/Summary%2Bof%2Bthe%2Bdiscussions%2Bduring%2BGGE%2Bon%2BLAWS%2BApril%2B2018.pdf](https://unoda-documents-library.s3.amazonaws.com/Convention_on_Certain_Conventional_Weapons_-_Group_of_Governmental_Experts_(2018)/Summary%2Bof%2Bthe%2Bdiscussions%2Bduring%2BGGE%2Bon%2BLAWS%2BApril%2B2018.pdf).
- ONU. (2017). *Examination of various dimensions of emerging technologies in the area of lethal autonomous weapons systems, in the context of the objectives and purposes of the Convention*. Meeting of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions of the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects. CCW/GGE.1/2017/WP.2. <https://documents-dds.ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/294/52/PDF/G1729452.pdf?OpenElement>.
- ONU. (2019). *Final report*. Meeting of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions of the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects. UN Doc. CCW/MSP/2019/9. <https://documents-dds.ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/343/64/PDF/G1934364.pdf?OpenElement>.

A proibição da assistência financeira
Algumas problemáticas especiais do regime

Joana Monterroso Neri Cadete

Sob a orientação do Professor
Doutor José Augusto Quelhas Lima Engrácia Antunes

“The purpose of writing is to communicate, not to show off. If the reader does not understand, everyone’s time will have been wasted and what should have been said will remain effectively unsaid.”

Mark Adler, *Clarity for Lawyers* 6 (1990)

Agradecimentos

Aos meus pais, Maria e António, por todas as manifestações de amor, confiança e por sempre me guiarem sem nunca impor resultados.

À minha tia, Teresa, pela procura de excelência e rigor profissional que sempre me incutiu. Retribuo, ainda, a descoberta de olhar a beleza imaterial de (tantas!) pequenas coisas que a vida nos oferece.

Aos meus amigos, a família que eu escolhi, por me convencerem, nos dias de maior dúvida, de que tudo permanece alinhado e de que o caos a que me refiro ser uma imagem da qual só eu tenho perceção. Enfim, gratulo o seu amparo incondicional e companhia imprescindível.

Ao meu orientador, Professor Doutor José Engrácia Antunes, por ter sido um farol no meu percurso académico e pela sua partilha sobre o (belo) paralelismo entre a advocacia e um mero jogo de xadrez.

Ao Diogo, por me fazer feliz! Pois mesmo nos momentos em que nos privámos de nós, estivemos sempre juntos.

A todos aqueles que me desafiaram a percorrer este caminho de que me orgulho.

Resumo

Ao abrigo do artigo 322.º do Código das Sociedades Comerciais, as sociedades anónimas estão impedidas de assistirem financeiramente um terceiro para que este consiga subscrever ou adquirir ações representativas do seu capital social. Não obstante os avanços comunitários para uma flexibilização do regime, a lei portuguesa permanece imodificada.

A presente dissertação procura abordar a mística hermenêutica da figura da assistência financeira. Para alcançar um resultado digno, mais do que atender aos impactos pela não transposição da Diretiva 2006/68/CE, já oportunamente escrutinados pela doutrina, importa densificar o alcance do elemento finalístico da figura e abarcar matérias como sejam a questão da in(ex)clusão das operações de *leveraged buy-out* na alçada da proibição, a extensão do regime às demais sociedades de capitais, bem como a inclusão das *representations and warranties* na categoria de atos proibidos, questões estas que escaparam ordinariamente ao crivo e interrogação do legislador.

Palavras-chave: Assistência financeira; Diretiva 2006/68/CE; pressupostos; sociedades por quotas; atos proibidos; *leveraged buy-outs*; cláusulas de declarações e garantias.

Abstract

Pursuant article 322 of the Portuguese Companies Code, public limited companies are prevented from providing financial assistance to a third party to enable the latter to subscribe or acquire shares representing its share capital. Notwithstanding the European community advances towards a more flexible regime, Portuguese law remains unmodified.

This dissertation seeks to unveil the hermeneutic mystique of the financial assistance figure. In order to reach a worthy result, more than addressing the impacts of the non-transposition of the Directive 2006/68/CE, already timely scrutinized by the legal scholars, it will be essential to densify about the scope of the finalistic element of the figure and cover issues such as the inclusion or not of leveraged buy-outs in the prohibition, the extension of the regime to other capital companies, and the inclusion of representations and warranties in the category of prohibited acts, questions which escaped the sieve and questioning of the legislator.

Keywords: Financial assistance; Directive 2006/68/CE; preconditions; public limited companies; prohibited acts; leveraged buy-out; representations and warranties.

Lista de abreviaturas

Ac.	Acórdão
AktG	<i>Aktiengesetz</i>
al.	alínea
art.	artigo
arts.	artigos
CC	Código Civil
Cfr.	Conforme
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
CSC	Código das Sociedades Comerciais
<i>e.g.</i>	<i>exempli gratia</i>
<i>GmbH</i>	<i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung</i>
i.e.	isto é
<i>M&A</i>	<i>Merger and Acquisitions</i>
n.º	número
p.	página
pp.	páginas
Proc.	Processo
R.	Relator/(a)
S.A.	Sociedade Anónima
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
vd.	ver
Vol.	Volume
<i>vs.</i>	<i>Versus</i>

Índice

Introdução	8
Capítulo I – Da proibição da assistência financeira	9
1. Noção geral	9
2. Razão de ser e natureza da proibição	10
3. A evolução da figura no Direito Europeu e Comparado	11
3.1 A Diretiva 2006/68/CE e os impactos da sua não transposição	11
3.2 Direito Comparado	13
3.2.1 Reino Unido	13
3.2.2 Itália	14
3.2.3 Espanha	16
4. O regime legal português e sua caracterização	17
4.1 O art. 322.º CSC	17
4.1.1 Elementos objetivos	18
4.1.1.1 Negócio de financiamento	18
4.1.1.2 A subscrição ou aquisição de ações da sociedade assistente	19
4.1.2 Elemento subjetivo ou finalístico	20
5. Exceções à proibição	21
5.1 As operações correntes dos bancos e demais instituições financeiras	22
5.2 A aquisição pelo ou para o pessoal da sociedade (stock options)	23
6. Consequências da violação da proibição da assistência financeira	24
Capítulo II – Das pertinentes problemáticas doutrinárias	26
7. A aplicação analógica às sociedades por quotas	26
8. A admissibilidade das operações de Leveraged Buy-Outs	28
9. Atos proibidos. Em especial, as representations & warranties	30
10. A assistência financeira nas relações de grupo	32
Considerações finais	36
Bibliografia	38
Síntese de Jurisprudência	41
Apêndice I	43

Introdução

Na presente dissertação propomo-nos esclarecer o regime legal português da proibição da assistência financeira plasmado no 322.º do Código das Sociedades Comerciais, uma vez que esta questão vem suscitando mais dúvidas do que certezas.

Com efeito, a assistência financeira foi sempre, e continua a ser, uma operação do maior relevo no domínio das médias e grandes empresas, relevando-se muito vantajosa do ponto de vista dos investidores e das próprias sociedades, e até mesmo incontornável em processos de reestruturação e aquisição de novas sociedades. A verdade, porém, é que, decorridas várias décadas sobre a respetiva aprovação, o regime previsto no art. 322.º continua a constituir um comando controverso que suscita mais dúvidas do que certezas no plano dos seus fundamentos, do seu alcance e até dos seus efeitos, além de não responder cabalmente a um conjunto de novos problemas entretanto suscitados pela sua aplicação prática.

Neste contexto, a presente investigação propõe-se, num primeiro momento, a tratar do regime geral da proibição da assistência financeira, abordando, sucessivamente, a noção geral desta figura; a sua natureza e a razão subjacente à sua consagração; a sua evolução histórica, da origem à atualidade, passando em revista o direito europeu e o direito comparado; e, culminando este percurso, com uma análise detalhada e crítica do regime jurídico português, colocando em destaque os principais problemas interpretativos e ensaiando algumas tentativas de solução.

Num segundo momento, serão abordadas algumas problemáticas específicas da assistência financeira que, pela sua novidade, importância prática e ausência de solução legislativa, criam frequentemente dificuldades ao intérprete, ao julgador, mas também aos próprios investidores e sociedades envolvidas, e que aqui se pretende contribuir para a sua superação, tal o caso da (possível) extensão do regime às demais sociedades de capitais (em especial, as sociedades por quotas); da viabilidade das operações de alavancagem financeira com recurso aos *Merger Leveraged Buy-Outs*; da sujeição das cláusulas de declarações e garantias prestadas pelo *seller* ao âmbito dos atos proibidos; e, por fim, das garantias prestadas nas relações intra-grupo.

Capítulo I – Da proibição da assistência financeira

1. Noção geral

No Direito português, a proibição da assistência financeira surgiu devido à consagração do art. 322.º do Código das Sociedades Comerciais (doravante, “CSC”), sistematicamente inserido na secção dedicada à matéria da aquisição de ações próprias¹. Reza esse preceito o seguinte:

“Artigo 322.º

Empréstimos e garantias para aquisição de ações próprias

1 - Uma sociedade não pode conceder empréstimos ou por qualquer forma fornecer fundos ou prestar garantias para que um terceiro subscreva ou por outro meio adquira ações representativas do seu capital.

2 - O disposto no n.º 1 não se aplica às transações que se enquadrem nas operações correntes dos bancos ou de outras instituições financeiras, nem às operações efetuadas com vista à aquisição de ações pelo ou para o pessoal da sociedade ou de uma sociedade com ela coligada; todavia, de tais transações e operações não pode resultar que o ativo líquido da sociedade se torne inferior ao montante do capital subscrito acrescido das reservas que a lei ou o contrato de sociedade não permitam distribuir.

3 - Os contratos ou atos unilaterais da sociedade que violem o disposto no n.º 1 ou na parte final do n.º 2 são nulos.”

Da norma legal resulta uma proibição no sentido de impedir que um terceiro adquira, à custa da sociedade anónima assistente, um apoio à aquisição das ações cuja concretização de outro modo lhe seria improvável. Se assim não fosse, a sociedade assistente poderia prestar esse mesmo auxílio financeiro, quer através da concessão de fundos necessários para a aquisição, quer pela prestação de garantias à entidade financiadora que concede o crédito ao terceiro adquirente, estando, desse modo, a contribuir para que emergam a jusante grandes obstáculos à sua viabilidade económico-financeira. Sem embargo dos fundamentos inerentes à sua consagração a que aludiremos *infra*, crê-se que a intenção do legislador mais não foi do que reforçar neste domínio o regime da aquisição de ações próprias, o qual apenas consagra uma proibição relativa extensível ao paradigma da assistência financeira, em detrimento da tese de uma proibição perentória e incondicional.

¹ Enquanto disciplina que, não obstante deter as suas características específicas, espelha um prolongamento do regime das ações próprias, vd. Ventura, 2016, p. 117 e ainda Rocha, 1994, p. 311.

2. Razão de ser e natureza da proibição

Historicamente, a proibição da assistência financeira emergiu enquanto reforço do regime da proibição de aquisição de ações próprias. Porém, a *ratio* da figura é, ainda na presente data, objeto de grande controvérsia na doutrina nacional² e estrangeira, sendo comumente invocados os seguintes fundamentos: i) a proteção do capital social ou do património; ii) a proteção da organização societária, visando prevenir conflitos de interesse, abusos por parte da administração e a eventual manipulação do valor das ações mediante a criação de uma procura artificial; iii) a igualdade de tratamento dos sócios, impedindo práticas geradoras de conflitos de interesses³.

No que tange à tutela dos credores sociais, assente no princípio da intangibilidade e garantia do capital social (cfr. alínea i) *supra*), a mesma ocupa à data o pódio enquanto finalidade mais apontada para sustentar o regime da proibição da assistência financeira⁴. De facto, ainda que de outro modo não se consiga justificar a inserção sistemática da norma no contexto da aquisição das ações próprias⁵, atendendo aos limites do art. 32.º CSC não nos parece que a proteção do património social seja fundamento exclusivo para justificar a vigorosa proibição.

O segundo fundamento mais invocado prende-se com a finalidade de carácter organizativo, uma vez que as operações de assistência financeira não só favorecem (ou pelo menos facilitam) manipulações do grémio acionista⁶, os quais além de prejudicarem a integridade dos órgãos sociais ferindo a vontade social, como se afiguram também como um expediente propenso à promoção de uma procura artificial de ações que conduz a uma especulação perniciosa. Apesar da razoabilidade, não cremos que também este argumento vingue por si, não sendo capaz de justificar de um modo pleno a consagração da proibição, sobretudo em virtude da proliferação de preceitos relativos ao *corporate governance* como a responsabilização da administração pelas suas condutas lesivas (cfr. arts. 64.º e 72.º do CSC).

Surgiu ainda um terceiro fundamento, que corresponde à tutela dos interesses dos acionistas, sobretudo, dos minoritários. Pense-se nas hipóteses em que o património social é

² Considerando que o fundamento da proibição depende antes da “valoração normativa do mérito dos fins prosseguidos”, o que, por consequência, determina a sua relatividade, vd. Albuquerque, 2019, p. 71.

³ Existe uma corrente minoritária que a defende como única razão apta a justificar a proibição da assistência financeira, vd. Silva, 2010, pp. 183 e 184.

⁴ Como defensores desta tese, vd. Oliveira, 2017, p. 221; Osório, 2001, pp. 194 e 195 e Ventura, 1992, p. 377. Considerando o fundamento como insuficiente para justificar o “carácter absoluto e altamente restritivo” da proibição, vd. Ventura, 2016, p. 119.

⁵ De facto, os efeitos patrimoniais são bastante semelhantes, pois em ambos os casos os bens da sociedade são utilizados para adquirir as suas próprias ações, não existindo a entrada de *fresh cash* na sociedade. Conclui-se ser de “supor que a lei se preocupou com a ténue linha divisória na prática entre a aquisição das ações por um terceiro, em seu nome, mas por conta da sociedade e em seu nome e por sua conta”, vd. Ventura, 1992, p. 378.

⁶ Para Pedro de Albuquerque, o argumento não convence. Segundo o autor, apesar de ser líquida a indispensabilidade em acautelar tais inconvenientes, ainda assim seria possível obviar a tal resultado aplicando a consequência das ações próprias, i.e., determinar a suspensão dos direitos políticos (cfr. art. 324.º do CSC), o que seria *per se* suficiente para evitar que a administração conseguisse influir na direção da vontade social (2019, p. 50).

utilizado em benefício de um terceiro que pretende adquirir a qualidade de sócio e, por deliberação unânime dos sócios, é prestada tal assistência. Não obstante o desrespeito, nestas circunstâncias, pela máxima de neutralidade exigida nas relações entre a sociedade e os seus sócios⁷, importa não olvidar o caráter supletivo de tal princípio.

Seguindo a posição de alguns autores⁸, perfilhamos a tese da “*ratio* preventiva da norma”, segundo a qual nenhum fundamento justifica *per se* a proibição. Afigura-se, isso sim, um complexo unitário de riscos. Neste sentido, pese embora a presunção abstrata da ilicitude da figura, acreditamos que só pela consideração em bloco dos vários interesses inerentes a cada uma das tutelas será possível justificar a operatividade da proibição⁹.

3. A evolução da figura no Direito Europeu e Comparado

Na generalidade dos países europeus, a proibição da assistência financeira surgiu com a entrada em vigor da Diretiva 77/91/CE do Conselho, de 13 de dezembro de 1976 (doravante, “Diretiva do Capital”), destinada a regular nas sociedades anónimas¹⁰ “a conservação e as modificações do seu capital social”. A proibição da assistência financeira ficou pela primeira vez contemplada no art. 23.º do referido diploma comunitário, sendo a sua transposição vinculativa para os Estados-Membros. Constata-se, porém, que a origem do instituto em análise antecedeu o advento da Diretiva do Capital, pelo que os seus primórdios remontam não só ao direito inglês, como também ao direito italiano, que se ocupou durante longos anos da conceção e aperfeiçoamento do instituto¹¹.

3.1 A Diretiva 2006/68/CE e os impactos da sua não transposição

Foram inúmeros os impactos e oportunidades que se perderam em virtude da não transposição da Diretiva 2006/68/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de setembro de 2006. Esta iniciativa legislativa visou alterar a Diretiva do Capital no que respeita à constituição das sociedades anónimas, instituindo, em especial, uma tendência flexibilizadora no que tange à assistência financeira.

⁷ Céticos quanto à solidez do argumento afirmam-se Inês Pinto Leite e Pedro de Albuquerque. A autora considera assertivamente que “é possível configurar operações de assistência financeira que beneficiam igualmente todos os sócios ou relativamente às quais se verificou igualdade de oportunidades de acesso”, vd. Leite, 2011, p. 136. Já para o segundo, uma proibição absoluta não se justifica com base em tal argumento, tendo em conta o caráter supletivo do princípio da igualdade que pode a todo o tempo ser derogado por vontade dos sócios, vd. Albuquerque, 2019, p. 51. Por seu turno, considerando que este argumento como o mais relevante, vd. Ac. STJ de 27.09.2022 (R. Jorge Arcanjo), proferido no âmbito do Proc. n.º 2309/16.2T8PTM.E1.S.

⁸ Neste sentido, Leite, 2011, pp. 141 e 142, e Ventura, 2016, p. 121.

⁹ Defendendo a interpretação restritiva da norma, Nunes, 2015, p. 10.

¹⁰ De sublinhar que a Diretiva do Capital apenas previa a sua aplicabilidade às sociedades anónimas, pelo que os Estados-Membros eram livres de estabelecer um regime idêntico para as sociedades por quotas, se assim o entendessem.

¹¹ Para maiores desenvolvimentos sobre a origem histórica, vd. Mota, 2005, p. 108.

Bem analisada a inovação do regime, foi sem surpresa que a alteração de paradigma foi graciosamente recebida. Ainda que de caráter facultativo¹², o diploma encerrou o debate quanto à natureza da proibição da assistência financeira ao conceder uma autorização aos Estados-Membros para que estes, ainda que de forma condicionada, permitissem na sua lei nacional que uma sociedade anónima concedesse empréstimos, fornecesse qualquer tipo de fundos ou prestasse garantias a terceiros com vista à aquisição das suas ações.

Do texto comunitário decorre a necessidade da verificação das seguintes condições: i) a operação realizar-se sob a responsabilidade do órgão de administração ou de direção, em condições justas de mercado, especialmente no que diz respeito aos juros e às garantias oferecidas, com análise prévia da solvabilidade do adquirente; ii) a operação ter de ser submetida à aprovação prévia da Assembleia Geral¹³; iii) o órgão de administração ou direção ter de apresentar à Assembleia Geral um relatório escrito indicando as razões da operação, o interesse da sociedade, as condições em que é efetuada, os riscos envolvidos para a solvabilidade da sociedade e o respetivo preço; iv) a não redução dos ativos líquidos para um nível inferior ao montante do capital social acrescido das reservas indisponíveis; e v) a inclusão de uma reserva equivalente ao valor da operação no passivo do balanço.

Não obstante o mérito, em boa verdade os requisitos elencados são dotados de uma elevada onerosidade para a sociedade assistente, o que apenas comprova que a solução avançada, ainda que positiva, também obsta drasticamente à realização da assistência financeira. Segundo Eilis Veronica Ferran, a operação mantém-se “time-consuming, costly, capable of ruining the risks of transaction-disrupting minority shareholder actions and able to expose directors to excessive personal risks”¹⁴.

Sustentando o ponto anterior, repare-se que grande parte da operação passa a estar reduzida aos administradores (i.e., a iniciativa, a negociação e a própria concretização), que assumem inteiramente a responsabilidade pelo sucesso da mesma. Perante os riscos envolvidos, os administradores tendem a furtar-se da celebração de negócios de financiamento com terceiros que envolvam a prestação de auxílios financeiros pela sociedade, o que não é criticável face ao excessivo grau de encargos imputados.

Atualmente, e ignorando a reprodução da solução no art. 64.º da Diretiva (UE) 2017/1132 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho, pela ausência de transposição do diploma comunitário, o legislador nacional permanece indiferente à flexibilização do regime societário neste domínio, o que significa que, na prática, ainda vigora

¹² Cfr. considerando (5), que dispõe: “Os Estados-membros deverão ter a faculdade de permitir que as sociedades anónimas concedam assistência financeira”.

¹³ A Assembleia Geral deve deliberar em conformidade com as regras de quórum definidas no atual art. 83.º da Diretiva 2017/1132/UE. Para tal, exige-se a aprovação por uma maioria não inferior a 2/3 do capital subscrito representado.

¹⁴ Ferran, 2005, p. 93.

no nosso ordenamento jurídico um regime abolido há mais de 30 anos pelo seu próprio “berço”¹⁵ e da União Europeia há cerca de 16 anos.

3.2 Direito Comparado

3.2.1 Reino Unido

Desde o início do século XX, inúmeros foram os episódios que marcaram a evolução da figura. A sua origem remonta, no entanto, ao *Companies Act* de 1928 (*Section 16*), tendo surgido a proibição na sequência de uma reforma societária conduzida pela Comissão *Greene* para reagir aos chamados “empréstimos de guerra”¹⁶.

Esta consistia numa prática frequente entre investidores (após a 1.^a Guerra Mundial) que se caracterizava no recurso desenfreado a financiamentos bancários com fito na aquisição de sociedades em boas condições económicas para que depois saldasse as suas dívidas com os próprios fundos da sociedade, mediante transferências do preço de aquisição das suas participações sociais para a sociedade assistente. Do relatório elaborado pela Comissão constava a ideia de que tal prática violava não só a letra, como também o espírito da proibição da aquisição de ações próprias pela sociedade, razão pela qual se pugnava pela extensão desta última. Sublinhamos que os trabalhos preparatórios levados a cabo pela Comissão *Greene* tiveram em grande consideração a jurisprudência firmada no caso *Trevor v. Whitworth (1887)*¹⁷, que criou um importante precedente pelo respeito do princípio da conservação do capital social em tais operações.

Seguiram-se algumas alterações pontuais do regime em diplomas posteriores. Porém, terá sido na *Section 54* do *Companies Act* de 1948 que se introduziram exceções à proibição envolvendo as instituições de crédito ou financeiras, bem como os trabalhadores de uma unidade económica (cfr. art. 322.º, n.º 2 do CSC). A par disso, estendeu-se a proibição aos casos de subscrição¹⁸ e às relações de domínio e de grupo.

Desde a década de 60 que se procurou seguir um caminho orientado por uma tendência de “suavização” da proibição (absoluta) da assistência financeira, assim o confirmando o relatório da Comissão *Jenkins* (1962), no âmbito do qual se teceram duras considerações a

¹⁵ Nunes, 2015, p. 11.

¹⁶ Vd. Mota, 2005, p. 108.

¹⁷ Como esclarece Vitorino, 2021, p. 12, “ao contrário dos casos anteriores em que se havia permitido a aquisição por uma sociedade das suas próprias ações, desde que respeitada a doutrina de ultra vires, ou seja, desde que tal operação integrasse o seu objeto social, (...) no caso referido entendeu-se que tal aquisição deveria ser sempre proibida”.

¹⁸ Vd. o caso *Re VGM Holdings Ltd.* (1942), em que se pugnou pela não aplicação da proibição, uma vez que estava em causa uma aquisição originária, e não derivada, de ações.

propósito do caráter restrito do regime¹⁹ e se pugnou a sua substituição por um mecanismo mais flexível.

Em 1985, com a revisão do regime no *Companies Act* de 1981, passou a regular-se de forma distinta as *private companies* das *public companies*, consagrando para as primeiras um procedimento que determinava a licitude de certas operações²⁰. Ademais, para além da introdução de um *principal purpose* por adesão a uma tese subjetivista²¹, excluíram-se também da proibição todos os casos em que a assistência financeira consistia numa parte meramente incidental de qualquer outro propósito mais amplo²².

Baseado nas (primeiras) construções britânicas invocadas, o art. 23.º da Diretiva do Capital serviu, por sua vez, de inspiração ao art. 322.º do CSC, aprovado pelo Decreto-lei n.º 280/87, de 8 de julho, o qual transpôs o regime comunitário e implementou uma proibição praticamente absoluta que permanece até à presente data imune ao crescente movimento de flexibilização que se tem vindo a assistir nos últimos anos.

No Reino Unido, em 2006, em resultado da transposição da Diretiva 2006/68/CE, verificou-se um parcial declínio da interdição no *Companies Act* com a conseqüente inaplicabilidade da proibição às *private companies*, independentemente do procedimento adotado por estas²³. Contrariamente ao regime português, é possível encontrar nas atuais *Sections 681 e 682* do *Companies Act* de 2006 a existência de *conditional e unconditional exceptions*.

3.2.2 Itália

No ordenamento jurídico italiano, a proibição em análise surgiu em momento anterior à implementação da Diretiva do Capital.

No início, existia apenas uma posição restritiva face à concessão de crédito pela sociedade aos seus sócios quando o mesmo fosse garantido por ações próprias desta. Tais operações foram recorrentes durante a vigência do *Codice di Commercio* (1865), o que rapidamente despoletou a necessidade de atentar aos riscos associados, i.e., à manutenção do

¹⁹ Sobre a *Section 54* do *Companies Act* de 1948, considerava-se que a mesma “ha[d] proved to be an occasional embarrassment to the honest without being a serious inconvenience to the unscrupulous”, propondo uma mudança de foco: “The problem, (...) is how to strike more effectively at the latter while causing less embarrassment to the former”. Criticava-se o facto de a proibição ser demasiado ampla e genérica e, por isso, suscetível de penalizar operações ditas “*inocentes*”, vd. Vitorino, 2021, p. 12.

²⁰ Entitulado como “*private companies exemption*” por legitimar tais sociedades a prestar assistência financeira, desde que reunidos certos pressupostos formais e financeiros, cfr. Silva, 2010, pp. 153 e 154; Roberts & Horan, 2005, p. 20.

²¹ De acordo com a *Section 151 (1)*, leia-se: “it is not lawful for the company or any of its subsidiaries to give financial assistance directly or indirectly for the purpose of that acquisition”. Por sua vez, na *Section 54 (1)* do *Companies Act* de 1948, a abrangência era maior (“for the purpose of or in connection with a purchase or subscription”), o que significa que, independentemente da existência de tal propósito, sempre se admitiria a aplicação da proibição caso verificasse uma “*connection*” entre a assistência prestada e a aquisição das ações.

²² Vulgo “*purpose exemption*”. Nesta, o elemento volitivo tem um grande impacto só operando tal exceção nos casos em que toda a operação tenha sido realizada de boa-fé, vd. Vitorino, 2021, p. 14.

²³ Para maiores desenvolvimentos, vd. Giannino, 2006, p. 15.

capital social ou ao simples facto de as mesmas corresponderem a uma devolução encoberta das entradas dos sócios²⁴. Porém, em 1882 passou a estabelecer-se, no âmbito do referido diploma, a proibição de tais negócios internos (cfr. art. 144.º), vedando-se apenas os empréstimos garantidos por ações próprias (*anticipazioni*)²⁵. Em 1942, o *Codice Civile*, no seu art. 2358.º,²⁶ passou a estender a interdição da assistência financeira a todo o tipo de empréstimos, sempre que a sua finalidade (ainda que indireta) fosse a aquisição de ações próprias pela sociedade financiadora.

Em 1986, o preceito foi alterado pelo *Decreto n.º 30* do Presidente da República em virtude da adaptação do regime ao art. 23.º da Diretiva do Capital. As principais modificações prenderam-se com o abandono da referência às *anticipazioni*, mantendo-se a parte relativa aos empréstimos e aditando-se a prestação de garantias para aquisição ou subscrição de ações próprias. Além disso, ainda que na norma do diploma comunitário tenham sido consagradas duas exceções à proibição, note-se que no ordenamento jurídico italiano apenas se consagrou uma exceção aplicável apenas às sociedades por ações e somente para os trabalhadores da própria sociedade (deixando de parte as operações correntes das instituições de crédito). Um outro aspeto proveniente desta reforma de 86 tem a ver com o facto de a proibição passar a abranger as sociedades de responsabilidade limitada, não beneficiando estas de qualquer exceção²⁷. Atualmente, devido à transposição da Diretiva 2006/68/CE, apenas as sociedades anónimas ficam legitimadas a concretizar operações de assistência financeira, ainda que em condições limitadas.

Importa já trazer à colação, sem prejuízo da sua maior densificação *infra*, a posição deste ordenamento face às operações de *Leveraged Buy-Outs* (LBO). Inicialmente, a doutrina italiana considerava, genericamente, que tais operações violavam a proibição da assistência financeira, uma vez que as suas consequências materiais, nomeadamente a transferência do custo de aquisição para a sociedade adquirida, colidiam com o espírito do art. 2358.º do *Codice Civile*, representando a execução de tal ato uma fraude à lei. Contudo, uma ideal unanimidade já não se verificava a propósito dos *Merger Leveraged Buy-Outs* (MLBO), no âmbito dos quais ambas as sociedades (adquirente e adquirida) se fundiam após a aquisição. Os argumentos da divisão refletiam, na verdade, muitos daqueles que ainda hoje subsistem no debate nacional, nomeadamente o facto de que, para uns, a fusão, sendo um instrumento colocado por lei à disposição das sociedades, poder ser utilizada para os mais variados fins, enquanto para

²⁴ Como esclarece Leite, 2011, a *ratio* da proibição não se baseava na possível inidoneidade das ações da sociedade como garantia aos empréstimos, mas antes se “temendo que [tal disposição] propiciasse uma devolução encoberta da obrigação de entrada (...) I.e., contrariamente ao regime britânico, a tónica da proibição não assentava na detenção, pela sociedade, de ações próprias, mas na necessidade de evitar a eventual despatrimonialização resultante do empréstimo concedido pela mesma”, pp. 133 e ss.

²⁵ Cfr. Pessani, 2012, p. 8 *apud* Albuquerque, 2019, pp. 11 e ss.

²⁶ O mesmo vigora para as sociedades anónimas. Para as denominadas “*societades de responsabilidad limitada*” (correspondentes às nossas sociedades por quotas), foi consagrado o art. 2474.º.

²⁷ Cfr. art. 2483.º do *Codice Civile*. Note-se que outrora também a doutrina e a jurisprudência já defendiam a extensão do regime existente mediante aplicação analógica, cfr. Vitorino, 2021, p. 9.

outros se atribuía a máxima importância ao elemento finalístico, i.e., se a finalidade da fusão fosse transferir o custo da aquisição para a *target*, tal concentração de empresas configuraria uma fraude à lei. Nesta senda, assumiu grande relevância o *Decreto Legislativo n.º 6/2003*, de 17/01, que, ao introduzir o art. 2501.º *bis* no *Codice Civile*, veio consagrar um regime próprio para tais situações, estabelecendo os requisitos formais e substantivos necessários à concretização da fusão.

Em 2008, com o *Decreto Legislativo n.º 142*, de 04/08, a lei italiana deu mais um passo na flexibilização do regime em virtude da transposição da Diretiva 2006/68/CE.

3.2.3 Espanha²⁸

Atualmente regulada no *Real Decreto Legislativo n.º 1/2010*, intitulado *Ley de Sociedades de Capital* (doravante, “LSC”), a matéria que vimos tratando – a assistência financeira – encontra-se atualmente regulada no direito espanhol de forma a abranger indistintamente as sociedades de capitais.

Contrariamente aos ordenamentos jurídicos *supra* analisados, no regime em vigor em Espanha a proibição da assistência financeira surgiu apenas com o art. 23.º da Diretiva do Capital, tendo sido pela primeira vez incorporado na *Ley n.º 19/1989*, em resultado de uma reforma da legislação empresarial. Posteriormente, a proibição consagrou-se no art. 81.º da *Ley de Sociedades Anónimas*, resultando dos atuais arts. 143.º/2 e 150.º da LSC.

Como introduzido *supra*, no país vizinho a proibição é estendida às sociedades por quotas num preceito autónomo (cfr. art. 143.º, n.º 2 da LSC²⁹), que obsta à realização de qualquer operação de assistência financeira que vise permitir a aquisição participações sociais nas relações intra-grupo.

Semelhante à nossa realidade, também em Espanha a proibição da assistência financeira é definida em termos amplos, abrangendo vários atos e aplicando-se independentemente do momento temporal em que a assistência se verifique. Também de modo idêntico, as penalidades pela violação são severas, implicando a nulidade de todo o negócio de financiamento. Mas não só. Prevê-se expressamente nos arts. 225.º, 226.º, 236.º, n.º 3 e 237.º da LSC que a responsabilidade dos administradores envolvidos na operação se estende aos administradores de facto.

²⁸ Sobre o tema, vd. “Spanish Financial Assistance Rules”, *Funds Insider*, Ashurst, Issue 4, de 28.02.2022.

²⁹ “Artículo 143. 2: La sociedad de responsabilidad limitada no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca” (sublinhados nossos). Comparativamente às sociedades anónimas, o regime das *sociedades de responsabilidad limitada* é mais severo, proibindo-se não só a aquisição das próprias *participaciones* e da sociedade-mãe, como também de qualquer empresa do grupo.

As exceções, previstas nos n.ºs 2 e 3 do art. 150.º da LSC, aplicam-se apenas às sociedades anónimas, respeitando a dois tipos de transações: i) as destinadas a facilitar a aquisição de ações pelos trabalhadores da sociedade ou de qualquer outra pertencente ao mesmo grupo; e ii) as efetuadas por bancos e demais instituições financeiras, desde que a assistência financeira seja feita no âmbito do curso normal da sua atividade e que os fundos prestados sejam feitos por recurso a ativos disponíveis. No que tange a esta segunda exceção, a lei espanhola estabelece uma obrigação adicional: os bancos estão obrigados a constituir no balanço uma reserva indisponível equivalente ao valor total do montante concedido.

A propósito dos *Merger Leveraged Buy-Outs*, e de um modo semelhante ao ordenamento italiano, prevê o art. 35.º da *Ley 3/2009, de 3 de abril (Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles)* um procedimento especial para a realização deste tipo de fusões, sendo admitidas de forma condicional e uma vez decorridos 3 anos desde o momento em que a dívida se concretizou³⁰.

4. O regime legal português e sua caracterização

4.1 O art. 322.º CSC

No Direito Português, a disciplina e proibição basilar da assistência financeira foi consagrada no art. 322.º do CSC resultando da norma, com total clareza, que uma sociedade não pode fazer empréstimos, ou por alguma forma fornecer fundos ou prestar garantias para um terceiro³¹ subscrever ou adquirir ações representativas do seu capital social (n.º 1). O legislador transcreveu ainda as únicas duas exceções previstas no diploma comunitário (n.º 2), bem como a sanção prevista para a violação da proibição, i.e., a nulidade (n.º 3).

Salvo melhor opinião, cremos que a reprovação da operação em causa apenas assume um caráter relativo. Decerto que a plena concretização dos ditames postulados na cláusula geral do n.º 1 do art. 322.º CSC determinará a efetiva aplicação da proibição, com a consequente nulidade da transação. Porém, não obstante a afetação da situação patrimonial líquida da empresa, repare-se que a operação não apresenta qualquer ilicitude quando integra uma das exceções previstas no n.º 2 (sem descurar o limite ora estabelecido), assim como – atendendo à *ratio* da norma – quando o elemento finalístico não se achar preenchido, sabendo que estamos perante um requisito igualmente cumulativo³². Ademais, sempre se deverá ter

³⁰ Vd. Calero & Torres, 2011, pp. 5-49; Ruiz & Hernández, 2016, pp. 753-788.

³¹ De notar que a expressão assume um sentido lato, incluindo os próprios sócios. Neste sentido, Bastos, 2009, p. 189, nota 13; Oliveira, 2017, p. 227. Não obstante o sentido ser o mesmo, o termo utilizado no §71a da AktG não é “terceiro”, mas sim “um outro” (*ein anderer*). Vd. Schroeder, 1995, pp. 154 e ss. *apud* Albuquerque, 2019, p. 31.

³² Neste sentido, Albuquerque, 2019, p. 71, vd. também Ac. STJ de 27.09.2022 (R. Jorge Arcanjo), proferido no âmbito do Proc. n.º 2309/16.2T8PTM.E1.S, de onde se transcreve “a lei não proíbe pura e simplesmente a assistência financeira, mas só aquela que é dotada de determinado fim”. Em sentido oposto, vd. Ac. TRL de 17/04/2018 (R. Isabel Fonseca), proferido no âmbito do Proc. n.º 7169/07.1YYLSB-A.L1-1.

presente um argumento de ordem sistemática, atento o facto de a norma ser influenciada pelo conjunto normativo em que se insere.

Sobre uma das querelas mais controversas neste domínio, pergunta-se: estaremos ou não perante um prolongamento do regime das ações próprias? Foi precisamente neste sentido que se firmou a opinião dos especialistas³³ durante um considerável lapso de tempo, assumindo como matriz na construção do argumento o facto de se pretender evitar qualquer fraude à disciplina e, por consequência, qualquer operação conducente ao mesmo resultado económico. Na verdade, a própria inserção sistemática do preceito sugere que a proibição mais não é do que um reforço de tal regime. Todavia, rapidamente se insurgiram alguns opositores a esta tese³⁴, advogando carecer de sentido lógico proibir-se, de modo absoluto, com a disciplina da assistência financeira algo que o específico regime das ações próprias a mais das vezes concede³⁵. Existem ainda diferenças significativas do ponto de vista estrutural entre ambas as figuras, dado que, contrariamente ao que sucede com as ações próprias, na assistência financeira a sociedade não se torna sócia de si mesma, mas antes se verifica a mera assunção de um crédito alheio.

Em termos gerais, é possível dizer que sempre que a sociedade prestar um auxílio financeiro, direta ou indiretamente, para a aquisição de ações próprias haverá uma assistência proibida, independentemente do momento em que surge o auxílio³⁶. Segundo Ana Perestrelo de Oliveira, o conceito de assistência inclui um espectro mais amplo de incentivos conferidos com o mesmo objetivo para além dos de cariz financeiro³⁷. Neste domínio, a aparente simplicidade contrasta com as dificuldades de interpretação, que exigem um cuidado acrescido. Analisaremos, assim, a natureza e substância de cada um dos pressupostos.

4.1.1 Elementos objetivos

4.1.1.1 Negócio de financiamento

A este propósito referimo-nos à passagem da norma relativa à concessão de empréstimos, fornecimento de fundos e quaisquer garantias que possam ser prestadas.

³³ Cfr. Rocha, 1994, p. 311; Osório, 2001, p. 189; Mota, 2005, p. 110; Oliveira, 2017, pp. 221 e 281.

³⁴ Julgando o regime das ações próprias inócuo para sustentar a proibição da assistência financeira, vd. Ventura, 1992, p. 378; Silva, 2010, p. 173; Leite, 2011, p. 133.

³⁵ Note-se que não só o art. 317.^o/2 prevê a possibilidade de a sociedade adquirir ações próprias até ao limite de 10% do seu capital (proibição relativa), como o referido limite é sujeito às exceções previstas no número imediatamente seguinte da norma.

³⁶ Existem 2 tipos de assistência financeira: a precedente (anterior ou contemporânea à aquisição) e a sucessiva (i.e., posterior à aquisição).

³⁷ Nomeadamente, as doações e demais atos gratuitos, os empréstimos, as garantias (pessoais e reais), os *waivers*, i.e., casos em que a sociedade não exerce os direitos que tem contra terceiros ou em que admite uma prorrogação do prazo ao pagamento da dívida, bem como qualquer outra configuração de assistência financeira que implique uma redução significativa dos bens da empresa (Oliveira, 2017, pp. 229-230). Todavia, o conceito não deve ser sem mais interpretado extensivamente. O pagamento de dividendos por uma distribuição ordinária, ou por força de uma dissolução, ainda que possa financiar a aquisição de ações, não deve ser considerada como forma de assistência financeira.

Partindo de uma visão mais lata do conceito, compreende-se que o denominador comum da proibição radica em qualquer forma de concessão de crédito pela sociedade ao terceiro, abrangendo aqui desde os negócios onerosos mais elementares (*e.g.*, mútuo, comodato, locação, entre outros) às típicas liberalidades³⁸. Será, por isso, necessário atender à própria substância da operação (“*test of commercial substance and reality*”³⁹), e não tanto à sua forma específica. De um modo geral, poder-se-ia defender ser toda e qualquer concessão de crédito abrangida pela proibição, salvo a prova da sua licitude. Porém, cremos que pelo facto de estarmos perante uma norma repleta de conceitos indeterminados, que carece de uma análise minuciosa da sua teleologia ao caso concreto, ainda que se possa defender uma interpretação extensiva a uma panóplia ínfima de atos⁴⁰, o intérprete é desafiado a não cair no exagero de albergar todas as demais situações que, de certa forma, escapam ao espírito da norma.

Em suma, o presente requisito visa todo e qualquer tipo de negócio celebrado entre a sociedade e o terceiro que permita a este último obter uma atribuição patrimonial suscetível de facilitar a sua subscrição ou aquisição de ações da sociedade assistente.

4.1.1.2 A subscrição ou aquisição de ações da sociedade assistente

O segundo requisito diz respeito à subscrição ou aquisição de ações pelo terceiro. Tem a ver, portanto, com o negócio aquisitivo.

Não obstante a amplitude da norma, não deverá ser considerada como assistência financeira a estipulação de *break-up fees*, dado que os valores entregues a tal título apenas assumem uma função indemnizatória em caso de rompimento das negociações, não se verificando qualquer apoio financeiro que justifique a proibição⁴¹.

A par destas, também se encontram excluídos do âmbito normativo quaisquer contratos realizados em situação de desfavor para a sociedade se os mesmos não estiverem ligados à facilitação de aquisição de ações próprias⁴². Questiona-se a este propósito se deverão considerar-se abrangidas pela norma outras realidades, nomeadamente os valores mobiliários suscetíveis de conduzir à titularidade de ações (*i.e.*, convertíveis em ações ou com direito de subscrição de ações). Mais uma vez, crê-se que a resposta dependerá sempre de uma análise

³⁸ Porém, como pugna Pedro Nunes: “as doações não são admitidas, pois, *il vas san dire*, quem não pode o menos (emprestar), [também] não pode o mais (doar)” (2021, p. 12).

³⁹ Vd. O caso *Robert Chaston vs. SWP Group Plc* (2002), onde tal teste teve aplicação e em que se considerou que um administrador de uma subsidiária da sociedade-mãe (*target – Dunstable Rubber Company Holdings Ltd*) concedeu assistência financeira à *SWP Group Plc* para adquirir ações na referida dominante, através do pagamento das *fees* dos auditores relativas à transação em apreço, ao abrigo do artigo 151 do Companies Act de 1985.

⁴⁰ A título de exemplo, por envolverem efeitos semelhantes ou até piores para a sociedade: as doações, a remissão de créditos e a renúncia a direitos.

⁴¹ Neste sentido, Habersack, 2010, p.744 e Cahn, 2015, p. 43. Contudo, no direito inglês a figura é dotada de alguma relevância: “The City Code on Takeovers and Mergers now contains a general prohibition on deal protection measures such as break fees. In the limited circumstances in which they are permitted, the aggregate value of the break fee(s) must be less than 1 per cent of the target’s market capitalization, based on the bidder’s offer price”.

⁴² Cfr. Oliveira, 2017, pp. 226-227; Osório, 2001, pp. 196-197, para quem a proibição se estende aos casos em que a aquisição não seja realizada atendendo às condições justas de mercado.

casuística. Assim, caso se comprove que o fim último da operação consistia em contornar a proibição, considerar-se-á inevitavelmente a mesma como abrangida pela interdição⁴³.

Note-se que, apesar de, por força do art. 325.º-B do CSC, a aquisição de ações da sociedade dominante (nas relações de domínio ou de grupo, cfr. arts. 486.º e 488.º do CSC) estar abrangida pela proibição, semelhante solução, contrariamente ao previsto no Direito Comparado, já não se verifica para a aquisição de ações na sociedade dependente.

Ponto fulcral nesta fase tem ainda a ver com o momento temporal da assistência financeira⁴⁴. Ainda que para uma boa parte da Doutrina seja indiferente se a assistência se revela anterior, contemporânea ou posterior ao negócio aquisitivo, sublinha-se não ser essa a posição assumida em Itália⁴⁵, nem tampouco na Alemanha⁴⁶.

4.1.2 Elemento subjetivo ou finalístico

Para que se possa considerar um determinado negócio aquisitivo proibido à luz do art. 322.º do CSC, é imperioso que se verifique uma ligação funcional entre a assistência operada (i.e., o negócio de financiamento) e a própria aquisição das ações. Demanda a *ratio* da norma a existência de um nexos causal entre os negócios⁴⁷, o que em termos práticos significa ter de ser claro que o negócio de financiamento assume como objetivo final (ou causa específica) facilitar a aquisição das ações. Em termos simples, a ausência do elemento finalístico inviabiliza a concretização da assistência financeira.

É, portanto, necessário que se verifique uma relação causal subjetiva e intencional, de causa-efeito, entre ambos os negócios. Contudo, a finalidade descrita terá necessariamente de ser um motivo comum para ambos os outorgantes⁴⁸, como se de um “conluio”⁴⁹ entre a sociedade e o terceiro assistido se tratasse.

De difícil resposta é a questão de saber como apurar o elemento finalístico no caso em apreço. Segundo alguma doutrina bastaria tão só proceder-se a um teste objetivo⁵⁰, no entanto, a opinião dominante nos diversos países europeus aponta para a necessidade de avaliação da própria vontade *ex ante* das partes envolvidas. Ou seja, se uma sociedade

⁴³ Cfr. Oliveira, 2017, p. 226 e Albuquerque, 2019, p. 76.

⁴⁴ Aquisição concreta das ações não é pressuposto da aplicação da proibição, dado todo o regime ter sido construído em torno do elemento finalístico. Assim, decisivo à aplicação da norma parece ser apenas o facto de o negócio de financiamento ter sido realizado com o intuito de facilitar tal resultado aquisitivo, independentemente de este se concretizar ou não.

⁴⁵ Vd. Vicari, 2006, p. 51; Pessani, 2012, p. 88 *apud* Albuquerque, 2019, p. 83. Na jurisprudência italiana, atente-se a decisão do *Tribunale di Genova*, 13/10/1986, *Giurisprudenza commerciale*, 1989, pp. 661 e ss.

⁴⁶ Atendendo a razões de segurança jurídica, para Mathias Habersack, a proibição não vigora quando a assistência tiver sido realizada em momento posterior ao da aquisição das ações (2010, p. 740 *apud* Albuquerque, 2019, pp. 83 e ss).

⁴⁷ Cfr. Vitorino, 2021, pp. 20 e 27 e ss.; Silva, 2010, pp. 195 e ss.

⁴⁸ Nas palavras de Margarida Costa Andrade, “para que se aplique a sanção de nulidade, prevista no n.º 3, a sociedade e o terceiro têm de comungar do mesmo fim” (2018, p. 454 e ss).

⁴⁹ Cfr. Leite, 2011, p. 151.

⁵⁰ Vd. Puhler, 1996, p. 91; Hassner, 2012, p. 392 *apud* Albuquerque, 2019, pp. 96 e ss.

conceder um empréstimo a um terceiro, mas no momento do empréstimo não tiver assente, ou pelo menos visualizado, que o mesmo se destina à aquisição das ações, ainda que se verifique posteriormente que as importâncias mutuadas tiveram esse fim, não se achará aplicável o regime do art. 322.º CSC⁵¹.

Uma outra *vexata quaestio* surge em torno de saber se os casos em que se verifica uma finalidade híbrida são igualmente subsumíveis à alçada do art. 322.º CSC. A resposta é, sem hesitações, negativa. Para o efeito, parte da doutrina portuguesa entende que sempre que “o propósito de facilitar a aquisição for [meramente] acessório ou incidental de outro propósito principal ou se o propósito da operação for mais amplo, não é de aplicar a proibição”⁵², devendo antes a aquisição das ações, em consequência do financiamento, concretizar o *principal purpose* de toda a transação. Aliás, é esse o fundamento recorrentemente apresentado para legitimar a admissibilidade dos *Merger Leveraged Buy-Outs* e sua exclusão do âmbito da proibição⁵³.

5. Exceções à proibição

Procedendo a uma leitura do n.º 2 do art. 322.º do CSC, é possível conhecer as duas únicas hipóteses em que se conjectura a admissibilidade da assistência financeira⁵⁴. Estas têm a sua génese no Direito Europeu⁵⁵, bem como no próprio elemento subjetivista da proibição⁵⁶.

A primeira diz respeito às “operações correntes” dos bancos ou outras instituições financeiras, enquanto a segunda é relativa aos casos em que as operações têm em vista a aquisição de ações pelo, ou para, o pessoal da própria sociedade assistente ou de uma outra com ela coligada. No entanto, tais ressalvas não operam de um modo absoluto e indiscriminado, conhecendo limitações ao seu âmbito formal, necessárias para assegurar a tutela do princípio da intangibilidade do capital social. Para o efeito, dispõe a lei em termos mais descritivos que o financiamento terá de ser necessariamente feito com recurso a bens livremente distribuíveis⁵⁷ (cfr. art. 322.º, n.º 2 *in fine* CSC).

⁵¹ Sem prejuízo de os elementos objetivos estarem reunidos. Cfr. Albuquerque, 2019, p. 97.

⁵² Nunes, 2015, p. 14, e Oliveira, 2017, pp. 227-228. Vd., também, o caso *Dyment v. Boyden* 1 BCLC 13, CA (2005), no âmbito do qual se considerou que a transação (aceitação de *leasing* de certos bens com rendas excessivas) ocorreu “em conexão” com a aquisição das ações, mas não “para o fim” da aquisição.

⁵³ Segundo Menezes Cordeiro, “A ideia de takeover anda, assim, em torno da aquisição duma empresa, através da compra de posições sociais, de modo a tirar partido de particularidades do mercado mobiliário e com fins que transcendem a simples aquisição realizada” – (1954, p. 764). Com a mesma posição, vd. Osório, 2001, p. 196; Vitorino, 2021, p. 28; Silva, 2010, p. 196.

⁵⁴ Ainda que no ordenamento jurídico inglês existam três níveis de exceções, todas elas se equiparam à prática nacional. Na Alemanha, por sua vez, estabelece-se uma verdadeira terceira exceção para os casos de transações entre empresas do mesmo grupo, cfr. *Section 71a, paragraph 1, sentence 3 AktG*.

⁵⁵ Cfr. art. 23.º, n.º 2 da Diretiva do Capital.

⁵⁶ Neste sentido, refletem alguns autores sobre a perda da relevância da autonomização das exceções desde o momento em que prosperou o elemento finalístico, vd. Leite, 2011, p. 157.

⁵⁷ Em alguns ordenamentos, assim como resulta da solução consagrada na Diretiva 2006/68/CE, é obrigatória a constituição de uma reserva indisponível no passivo. No entanto, à luz do disposto no art. 64.º, n.º 6 da Diretiva 2017/1132/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho, tal exigência deixa de fazer sentido nas hipóteses em que operem alguma das exceções à proibição.

Não obstante o mérito da solução, segundo alguns autores estamos ainda assim perante uma proteção delicada⁵⁸ e de reduzido sentido útil, sobretudo nos casos em que a assistência financeira tenha sido prestada por recurso a garantias⁵⁹.

5.1 As operações correntes dos bancos e demais instituições financeiras

Prevista aquando da reforma de 1987 “de modo a, na época, facilitar as reprivatizações”⁶⁰, esta exceção é definida tendo por base o objeto da sociedade emitente, sendo decisivo apurar o tipo de atividade exercida pela sociedade.

Assim, para que o caso concreto caia na alçada da presente exceção é necessário que a sociedade-alvo exerça uma atividade bancária ou qualquer outra atividade que a permita caracterizar enquanto instituição de crédito ou sociedade financeira, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 298/92, de 31/12.

A acrescentar ao requisito anterior, é ainda necessário que a operação em causa se enquadre no âmbito das “operações correntes” da sociedade emitente. Em alguns ordenamentos jurídicos (como o inglês) a exceção é interpretada em termos mais restritivos, exigindo-se que a operação em causa corresponda ao exercício do curso normal dos negócios da instituição. Neste sentido, seria impossível considerar que um empréstimo concedido para a aquisição de ações próprias da instituição de crédito preenchesse o critério, antes se tratando de “empréstimos especiais para fins especiais”⁶¹. Entre nós, a exceção tem maior amplitude, bastando que se trate de uma operação “habitualmente efetuada pela sociedade no âmbito da realização da sua atividade”⁶², só se excluindo casos peculiares tidos por não configurarem operações correntes, a saber: i) quando a instituição em causa não concede crédito numa base regular; ii) quando as condições de crédito sejam inesperadamente favoráveis⁶³; ou iii) quando não sejam prestadas quaisquer garantias. Note-se que, em todo o caso, as exceções só são úteis de estudar caso os principais pressupostos estejam verificados. Assim, por exemplo, nos casos

⁵⁸ Vd. Rocha, 1994, pp. 317-318; e Nunes, 2015, p. 16.

⁵⁹ Cfr. Silva, 2010, p. 219; Nunes, 2015, p. 16.

⁶⁰ Cfr. Albuquerque, 2012, p. 888.

⁶¹ Cfr. Oliveira, 2017, p. 233. Vd. ainda o caso *Fowlie vs. Slater* (1979) NLJ 465, em que se reitera que o legislador inglês exclui o financiamento concedido com a finalidade de adquirir ações do banco e que não possa ser utilizado para outro fim.

⁶² Albuquerque, 2012, p. 124; Oliveira, 2017, p. 229; Nunes, 2015, p. 15. Na doutrina alemã, veja-se Schroeder, 1995, p. 217; Cahn, 2015, anotação 57 *apud* Albuquerque, 2019, pp. 124-125. De opinião diversa, parecendo bastar-se com a mera ligação da operação ao objeto social, Osório, 2001, p. 210.

⁶³ Referimo-nos, a título de exemplo, à previsão de prazos de pagamento generosamente dilatados, a contraprestações baixas ou mesmo à ausência de avaliação do risco de crédito. Vd. Ventura, 1992, pp. 379-380 e Oliveira, 2017, p. 229. Vd. Ac. TRL de 17.04.2018 (R. Isabel Fonseca), proferido no âmbito do proc. n.º 7169/07.1YYLSB-A.L1-1, em que se pugnou tais “comportamentos (...) est[arem] perfeitamente enquadrados na ratio do regime de proibição”, perfilhando a posição de Inês Pinto Leite que entende que uma das finalidades da proibição consiste em “evitar que o capital social “seja ‘alimentado’ com base no património da própria sociedade em vez de o ser com apports externos dos accionistas, tutelando o capital enquanto garantia de terceiros”.

em que não se verifique o elemento finalístico, perde qualquer sentido apelar à exceção legal, uma vez que nem se chega a cair no âmbito da proibição legal por completo.

5.2 A aquisição pelo ou para o pessoal da sociedade (*stock options*)

A segunda e última exceção prevista no n.º 2 depende da qualidade do beneficiário da assistência financeira, referindo-se a lei neste segmento apenas ao “pessoal”⁶⁴ da sociedade.

Reconhecendo as vantagens associadas à participação ativa de colaboradores no capital social (tendo em vista objetivos de política social), consideram-se abrangidos pela norma os trabalhadores da própria sociedade⁶⁵. No entanto, permanece em aberto a questão de saber se também os trabalhadores independentes estarão, ou não, abrangidos pela reserva. Ora, não obstante uma inclinação doutrinária para uma posição adversa à inclusão de trabalhadores não subordinados na exceção⁶⁶, existe ainda assim quem problematize, caucionando hipóteses em que se consiga comprovar uma “ligação suficientemente longa ou estável [de tais prestadores] (...) à própria organização interna da sociedade”⁶⁷ defendendo, por consequência, a sua inclusão com base nos reiterados objetivos de política social.

Sublinhamos que a questão da temporalidade do vínculo merece, de facto, a atenção do intérprete, sobretudo para evitar uma fraude à lei. O vínculo com a sociedade deve ser real e não apenas determinado como forma de contornar a proibição, pelo que, tendo em conta a não exigência de um período da vigência da colaboração⁶⁸, questiona-se se também os estagiários ou indivíduos contratados a termo se poderiam inserir no âmbito de aplicação da norma, dada a sua passagem pela sociedade ser meramente temporária⁶⁹. Cremos ser imperativo, nesta senda, uma interpretação ampla da expressão, de forma a garantir que o princípio da igualdade entre trabalhadores não seja derogado. No entanto, a existir tal exceção, não se considera perentória a sua aplicação a todo o pessoal da sociedade⁷⁰, pelo que sempre se deverá manter em aberto a faculdade concedida a esta última de, querendo, estabelecer critérios de modo a definir objetivamente o perfil do trabalhador a quem entenda poder ser prestada a assistência financeira⁷¹.

⁶⁴ A lei prevê duas situações: i) “pelo pessoal”, reporta-se às hipóteses de aquisição direta pelos colaboradores; ii) “para o pessoal” refere-se à aquisição por organizações formadas por funcionários da sociedade assistente. Vd. Ventura, 1992, p. 380.

⁶⁵ Crê-se que, ao abrigo da *ratio* da norma, se consideram igualmente incluídos na exceção os ex-trabalhadores com vínculo já cessado por motivos de reforma, cfr. Albuquerque, 2019, p. 126.

⁶⁶ Cfr. Ventura, 1992, p. 381; Rocha, 1994, p. 31 e Osório, 2001, p. 210. Por seu turno, a favor da inclusão, Nunes, 2015, p. 15, e Silva, 2010, p. 214.

⁶⁷ Cfr. Albuquerque, 2019, p. 126.

⁶⁸ Muito embora a necessidade da sua existência já ter sido defendida, cfr. Oechsler, *op. cit.*, anotação 47 *apud* Albuquerque, 2019, pp. 126-127.

⁶⁹ Neste sentido, Nunes, 2015, p. 15, nota 47. Pedro de Albuquerque não partilha da mesma posição, considerando que também para os estagiários poderão valer os objetivos de política social subjacente à exceção (2019, p. 127).

⁷⁰ Vd. Schroeder, 1995, p. 222 *apud* Albuquerque, 2019, p. 127.

⁷¹ Por exemplo, em razão da antiguidade do trabalhador.

De forma consensual, não estão abrangidos no âmbito da exceção os membros dos órgãos de administração e de fiscalização, o que aliás resulta do art. 397.º do CSC⁷².

6. Consequências da violação da proibição da assistência financeira

O regime legal culmina com a nulidade de qualquer ato ou negócio praticados em violação da proibição da assistência financeira, conforme decorre do art. 322.º, n.º 3 do CSC.

Todavia, no plano comunitário a temática da sanção aplicável é profusamente debatida. Tal sucede, sobretudo, devido à ausência de uma estatuição para a violação da proibição prevista no art. 23.º da Diretiva 77/91/CE, assim como nos diplomas que a sucederam. A par disso, julga-se que a grande diversidade linguística no corpo das Diretrizes em cada Estado-membro é responsável pela falta de homogeneidade da sanção. Assim, ao passo que, de um modo não exaustivo, em Portugal, França⁷³, Espanha⁷⁴ e Itália⁷⁵ a solução é a nulidade, existem países como, por exemplo, a Áustria nos quais a validade do negócio não é posta em causa, mas tão-somente se verifica uma responsabilização dos órgãos sociais⁷⁶.

Retomando o ponto em discussão, apesar de ser defensável, por força do princípio do aproveitamento do negócio jurídico, que apenas o negócio de financiamento deverá ser invalidado, mantendo-se em plena força e vigência o negócio aquisitivo, ainda assim cremos não poder ser desconsiderada a eventual união subjacente a ambos os negócios, ou seja, verificando-se uma ligação funcional tal legitimaria a contaminação de todo o processo negocial, dado repercutirem-se as vicissitudes de um dos negócios sobre o outro⁷⁷. No entanto, sempre carecerá de sentido assumir *per se* a existência de tal coligação funcional: a mesma terá de ser comprovada, pelo que só em caso de êxito é que se poderá afirmar a igual invalidade do contrato aquisitivo⁷⁸. Caso contrário, este sobrevive.

Um aspeto interessante do regime tem que ver com a maneira como a sanção deixa de ser aplicável pela mera constatação da boa-fé de uma das partes. Como abordado previamente, o elemento finalístico terá de ser mútuo e determinante, ideia essa que agora se reitera e sublinha. Ora, não se encontrando uma das partes consciente da assistência financeira

⁷² Vd. Ventura, 2016, p. 381; Rocha, 1994, p. 317; Oliveira, 2017, p. 230. Em sentido oposto, Labareda, 1998, p. 188.

⁷³ Cfr. art. L.225-216 do Código Comercial Francês.

⁷⁴ Vd. Pires, 2008, p. 419 *apud* Albuquerque, 2019, p. 220. Aliás, a sanção de nulidade decorre da própria lei, cfr. art. 6.º, n.º 3 do Código Civil Espanhol.

⁷⁵ Todavia, o autor Stefano Cacchi Pessani acredita nem sempre valer a nulidade (2012, pp. 160 e ss. *apud* Albuquerque, 2019, p. 220).

⁷⁶ Vd. Gasser, 2009, p. 195 *apud* Albuquerque, 2019, p. 221.

⁷⁷ Semelhante solução decorre do art. 18.º da Lei de Crédito ao Consumo, que atribui relevância à união entre o negócio de financiamento e o negócio financiado, prevendo que a invalidade de um se repercutirá necessariamente no outro.

⁷⁸ Somente nesse caso é que se poderá considerar fundadamente que “as partes quiseram a pluralidade dos contratos como um todo, como um conjunto económico, estabelecendo entre eles uma dependência”, cfr. Telles, 2010, p. 476. Vd. ainda o caso *Carney v. Herbert* (1985) 1 AC 301.

operada, tal ignorância ou ingenuidade como que as salva da aplicação da proibição e, por consequência, da própria penalidade associada, mantendo-se o negócio aquisitivo vivo.

Por último, de notar ter o legislador culminado ainda a violação da proibição com uma sanção penal prevista no art. 510.º do CSC. Por força deste preceito, qualquer gerente ou administrador que preste assistência financeira em violação da lei será punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa⁷⁹, sem prejuízo da eventual responsabilidade civil em que tais membros poderão incorrer.

⁷⁹ A estatuição legal alterada pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, pois anteriormente apenas se previa uma pena de multa até 120 dias.

Capítulo II – Das pertinentes problemáticas doutrinárias

7. A aplicação analógica às sociedades por quotas

Nesta senda, cumpre questionar se a proibição de assistência financeira se estende às demais sociedades de capitais, não obstante a inserção sistemática e o sentido literal do texto determinarem a aplicabilidade da figura apenas às sociedades anónimas. A dúvida é pertinente, considerando que a maior parte das sociedades comerciais no nosso ordenamento jurídico reveste a forma de sociedades por quotas⁸⁰.

Constatando uma omissão de preceito semelhante ao art. 322.º CSC, a mesma é tendencialmente entendida como fundamento claro da inexistência de semelhante proibição da assistência financeira aquando da aquisição de quotas da sociedade assistente⁸¹. Ademais, segundo os defensores desta corrente a natureza excecional da norma é *per se* impeditiva de qualquer aplicação analógica⁸², equacionando que, ainda que admissível, a analogia não teria cabimento dada a ausência de uma qualquer lacuna jurídica que a sustentasse.

Porém, cremos que o silêncio da lei neste campo não só padece de uma verdadeira incoerência valorativa como, além disso, sistemática.

Desde logo, não é evidente o raciocínio do legislador por detrás da aparente distinção qualitativa entre sociedades anónimas e por quotas⁸³. A problemática não se cinge às primeiras, razão pela qual a falta de consagração de norma legal expressa não é suficiente para admitir a assistência financeira quando realizada por estas. A par disso, não cremos que a maior intervenção dos sócios, nem a maior flexibilidade de regime para a aquisição de quotas próprias⁸⁴ constituam argumentos suficientemente sólidos para justificar a solução que ora se refuta. Neste sentido, existe quem recuse⁸⁵ a excecionalidade do art. 322.º CSC, considerando defensável e até previsível a sua aplicação analógica às sociedades por quotas. Para Pedro de Albuquerque, o tema da inviabilidade de aplicação analógica das normas excecionais nem é, contemporaneamente, nobre de qualquer indagação, reduzindo-se antes a uma “lógica formal e conceptual ultrapassada”⁸⁶.

⁸⁰ Segundo a última atualização, em 2021 estavam inscritas e registadas, em Portugal, 396.132 sociedades por quotas propriamente ditas, i.e., não extintas e dissolvidas, por comparação a 29.845 sociedades anónimas.

⁸¹ Note-se a adesão da jurisprudência nacional a esta orientação, cfr. Ac. TRC de 03.03.2009 (R. Sílvia Pires), proferido no âmbito do Proc. n.º 228/04.4TBILHV.C1 e de Ac. STJ de 09.03.2022 (R. Pedro de Lima Gonçalves), proferido no âmbito do Proc. n.º 1600/17.5T8PTM.E1.S1.

⁸² Neste sentido, Mota, 2005, p. 91, e Osório, 2001, p. 193. Porém, advogando a favor da aplicação analógica da proibição às sociedades por quotas, vd. Labareda, 1998, pp. 188-189; Torres, 2015, pp. 155 e ss. e Oliveira, 2017, pp. 230-231.

⁸³ Contra Bernardo Abreu Mota, que defende ser de “afastar a analogia, por não existir, (...) um paralelo inquestionável entre as situações analisadas” (2005, p. 92).

⁸⁴ A este propósito, note-se a (clara) intenção do legislador no art. 220.º, n.º 2 e 3 CSC em evitar as aquisições de quotas onerosas suscetíveis de comportar as mesmas consequências práticas, ao nível do capital social, que motivam a proibição do art. 322.º CSC.

⁸⁵ A oposição é representada por Torres, 2015, p. 170 *apud* Albuquerque, 2019, p. 130.

⁸⁶ Vd. Albuquerque, 2019, p. 131.

Também o Tribunal da Relação do Porto já admitiu, implicitamente, a aplicação da assistência financeira às sociedades por quotas. Num seu acórdão com data de 15 de dezembro de 2021⁸⁷, pese embora a discussão ter ocorrido em torno da responsabilidade de uma sócia-gerente, este Tribunal defendeu que a “ré não poderia ignorar a proibição prevista no n.º 1 do art. 322.º do CSC, no caso geradora de prejuízo para os credores, na medida em que, depois de ter adiantado/emprestado aos demais sócios o montante necessário à aquisição das respectivas quotas, acordou com os mesmos que o pagamento seria efectuado pela própria empresa e não pelas pessoas às quais o dinheiro foi emprestado (...)”.

Paralelamente, também no Direito Comparado a indagação teve lugar. Na Alemanha, face à ausência de regras explícitas, a construção doutrinária tem sido feita no sentido da não aplicação analógica da proibição às *GmbH*⁸⁸. Em Inglaterra, o regime aplicável às *private companies* é substancialmente diferente do relativo às *public companies*, pelo que apesar de ter sido abolida a proibição para as primeiras em 2006, ainda se mantém em pleno vigor a sua aplicação em algumas circunstâncias⁸⁹, sendo imperiosa uma análise minuciosa dos perigos subjacentes. Em Espanha, por seu turno, a proibição é extensível às *sociedades de responsabilidad limitada*⁹⁰.

Pela nossa parte, cremos que toda e qualquer construção dogmática usada para refutar a extensão do regime cede perante a leitura e interpretação do art. 510.º, n.º 1 CSC⁹¹. O mencionado preceito⁹², ao prever igualmente a punição dos gerentes pela violação da proibição da assistência financeira, integra um crime específico próprio⁹³ e destina-se a tutelar “o regular funcionamento da sociedade comercial”⁹⁴ atendendo aos perigos inerentes à titularidade de participações próprias pela sociedade.

Por conseguinte, face à tutela da intangibilidade do capital social como fundamento da proibição, a conclusão final não poderá ser outra senão considerar que as operações de assistência financeira são todas elas, indistintamente, ilícitas, i.e., incluem-se nestas as

⁸⁷ Cfr. Ac. TRP de 15.12.2021 (R. Pedro Damião e Cunha), proferido no âmbito do Proc. n.º 10/18.1T8AVR-G.P1.

⁸⁸ Cfr. Windblicher, 2009, p. 22.

⁸⁹ “For example, if the private company is a subsidiary of a public company, then it will be prohibited from giving financial assistance for the purpose of the acquisition of shares in its public holding company, or from reducing or discharging any related liability. Similarly, if a public company is a subsidiary of a private company, it will be prohibited from giving financial assistance for the purpose of the acquisition of shares in the private holding company, or discharging any related liability”, vd. *England and Wales Financial Assistance IBA Corporate and M&A Law Committee 2022*, p. 3. Vd. Davies, 2021, pp. 351 e ss.

⁹⁰ Cfr. *Artículo 143.2 da Ley de Sociedades de capital*. Pozo, 1994, p. 169.

⁹¹ Defensores desta posição, Oliveira, 2017, pp. 230-231; Nunes, 2015, pp. 19-20. Em sentido oposto, Domingues, 2013), p. 69.

⁹² A norma legal tem paralelo no Direito francês (art. L225-206 Code de Commerce) e italiano (art. 2628 Código Civil), correspondendo a incriminações clássicas destes ordenamentos. Além disso, a aquisição de ações próprias também é punível no Direito inglês (cfr. *Section 658 of Companies Act 2006*).

⁹³ De notar que o ilícito criminal (de aquisição ilícita de quotas ou ações) exige, para seu cabal preenchimento, que o agente possua a especial qualidade de gerente ou administrador da sociedade comercial, cfr. Sousa, 2014, p. 427.

⁹⁴ *Idem*, p. 427. Também os interesses dos credores sociais se destinam a ser salvaguardados pela norma, dado que “as participações próprias detidas pela sociedade não constituem, nem asseguram uma garantia para eles”, vd. Cordeiro, 2009, p. 1255.

praticadas, também, no âmbito de uma sociedade por quotas, por um “gerente” que decida “subscrever ou adquirir para a sociedade quotas (...) próprias desta” (sublinhado nosso).

Promovendo uma uniformidade de regime, é bom de ver que o próprio legislador, embora não tenha introduzido no regime legal das sociedades por quotas uma norma de natureza semelhante à proibição, no final acaba por ter presente também as primeiras, não fosse a consagração da responsabilidade penal dos membros da gerência uma ilustração disso mesmo.

Pelo exposto, cremos que enquanto o sistema se mantiver inalterado a proibição da assistência financeira deverá ser, sem margem de distinção, aplicada a sociedades anónimas e a sociedades por quotas.

8.A admissibilidade das operações de *Leveraged Buy-Outs*

Previamente à concretização das operações nas quais se introduz esta “complexa engenharia societária”⁹⁵, urge prover uma distinção breve entre a transmissão direta da empresa (*assets deals*) e a sua transmissão indireta (*share deals*).

No âmbito da primeira, típica de pequenas empresas de estrutura individual, é a própria empresa, enquanto organização unitária de meios produtivos, que é objeto de transmissão⁹⁶. Já nas transmissões indiretas, mais comuns nas médias e grandes empresas de carácter coletivo, o interessado adquire a titularidade da empresa mediante a aquisição de uma posição de controlo sobre o capital social⁹⁷ (e.g., compra e venda de participações sociais).

Os *leveraged buy-outs*, vulgo “compra ou fusão alavancada”⁹⁸, traduzem-se numa técnica de aquisição de uma empresa societária através da utilização de meios alheios resultantes da afetação de *cash flow* ou bens da própria sociedade-alvo⁹⁹. Em termos práticos, a viabilidade da obtenção de créditos de curto prazo, concedidos por uma entidade terceira, assenta numa garantia que é constituída pelos ativos da sociedade que se pretende adquirir, operando-se, desse modo, uma transferência do custo de aquisição para o património da própria sociedade-alvo. Como esclarece Pedro de Albuquerque existe uma diferença clara entre a assistência financeira e a compra alavancada: enquanto na primeira operação “a sociedade financia a participação de um sócio ou garante o financiamento”, na segunda “está-se diante de uma operação destinada a imputar ou transferir para a sociedade-alvo o custo dessa participação”¹⁰⁰.

⁹⁵ Silva, 2010, p. 196.

⁹⁶ Exemplos de transmissão direta: o *trespasse*, a locação e algumas figuras híbridas alternativas. Vd. Gomes, 2017, p. 189.

⁹⁷ Cfr. Antunes, 2008, p. 44. Como exemplo, salientam-se as fusões, cisões e o caso dos *leveraged buy-outs*.

⁹⁸ Cfr. Albuquerque, 2019, p. 181.

⁹⁹ Sobre o recurso a esta técnica, vd. Cordeiro, 1954, pp.769-770; Osório, 2001, pp. 9 e ss.; Antunes, 2008, pp. 735 e ss; Silva, 2010, pp. 228 e ss; Leite, 2011, pp. 161 e ss; Trabulo, 2011, pp. 417 e ss; Nunes, 2015, pp. 21 e ss; Oliveira, 2017, pp. 227, 307 e 308.

¹⁰⁰ Albuquerque, 2019, p. 182.

De entre as formas mais notórias, salienta-se: o *Leveraged Management Buy-Out* (LMBO), o *Employee Leveraged Buy-Out* (EBO) e os *Merger Leveraged Buy-Out* (MLBO). Sobre esta última, em termos simples, a sociedade interessada constitui uma sociedade veículo (*Special Purpose Vehicle* ou *Newco*), a qual, mediante a contração de um financiamento externo, em exclusivo ou conjuntamente com uma aportação pouco expressiva dos seus capitais próprios, adquire participações suficientes – ou até a sua totalidade – da sociedade-alvo (*Target* ou *Oldco*). Numa última fase, opera-se a fusão entre ambas as sociedades, tornando-se a nova sociedade, em resultado da fusão¹⁰¹, titular do património universal (cfr. **Apêndice I**)¹⁰². Em virtude do MLBO, verifica-se uma transmissão do endividamento contraído pela *Newco* para a sociedade adquirida, suportando esta o custo total económico-financeiro da sua própria aquisição.

Uma *vexata quaestio* neste domínio consiste em saber se devem, ou não, os MLBO ficar sob a alçada da proibição da assistência financeira?¹⁰³ Em Inglaterra, já se firmou em determinados casos alguma relutância em aceitar tais operações, sem prejuízo da natureza das partes envolvidas¹⁰⁴. Porém, atendendo à reestruturação societária operada a jusante com a fusão, verifica-se uma clara preferência pela sua admissibilidade. Considerando que “anda longe da relação de causa-efeito exigida por lei a operação pela qual se determina, como efeito indireto e diferido ex lege, a sub-rogação da sociedade, por força do património universal transferido, na posição da sociedade que havia anteriormente solicitado a assistência financeira a terceiros”¹⁰⁵, escassas são as motivações sólidas capazes de sujeitar o *merger* concretizado ao véu da proibição.

Em nossa opinião, não se deve partir de uma “insanável desconfiança em relação à fusão inversa” como se de uma operação abusiva se tratasse¹⁰⁶. No entanto, constataram-se inúmeras tentativas com vista a abater a genialidade da reestruturação neste domínio.

¹⁰¹ A fusão pode assumir duas modalidades, que são a realização por concentração ou incorporação. No âmbito desta última, se a *newco* incorporar a *target* verifica-se uma *forward merger buy-out*, já no caso inverso verifica-se um *reverse merger buy-out*.

¹⁰² “A fusão alavancada consiste, consabidamente, na operação dirigida à aquisição de uma participação totalitária ou de controlo numa certa sociedade alvo (*target company*) com base na assunção de endividamento muito considerável, (...) em que se recorre à utilização de uma sociedade veículo (habitualmente de constituição *ad hoc* – *new corporation, newco*), dotada de capital e recursos pouco significativos, para obter o financiamento para a aquisição da participação no capital social (*stock acquisition*) da sociedade operacional (dita sociedade alvo ou adquirida), após o que a sociedade veículo se funde com a sociedade adquirida, em ordem a que os activos e o cash flow da sociedade adquirida passem a suportar e a garantir o pagamento da dívida e respectivos encargos financeiros contraídos para a sua aquisição”, cfr. Ac. CAAD de 25.01.2016 (R. João Menezes Leitão), proferido no âmbito do Proc. n.º 93/2015-T.

¹⁰³ Vd. Tribunale di Milano, 14/05/1992, in *Il Foro italiano*, 1992, 115, pp. 2829 e ss.; Tribunale di Milano, 13/05/1999, in *Giurisprudenza*, 2000, 1, pp. 75 e ss. Entre nós, a questão é invocada, sobretudo, no plano tributário.

¹⁰⁴ Entre nós, igual posição opositora foi defendida no Ac. CAAD de 25/01/2016, Relator João Menezes Leitão (Processo n.º 93/2015-T), no qual se firmou ser indiferente a natureza das entidades adquirentes, podendo tratar-se de “sociedades ou fundos de capital de risco, sociedades gestoras de participações sociais ou sociedades operacionais”, cfr. Ponto 39.

¹⁰⁵ Cfr. Osório, 2001, p. 192; Mota, 2005, p. 93; Silva, 2010, p. 228; Nunes, 2015, p. 39; e Vitorino, 2021, p. 28.

¹⁰⁶ Vd. Sanches, 2008, pp. 7-34.

Segundo uma tese minoritária¹⁰⁷, poderão ser apontados diversos obstáculos à figura, nomeadamente: i) o resultado material obtido ser precisamente aquele que a lei pretende evitar; ii) não existir distinção legal entre hipóteses lícitas e ilícitas, pelo que todas serão proibidas; iii) a proteção alcançada com o regime da fusão não se achar suficiente, dado que esta não consagra níveis a partir dos quais a assistência passa a ser admitida; e ainda iv) pela fragilização do património da sociedade-alvo. Não obstante o mérito, julgamos não assistir qualquer razão a uma posição crítica da hipótese, carecendo de razão o argumento de que a mesma consubstancia uma fraude à lei.

A admissibilidade da operação justifica-se pelo propósito misto de que é imbuída sendo a assistência financeira apenas um fim acessório de um propósito mais amplo concretizado com a fusão. Além disso, a aceitação justifica-se pela simples razão de o procedimento em causa dispor de concretos mecanismos aptos a assegurar, mediante a sua análise, os direitos dos acionistas e dos credores, bem como pelo facto de a transmissão universal do património operar *ope legis* e não por mera vontade das partes.

Em suma, somos relutantes em desconsiderar a figura, optando antes por perfilhar a posição nacional dominante à semelhança do já defendido no Direito Comparado, designadamente, em França, Alemanha¹⁰⁸, Holanda e Itália, onde a admissibilidade da operação é de tal maneira evidente que a sua permissão está contemplada em norma expressa.

9. Atos proibidos. Em especial, as *representations & warranties*

Como ilustrado, o termo “assistência financeira” não decorre da lei, pelo que o legislador se socorre de uma ampla cláusula geral para que o intérprete a possa determinar casuisticamente. Assim, eleva-se perante este o desafio de construir, ainda que no espectro intelectual, uma lista do tipo de atos abrangidos.

Para o efeito, coloca-se a questão de saber se também as cláusulas de declarações e garantias prestadas no âmbito de contratos de compra e venda de empresas (em concreto, quando ocorra uma *share deal*) se podem considerar como atos proibidos ao abrigo do art. 322.º CSC.

Em termos gerais, tais cláusulas consistem em disposições negociais sobre certas declarações de facto a respeito da sociedade (objeto do negócio), sejam elas pretéritas ou presentes, cuja veracidade e exatidão é garantida pelo declarante. Imbuídas de uma relativa complexidade e descrição exaustiva, estas cláusulas espelham as expectativas do comprador,

¹⁰⁷ Leite, 2011, p. 161 e Domingues, 2013, pp. 70 e 71. Quanto a este último autor, ressalva-se que o próprio afirma ter consciência de uma dificuldade na harmonização desta sua opinião com a enumeração taxativa de causas de nulidade da fusão prevista no art. 117.º CSC, não sendo por isso perentório nas suas conclusões.

¹⁰⁸ Vd. Fleisher, 1996, p. 505, e Oechsler, 2016, anotação 26, *apud* Albuquerque, 2019, p. 199.

que sem elas enfrentaria sérias dificuldades ao nível probatório¹⁰⁹. Consistem, sobremaneira, em mecanismos que asseguram as próprias características e qualidades da sociedade pelo declarante, propiciando uma redução da incerteza da avaliação no âmbito de uma aquisição¹¹⁰ corporizada numa autêntica alocação do risco no vendedor, e assumindo um papel essencial na economia do negócio¹¹¹.

Em nossa parte, diríamos que se trata de uma legítima *palavra de honra* empreendida pelo declarante-vendedor através da qual este sintetiza, com ideal precisão, o panorama geral da sociedade (*e.g.*, a situação financeira e fiscal, os contratos relevantes, entre os quais, os que dispõem uma cláusula de compromisso, os litígios pendentes, etc.), pelo que acabam por aportar um sério valor acrescentado ao contrato, permitindo nivelar a assimetria de informação, bem como clarificar os riscos inerentes¹¹². Tendencialmente, as partes acordam ainda o prazo de validade das cláusulas de declarações e garantias (*survival period*), i.e., período pelo qual vigorará a responsabilidade do vendedor¹¹³.

Retomando o ponto inicial, serão as cláusulas de declarações e garantias capazes de representar um nicho, ainda que exíguo, de contrapartidas formais através das quais se consegue assistir financeiramente na aquisição de participações sociais da própria sociedade emitente?

Em nossa parte, e salvo melhor opinião, por muito expressiva que seja a sua influência positiva nas negociações, por favorecerem uma transação espontânea, célere e transparente entre as partes, não será descabida a verificação de uma certa relutância numa resposta afirmativa¹¹⁴. Nesta senda, aproveitando o ensejo criado com o contributo de Ana Perestrelo de Oliveira no que tange à densificação das garantias reais e pessoais, escreveu a ilustre autora que: “independentemente também da sua forma e da sua configuração técnica, constitui igualmente assistência ilegítima o recurso a instrumentos que não são garantias, mas que desempenham fins análogos”¹¹⁵. Ora, ainda que este conceito seja aberto a construções

¹⁰⁹ Sobretudo, ao verificar-se uma “*misrepresentation*” entre o que é declarado e a realidade. Estas cláusulas preveem em si mesmas a sanção aplicável, i.e., uma obrigação indemnizatória ou a mera redução do preço, a qual opera automaticamente, permitindo evitar o recurso aos meios judiciais. “If the reps are found to have been breached following the closing of the deal, then the buyer’s remedies include pursuing damages under applicable law or including an indemnity provision in the merger agreement (...). Alternatively, the parties may purchase an R&W insurance policy and the value of damages can be recovered through an insurance claim”, vd. Tov, Ryans & Solomon, 2022, pp. 2-24.

¹¹⁰ A par das cláusulas de alterações de circunstâncias e cláusulas relativas a ganhos, vd. Tov, Ryans & Solomon, 2022, p. 8.

¹¹¹ Vd. Russo, 2010, pp. 115 e ss.

¹¹² “To mitigate the increased information asymmetry surrounding private targets, these sellers provide representations and warranties (...), regarding the state of the seller’s business that are more extensive than those provided by public sellers. Though these reps, a seller promises that a set of facts about the target in the acquisition agreement are true”, vd. Tov, Ryans & Solomon, 2022, p. 2.

¹¹³ “Tal prazo anda usualmente entre 1 e 3 anos, excepto no que diz respeito a assuntos de natureza fiscal e de segurança social, em que a regra é acordar-se a responsabilidade do vendedor até ao termo do prazo de caducidade/prescrição legal” (Galvão, 2010).

¹¹⁴ “The court held that there was no financial assistance if the assets of the relevant company were not depleted or put at risk of depletion” sobre o caso *Public Prosecutor v. Lew Syn Pau* (2006). Vd. Wan, 2007, p. 92.

¹¹⁵ Oliveira, 2017, p. 229. Pedro Nunes apresenta como exemplos a letra de favor, o mandato de crédito e o seguro caução, (2015, p. 13). Horta Osório questiona-se sobre a inclusão das cartas de conforto (2001, p. 199).

teleológicas extensivas, atendendo à concretização funcional das figuras (garantias especiais e cláusulas de declarações e garantias) não resulta qualquer semelhança entre ambas neste domínio. Ainda que se tentasse aproximar a natureza de uma *representation and warranty* de uma garantia pessoal, o argumento resvalaria pelo simples facto de aquelas, ao contrário de uma fiança e de um aval, não retratarem um qualquer “reforço quantitativo da probabilidade de satisfação do crédito”¹¹⁶.

Perfilhando alguma das opiniões já desenvolvidas, inclusive internacionalmente, cremos que tais cláusulas prestadas pela *target* apenas poderão ser vistas como um ato proibido de assistência financeira na medida em que tenham sido pensadas, construídas e incluídas no corpo do contrato somente com a intenção de a *target* vir mais tarde a ser chamada a pagar tais indemnizações, representando os valores pagos a tal título o único e verdadeiro auxílio à aquisição das participações sociais pelo terceiro¹¹⁷.

Na sequência da exceção da *principal purpose*, alguns ordenamentos jurídicos tiveram já a oportunidade de determinar um conjunto de cenários considerados excluídos da definição de assistência financeira. Neste sentido, e a título de exemplo, o legislador irlandês, procurando esclarecer o intérprete, integrou na lista de exceções da *Section 82(6)* do *Companies Act 2014*, a par do pagamento de dividendos, “the giving of representations, warranties or indemnities to a person who has purchased or subscribed for shares in the company or its holding company”¹¹⁸.

Em síntese, apenas se poderá considerar estar perante uma hipótese que subjaz à *factispecie* da norma se para tal se lograr provar o elemento finalístico da assistência financeira no caso em apreço. Assim sendo, apenas é defensável a interdição.

10. A assistência financeira nas relações de grupo

Em primeiro lugar, cumpre analisar a capacidade das sociedades comerciais. Em especial, ocupar-nos-emos da prestação de garantias intragrupo para honrar o serviço da dívida na esteira dos grupos¹¹⁹ de direito¹²⁰.

Reza o art.6.º, n.º 3 CSC o seguinte: “Considera-se contrária ao fim da sociedade a prestação de garantias reais ou pessoais a dívidas de outras entidades, salvo se existir

¹¹⁶ Vasconcelos, M. P. (2019), p. 85 e ss.

¹¹⁷ “Accordingly, it is submitted that if the target company provides the representations and warranties believing that such representations are true and that the warranties will be complied with, the provision of such representations and warranties should not amount to assistance that is ‘financial’ in nature”, vd. Wan, 2007, p. 97. Segundo o autor, tal pensamento terá sido fundado no caso *Wu Yang Construction Group v. Zhejiang Jinyi Group Co, Ltd.* (2006).

¹¹⁸ Vd. *Financial Assistance IBA Corporate and M&A Law Committee 2022 (Ireland)*.

¹¹⁹ “Um grupo de sociedades identifica-se pela existência de uma direção económica unitária de sociedades juridicamente autónomas”, vd. Castro, 2013, p. 303.

¹²⁰ A distinção entre grupos de direito e de facto radica na verificação de dois pressupostos: i) a existência de um instrumento jurídico de constituição do grupo (art. 482.º CSC) e ii) a existência de um regime jurídico específico aplicável. Para mais desenvolvimentos, vd. Antunes, 2002, pp. 73 e ss.

justificado interesse próprio da sociedade garante ou se se tratar de sociedade em relação de domínio ou de grupo.”¹²¹⁻¹²². Não obstante o princípio da capacidade ampla, reconhece-se a existência de limitações à capacidade das sociedades para a prestação de garantias a terceiros¹²³, assumindo particular importância todos os casos em que o beneficiário se revela interessado em adquirir participações sociais da sociedade garante, tornando-se, portanto, imperativa uma análise casuística sobre a *ratio* da transação.

Atendendo à segunda parte do segmento excepcional da norma (“... ou se se tratar de sociedade em relação de domínio ou de grupo”), no âmbito do funcionamento de tais relações, assume especial relevo o modo de financiamento. De uma forma quase intuitiva, o aporte financeiro pode ser decomposto em dois níveis: i) interno, derivando de operações que se resumem à esfera intragrupo, ocorrendo uma “recolha de capital de modo centralizado e unitário”¹²⁴ ou ii) externo, quando os fundos derivam de uma entidade terceira. De entre as várias modalidades, as garantias classificam-se como *upstream*, quando prestadas pela sociedade-filha à sociedade-mãe; *downstream*, quando do inverso; e *sidestream*, quando prestadas entre sociedades numa base horizontal¹²⁵. A concretização de tais garantias favorece a aprovação de um financiamento contribuindo, por vezes, para a obtenção de condições de crédito mais vantajosas. Porém, atendendo à manutenção da individualidade das sociedades mesmo na circunstância dos grupos, impõem-se algumas considerações preliminares.

Primeiramente, no prisma das relações de domínio (art. 486.º CSC) sublinha-se a proibição da aquisição de participações sociais de uma sociedade dominante pela sua dominada, independentemente do tipo de sociedade (cfr. arts. 325.º-A e B e 487.º, ambos do CSC), com a ressalva de que no âmbito das sociedades anónimas a proibição é meramente relativa. Contudo, no que à prestação de garantias diz respeito, a complexidade eleva-se. Atendendo ao art. 6.º, n.º 3 CSC, considera-se que “a sua *ratio* deverá resultar da relação entre a influência dominante e esses fim e interesses próprios da sociedade garante”¹²⁶. É com base nesta premissa, e considerando existir um interesse da sociedade dominante na prosperidade da sociedade dominada, que se justifica a admissão das garantias *downstream*. Por seu turno, em relação às garantias *upstream* e *sidestream*, tem sido defendida, segundo uma interpretação restritivo-teleológica, a necessidade de ser demonstrado o interesse próprio da

¹²¹ Quanto ao “justificado interesse próprio”, trata-se de um conceito indeterminado que o legislador não logrou definir em nenhum lugar, ainda que a nosso ver nos direcione para uma ideia de “conveniência” (à prossecução do fim). Sobre a noção, vd. Pinheiro, 1997, pp. 485-506.

¹²² Nesta senda, Pedro Vieira de Castro esclarece que só as garantias prestadas a título gratuito é que são subsumíveis ao segmento final da norma, já que as onerosas contribuem para a prossecução de uma atividade lucrativa (2013, p. 310).

¹²³ A par da proibição da assistência financeira, referimo-nos à prestação de garantias (nulas) a propósito das obrigações de reembolso de suprimentos (art.245.º, n.º 6 CSC) e à prestação de garantias a administradores (art. 397.º CSC).

¹²⁴ Vd. Castro, 2013, p. 304.

¹²⁵ Cfr. Merkel, Lutter, Scheffler & Schneider, 1998, *apud* Castro, 2013, p. 305.

¹²⁶ Cfr. Castro, 2013, p. 312.

sociedade garante (dominada), de modo a assegurar os interesses dos sócios minoritários e dos credores sociais¹²⁷.

O argumento não é consensual. Baseando-se na “suposição legal do proveito mútuo na contração ou manutenção da dívida garantida”¹²⁸, assim como na defesa de uma não discriminação entre as relações de grupo e de domínio¹²⁹, outra corrente insurge-se contra o conceito anterior.

A propósito das relações de grupo, onde vigora com especial veemência a prerrogativa de emitir instruções desvantajosas à administração das sociedades-filhas (cfr. art. 503.º, n.º 2 CSC), com a ressalva de que tais instruções prossigam os interesses da sociedade-mãe ou de outra sociedade do grupo, tal poder é contrabalançado por um conjunto de responsabilidades severas atribuídas ao vértice. Ora, ao estar a sociedade-mãe incumbida de responder pelas perdas da sociedade-filha e pelas dívidas desta perante os seus credores sociais (cfr. arts. 501.º e 502.º ambos do CSC), tal impede a assunção de argumentos que justifiquem um postergar da parte final da exceção do art. 6.º, n.º 3 CSC a qualquer modalidade de garantia intragrupo, sejam *up*, *down* ou *sidestream*¹³⁰.

Pela nossa parte, atendendo à existência de uma integração económica nas relações de grupo, tal configura *per se* indício de um interesse próprio da sociedade na prestação de garantias, o qual só à própria cabe determinar¹³¹. Posto isto, poder-se-á concluir pela capacidade das sociedades na prática de tais garantias, opção assumida pelo legislador, conforme a ressalva “salvo se” expressa.

Uma vez esclarecida esta questão, cumpre saber como encarar a proibição de estudo no quadro das relações de grupo e de domínio. Entre nós, à semelhança do que resulta no Direito Alemão¹³², não é consensual que as relações de grupo caiam no âmbito da hipótese legal, apesar de também ser defendida a idêntica proibição “sob pena de [se verificar uma] inaceitável inconsistência valorativa”¹³³. A regra geral tem sido de que o art. 322.º CSC “cede perante as regras especiais das relações de grupo destinadas a acautelar a posição dos

¹²⁷ Cfr. Gomes, 2022, p. 350. Ademais, dada a não participação na dominante pela dominada, não se vislumbra a existência de um interesse capaz de justificar a prestação da garantia, vd. Coutinho de Abreu, *op. cit.*, pp. 202-207 e Castro, 1998, pp. 823-858. Contra, Albuquerque, 1997, p. 142 e Labareda, 1998, p. 188.

¹²⁸ “Ora, isso tanto acontece quando a devedora é a dominada e garante a dominante, como na situação inversa, pois tanto a segunda tem interesse na sobrevivência da primeira como esta o tem relativamente àquela”, cfr. Labareda, 1998, p. 188.

¹²⁹ “(...) em matéria de prestação de garantias o regime jurídico é o mesmo quer nas hipóteses de relações de grupo quer nas de domínio”, vd. Albuquerque, 1997, p. 143.

¹³⁰ Pedro Vieira de Castro esclarece ainda a propósito das garantias *up* e *sidestream* que as mesmas deverão decorrer de instruções dadas pela sociedade-mãe (2013, p. 314).

¹³¹ Cfr. Oliveira, 2017, p. 187. Vd. Ac. TRL de 11.10.2018 (R. Cristina Neves), proferido no âmbito do Proc. n.º 11197/14.2T2SNT-AK.L1-6.

¹³² Neste ordenamento jurídico também não se alcançou um entendimento unânime sobre a questão, vd. Schroeder, 1995, p. 292; Cahn, 2015, anotações 14, 15 e 53, e Hassner, 2012, p. 305 *apud* Albuquerque, 2019, p. 149. Em Espanha, não há lugar a ambiguidades, pois o art. 150.º LSC proíbe-o expressamente.

¹³³ Cfr. Nunes, 2015, p. 20. Margarida Costa Andrade outorga a necessidade de se realizar uma análise profunda sobre o caso em apreço e distinguir consoante a titularidade das ações adquiridas pertencem à própria sociedade-filha ou à sociedade-mãe, hipóteses em que se assiste a um caso de ações próprias e a uma assistência financeira para compra de ações da sociedade dominante, respetivamente (2018, p. 490).

credores”¹³⁴, nomeadamente por aplicação dos arts. 501.º e 502.º CSC *ex vi* 491.º CSC. A propósito das relações de domínio, a doutrina diverge. Discordando da posição de Pedro de Albuquerque, que defende uma solução harmoniosa para ambos os casos, Ferreira Gomes contesta com base na inexistência de um regime de responsabilidades idêntico nas relações de domínio, bastante para não se considerar por assegurada a posição dos credores e dos acionistas minoritários¹³⁵.

Igualmente relevante se apresentam os casos em que a assistência financeira prestada origina a aquisição total do capital da assistente. Não obstante uma posição antagónica à sua licitude ser firmada com alguma frequência¹³⁶, somos levados a crer não existirem quaisquer óbices à sua concretização. Salvo melhor opinião, não se identificam alertas que sinalizem os perigos que caracterizam a *ratio* complexa da proibição¹³⁷, dado que ocorrendo uma aquisição total constituir-se-á uma relação de grupo entre as sociedades coligadas cujo regime se afigura adequado a suprimir os riscos inerentes às operações que abordámos neste trabalho¹³⁸.

¹³⁴ Cfr. Gomes, 2022, p. 348. Aliás, a valer a interdição de assistência financeira, isso tornaria impossível a participação em sistemas de *cash management*.

¹³⁵ Cfr. Gomes, 2022, p. 349.

¹³⁶ Para Ana Perestrelo de Oliveira: “esquece-se que, ao ser prestada assistência a um acionista, se favorece a aquisição, por esse, do capital social, quando outro poderia estar em condições e ter interesse idêntico caso beneficiasse de assistência equivalente” (2017, p. 230).

¹³⁷ Cfr. Silva, 2010, pp. 220 e ss.

¹³⁸ Leia-se “a *ratio* da proibição não está presente quando a assistência financeira tem em vista a aquisição da totalidade do capital social, como sucede na relação de grupo por domínio total superveniente”, cfr. Ac. STJ de 27.09.2022 (R. Jorge Arcanjo), proferido no âmbito do Proc. n.º 2309/16.2T8PTM.E1.S.

Considerações finais

O objetivo central subjacente ao regime legal da assistência financeira consiste em assegurar que um terceiro usa os seus próprios ativos, e não os ativos da sociedade-alvo, para efeitos de aquisição do respetivo capital ou controlo. Neste sentido, a lei proibiu qualquer forma de assistência financeira, de modo a evitar que os interesses dos credores e dos sócios minoritários da sociedade-alvo fossem prejudicados, assim como para prevenir manipulações de mercado e abusos por parte da administração.

Ora, não obstante o art. 322.º CSC consagrar *prima facie* um regime simples, a verdade é que a sua aplicação prática se revela extremamente difícil e complexa. Essa complexidade resulta logo das dúvidas que se suscitam quanto ao alcance dos pressupostos da proibição legal, que desafiam o intérprete a uma contínua tarefa de descodificação das situações e instrumentos abrangidos por tal regime proibicionista, e é evidente no plano dos efeitos da interdição: apesar de a assistência financeira constituir uma das operações clássicas de *mergers & acquisitions*, não pode ser subestimada a consequência radical prevista na lei (nulidade), a qual gera uma insegurança jurídica que é ainda agravada quer pelo facto de o legislador não ter consagrado um catálogo fechado de interdições concretas, quer pelo facto de na vertente prática desenvolver continuamente novos modelos operativos e contratuais na matéria. Tendo em atenção estas dificuldades ínsitas ao regime proibicionista rígido português, mas tendo também procurado inspiração nas soluções mais flexíveis que vêm sendo seguidas noutros ordenamentos jurídicos estrangeiros, a nossa investigação foi desenvolvida em dois momentos fundamentais – um mais geral e outro mais particular.

Num primeiro capítulo, onde nos debruçámos sobre o regime geral proibicionista do art. 322.º, procurámos seleccionar as principais controvérsias, enunciar as respostas que a doutrina e jurisprudência lhe têm dado, e apresentar, de um modo crítico e onde oportuno, a nossa própria posição. Aí foi possível conhecer a sua *ratio*, através da enumeração dos riscos que sustentam a proibição, tendo concluído que nenhum deles prevalece sobre os demais, pelo que a sua razão de ser é necessariamente um resultado da combinação de todos eles. Aí foi também possível observar a sua evolução histórica, evidenciando a falta de harmonia ao nível europeu e comparado, e constatando, muito em particular, que Portugal permanece hoje como um dos países onde a proibição absoluta se mantém, não tendo sido aproveitada a possibilidade de flexibilização resultante da Diretiva 2006/68/CE. Finalmente, teve-se a oportunidade de escrutinar os elementos componentes do regime jurídico-positivo da assistência financeira, procurando determinar o sentido desses elementos, assinalar as diversas “zonas cinzentas” relativas às suas exceções e ainda precisar os efeitos da consequência da nulidade.

O segundo capítulo, descendo do geral ao particular, versou sobre um conjunto de problemáticas específicas da assistência financeira. Ele iniciou-se com um dos debates mais antigos sobre a matéria – a extensão do regime às sociedades por quotas –, onde não

sufragámos a posição restritiva. Em seguida, tomámos uma posição genericamente favorável em relação aos *leveraged buy-outs*: ainda que seja dada procedência, a mais das vezes, ao argumento da fraude à lei para justificar a sua inadmissibilidade (pelo aparente “Cavalo de Tróia” que pode gerar), não nos parece defensável excluir categoricamente aquele que é um dos mecanismos contratuais mais utilizados para suplantar a proibição legal. Foi ainda objeto da nossa atenção a figura das *representations and warranties*: trata-se de um caso onde, como a respeito de qualquer ato negocial, é crucial a questão do elemento finalístico da proibição legal.

Por último, foi também analisada a problemática frequente da assistência financeira nas relações intra-grupo, concretizada na prestação de garantias: apesar da omissão de uma tutela legal apropriada dos interesses nas relações de domínio, concluiu-se que esta também deve ser assegurada.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, P. de (1997). Da prestação de garantias por sociedades comerciais a dívidas de outras entidades. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 1.
- ALBUQUERQUE, P. de (2012). Artigo 322.º. In A.M. Cordeiro (coord.). *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 2.ª ed. Coimbra: Almedina.
- ALBUQUERQUE, P. de (2019). *A assistência financeira nas sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina.
- ANDRADE, M.C. (2018). Artigo 322.º. In J. Coutinho de Abreu (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em vomentário*, vol. V. Coimbra: Almedina.
- ANTUNES, J.E. (2002). *Os grupos de sociedades*, 2.ª ed. Coimbra: Almedina.
- ANTUNES, J.E. (2008). A empresa como objeto de negócios – Asset deals versus share deals. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II/III, n.º 68.
- BASTOS, M.B. (2009). As consequências da aquisição ilícita de ações próprias pelas sociedades anónimas. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 1.
- CAHN, A. (2015). *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 3.ª ed. Köln: Carl Heymanns.
- CALERO, J.G.S. & TORRES, I.F. (2011). Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso (oportunidad y acierto del art. 35 LME). *DT del Departamento de Derecho Mercantil*, n.º 38.
- CASTRO, C.O. de (1998). De novo sobre a prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades: Luzes e sombras. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II.
- CASTRO, P.V. de (2013). Garantias intragrupo. *Revista de Direito das Sociedades*, vol. V, n.º 1-2.
- CORDEIRO, A.M. (1954). Da tomada de sociedades (takeover): Efetivação, valoração e técnicas de defesa. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III.
- CORDEIRO, A.M. (2009). Artigo 510.º. In *Código das Sociedades Comerciais anotado*. Coimbra: Almedina.
- COUTINHO DE ABREU, J. (2020). *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 6.ª ed. Coimbra: Almedina.
- DAVIES, P. L., WORTHINGTON, S. & HARE, C. (2021). *Gower: Principles of modern company law*, 11th ed. Sweet & Maxwell, Thomson Reuters.
- DOMINGUES, P. de T. (2013). Proibição da assistência financeira no contexto dos mecanismos de proteção dos credores. *AB Instantia Revista do Instituto do Conhecimento*, n.º 2.
- FERRAN, E.V. (2005). Simplification of European comparative law on financial assistance. *European Business Organization Law Review*, vol. 6.
- FLEISHER, H. (1996). Zur finanziellen Unterstützung des Aktienerwerbs und *leveraged buyout*: §71a Abs. 1 AktG im Lichte italienischer Erfahrungen. *Die Aktiengesellschaft*, Heft 11.
- GALVÃO, C.V. (2010). Conteúdo e incumprimento do contrato de compra e venda de participações sociais. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I/IV.
- GASSER, C. (2009). *Finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbes in England, Österreich und Deutschland*. Universität Wien.
- GIANNINO, M. (2006). The regulation of LBOs under English and Italian company law.
- GOMES, F. (2017). *Direito Comercial – Noções gerais e regimes complementares*, 2.ª ed. Universidade Católica Editora.

- GOMES, J.F. (2022). *M&A – Aquisição de empresas e de participações sociais*. Lisboa: AAFDL Editora.
- HABERSACK, M. (2010). Finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbs nach MoMig. In *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag*. Berlin: De Gruyter.
- HASSNER, F.A. (2012). *Finanzielle Unterstützung zum institutionellen leveraged buyout einer Aktiengesellschaft: Eine europäische Betrachtung*. Baden-Baden: Nomos.
- LABAREDA, J. (1998). Nota sobre a prestação de garantias por sociedades comerciais a dívidas de outras entidades. In *Direito societário português – algumas questões*. Lisboa Quid Juris?
- LEITE, I.P. (2011). Da proibição da assistência financeira. O caso particular dos *leveraged buy-outs*. *Revista de Direito das Sociedades*, vol. 5.
- MOTA, B.A. (2005). Proibição da assistência financeira – Notas para a sua interpretação e aplicação. A propósito do Projeto de Relatório do Parlamento Europeu sobre a proposta da Comissão Europeia para alteração da Segunda Diretiva. *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, setembro-dezembro, n.º 12.
- NUNES, P. (2015). A proibição da assistência financeira – Em especial o leveraged buyout (LBO). *Revista Eletrónica de Direito*, n.º 2.
- OLIVEIRA, A.P. de (2017). *Manual de grupos de sociedades*. Coimbra: Almedina.
- OSÓRIO, J.D.H. (2001). *Da tomada do controlo de sociedades (takeovers) por leveraged buy-out e a sua harmonização com o direito português*. Coimbra: Almedina.
- PESSANI, S.C. (2012). *L'assistenza finanziaria per l'acquisto e la sottoscrizione delle proprie azioni*. Milano: Egea.
- PINHEIRO, J.E. (1997). O justificado interesse próprio da garante: Sobre o artigo 6.º, n.º 3, do Código das Sociedades Comerciais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXVIII, n.º 2.
- PIRES, A. C. (2008). Prohibición de asistencia financiera: Concepto y aplicación a operaciones de adquisición apalancadas. *Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá*, vol. I.
- PUHLER, R. (1996). *Das Verbot der Anteilsfinanzierung in Belgien, Frankreich, Italien und den Niederlanden*. Köln: Carl Heymanns.
- ROBERTS, C. & HORAN, S. (2005). *Financial assistance for the acquisition of shares*. Oxford: Oxford University Press.
- ROCHA, M.V. (1994). *Aquisição de ações próprias no Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina.
- RUIZ, F.V. & HERNÁNDEZ, A.-L.J. (2016). Las fusiones apalancadas (art. 35 de la Ley sobre modificaciones estructurales). In M.J. Luna & R.S. Quetglas (coord.). *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*. Madrid: Wolters Kluwer.
- RUSSO, F.C. (2010). Das cláusulas de garantia nos contratos de compra e venda de participações sociais de controlo. *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 4.
- SANCHES, J.L.S. (2008). Fusão inversa e neutralidade (da administração) fiscal. *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 34.
- SCHROEDER, U. (1995). *Zur finanziellen Unterstützung des Aktienerwerbs*. Köln: Carl Heymanns.
- SILVA, M.D. (2010). Assistência financeira – No âmbito das sociedades comerciais. *Revista de Direito das Sociedades*, vol. 1/2.

- SOUSA, S.A. de (2014). Artigo 510.º. In Coutinho de Abreu (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. VII. Coimbra: Almedina.
- TELLES, I.G. (2010). *Manual dos contratos em geral*, 4.ª ed. Coimbra.
- TORRES, I.P. (2015). Da aplicação da proibição de assistência financeira às sociedades por quotas. *Coleção de Estudos, Instituto do Conhecimento AB*, n.º 3.
- TOV, O.E., RYANS, J. & SOLOMON, D. (2022). Representations and warranties insurance in mergers and acquisitions. *Review of Accounting Studies*.
- TRABULO, R. (2011). As ações próprias – O regime da aquisição de ações próprias e a prestação de assistência financeira para a aquisição de ações próprias. In *Temas de direito das sociedades* (pp. 355-493). Lisboa: Coimbra Editora / Wolters Kluwer.
- VASCONCELOS, M.P. de (2019). *Direito das garantias*, 3.ª ed. Coimbra: Almedina.
- VENTURA, J. (2016). A Diretiva 2006/68/CE e o regime da assistência financeira: Uma omissão ponderada ou uma oportunidade desperdiçada? *Revista de Direito das Sociedades*, vol. VIII, n.º I.
- VENTURA, R. (1992). *Estudos vários sobre sociedades anónimas*. Coimbra: Almedina.
- VICARI, A. (2006). *L'assistenza finanziaria per l'acquisto del controllo delle società di capitali*. Milano: Giuffrè.
- VITORINO, J.L.M. (2021). A proibição da assistência financeira e o artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais: Um conflito por resolver ou uma compatibilidade natural? *Revista de Direito das Sociedades*, vol. XIII, n.º 1.
- WAN, W.Y. (2007). Financial assistance: The case for re-examining section 76 of the Companies Act. *Singapore Academy of Law Journal*, vol. 19, no. 1.
- WINDBLICHER, C. (2009). *Gesellschaftsrecht*, 24. Auflage. München: C. H. Beck.

Síntese de Jurisprudência

Supremo Tribunal de Justiça

- STJ de 17.09.2009 (R. Alberto Sobrinho), proferido no âmbito do Proc. n.º 267/09.9YFLSB.S1/ITIJ
- STJ de 28.05.2013 (R. Fernando do Vale), proferido no âmbito do Proc. n.º 300/04.0TVPRT-A.P1.S1/ITIJ
- STJ de 09.03.2022 (R. Pedro de Lima Gonçalves), proferido no âmbito do Proc. n.º 1600/17.5T8PTM.E1.S1
- STJ de 27.09.2022 (R. Jorge Arcanjo), proferido no âmbito do Proc. n.º 2309/16.2T8PTM.E1.S

Tribunal da Relação de Coimbra

- TRC de 03.03.2009 (R. Sílvia Pires), proferido no âmbito do Proc. n.º 228/04.4TBILHV.C1

Tribunal da Relação de Lisboa

- TRL de 14.09.2017 (R. Luís Correia de Mendonça), proferido no âmbito do Proc. n.º 16347-15.9T8SNTF.L1-8/ITIJ
- TRL de 11.10.2018 (R. Cristina Neves), proferido no âmbito do Proc. n.º 11197/14.2T2SNT-AK.L1-6

Centro de Arbitragem Administrativa

- CAAD de 25.01.2016 (R. João Menezes Leitão), proferido no âmbito do Proc. n.º 93/2015-T
- CAAD de 11.09.2017 (R. José Pedro Carvalho), proferido no âmbito do Proc. n.º 110/2017-T

Jurisprudência italiana

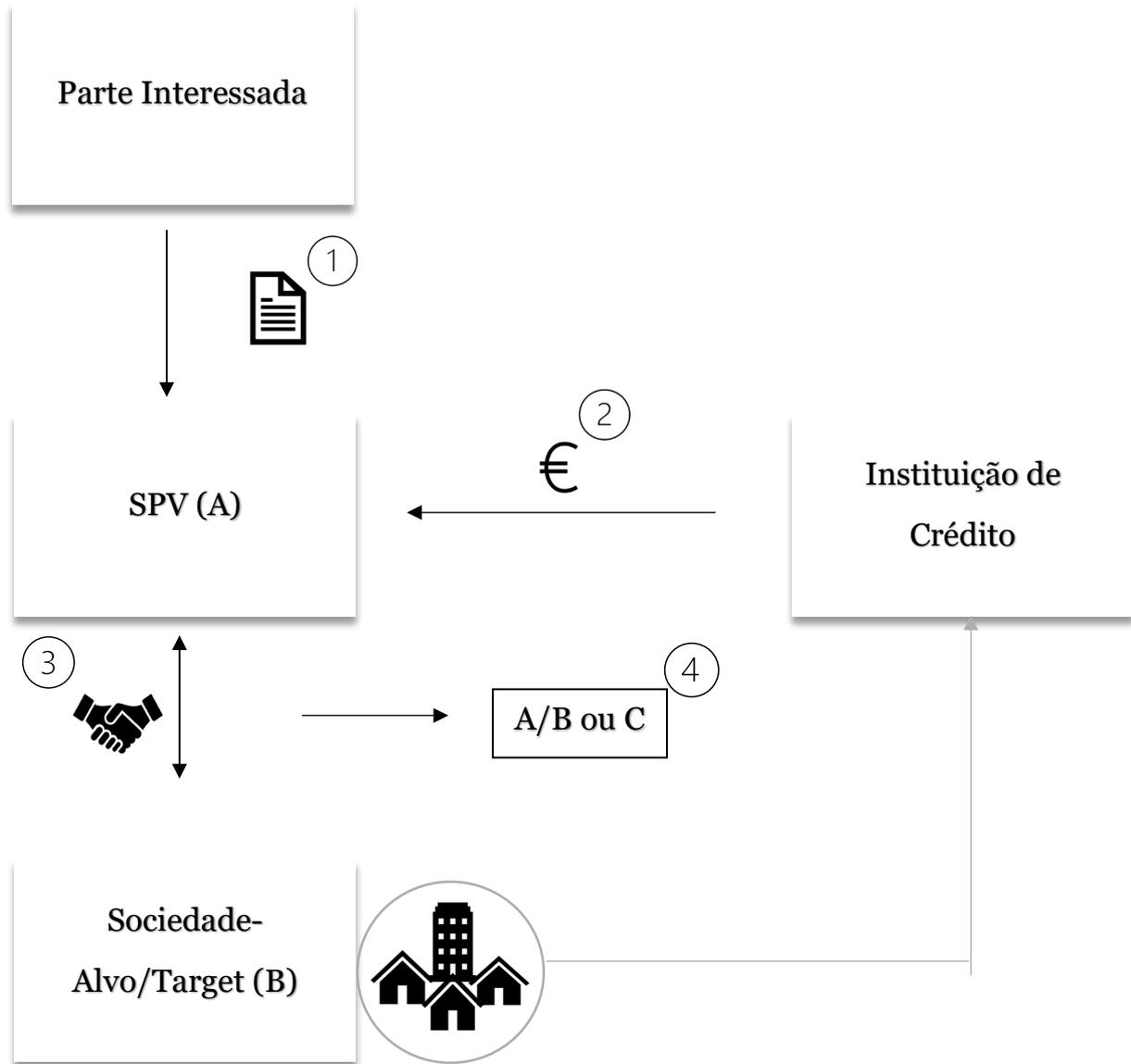
- Tribunale di Genova de 13.10.1986, in *Giurisprudenza commerciale*, 1989, II.
- Tribunale di Milano de 14.05.1992, in *Il Foro italino*, 1992, 115.
- Tribunale di Milano de 13.05.1999, in *Giurisprudenza*, 2000, 1.

Jurisprudência inglesa

- *Re VGM Holdings Ltd.*, de 16.01.1942
- *Robert Chaston v. SWP Group Plc* Case No: 01/TLQ/0570 High Court of Justice Queens Bench Division 26th April 2002 NCN: [2002] EWHC521(QB) 2003, WL 21353343
- *Dyment v. Boid & others*, Court of Appeal – Civil division [2005] 1WLR792, [2004] EWCA CIV 1586

Apêndice I

(Esquemática de um *Merger Leveraged Buy-Out*¹³⁹)



¹³⁹ Ressalva-se que, a par das demais transferências de fundos/prestação de garantias que possam ocorrer no âmbito de operações de assistência financeira, também as fusões realizadas no âmbito de um LBO despoletam impactos fiscais. A par do regime geral de tributação, o artigo 73.º e ss. do CIRC prevê, em resultado da transposição da Diretiva 2009/133/CE do Conselho Europeu, um regime especial que assenta no diferimento da tributação para um momento posterior em que os elementos patrimoniais sejam alienados ou a sociedade entre em liquidação.

**O Grupo Wagner e a responsabilidade internacional da
Federação Russa: a privatização da guerra entre “o fim da
história” e o advento da multipolaridade**

José Edgar Cabreira

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria Isabel Cantista de Castro Tavares

À minha mãe, por me ter ensinado que o impossível, quase sempre, apenas tarda um pouco mais.

“Os principais alicerces de todos os Estados, quer sejam novos, quer antigos, quer mistos, são as boas leis e as boas armas. E como não é possível ter boas leis quando as forças não valem nada, e se as armas são boas é razoável supor que as leis também o são, não falarei das leis e tratarei das armas.”

Maquiavel, *O Príncipe*

“Where life had no value, death, sometimes, had its price.”

Sérgio Leone, *For a Few Dollars More* (1965)

Agradecimentos

A presente dissertação, em bom rigor, consubstancia a etapa mais recente de um percurso de vida através do qual, reconheço, sempre fui devoto do direito e das relações internacionais. Sendo curta a vida do autor, este será, senão o mais marcante, seguramente um dos mais importantes passos de tamanho ideário, cumprido e por cumprir. Por via disso, a satisfação advinda da sua conclusão surge acompanhada de uma consciência clara: o zénite intelectual, hoje percecionado, será no futuro um reconfortante ponto de partida – marco importante, mas jamais definitivo, de uma construção que se pretende sustentada nas lições do passado, continuamente reconstruídas pelo dinâmico labor do presente.

Ciente, por isso, de que ao término desta etapa se sucederão vibrantes recomeços, cumpre usufruir deste espaço para agradecer, humildemente, a todos aqueles que, com o seu saber e experiência, exponenciaram a minha precoce inclinação, tão típica dos jovens jusinternacionalistas. Cronologicamente, portanto, cabe agradecer ao ensinamento, tão iniciático quanto inestimável, proporcionado pelos conimbricenses Francisco Ferreira de Almeida, Rui Pereira Dias, Paula dos Santos Veiga e Natália Moreno, juristas com os quais comecei a sistematizar uma predileção que remonta à infância. Uma vez enriquecido pela inigualável UCP-Porto, pontifica a Prof^a. Doutora Maria Isabel Tavares, autora de preciosas sugestões e reparos, temperados pela dose de autonomia característica de uma orientação intelectualmente serena e séria – nunca à semelhança de um mapa exíguo e limitante, mas antes como brilhante farol, que encadeando o percurso do mestrando, lhe permite caminhar acompanhado, mas através dos próprios passos.

Na mesma medida, a contribuição do Prof. Doutor José Alberto Azeredo Lopes, obreiro maior da Escola de Direito Internacional desta casa, não deixa de se refletir, mediatamente, em todos as dissertações no seu seio produzidas. Agradeço-lhe o incontornável rigor que demanda de cada um dos anos curriculares deste Mestrado. No mesmo diapasão, o contacto com palestrantes de reconhecido mérito veio engrandecer, sobremaneira, o despertar de consciência necessário ao rigor científico, obviando incondicionalmente, na mente de todos, a quaisquer hipóteses de esmorecimento. Por fim, também a didática lecionação do Professor Nuno Pinheiro Torres, aliada ao seu conhecimento empírico dos teatros de operações, constituiu, e assim subsistirá, como fonte de inspiração e frutífera troca de impressões.

Resumo

Enquanto o recurso aos “soldados da fortuna” acompanha a humanidade desde tempos imemoriais, a privatização da guerra, *stricto sensu*, afigura-se como um fenómeno inovador, manifestação latente do capitalismo global. A complexidade, a dinâmica e a abrangência que lhe estão associadas são tais que, no novo milénio, se afiguram capazes de retratar a evolução contemporânea dos conflitos armados, alastrando-se os seus efeitos não só à regulação jurídica das guerras do presente, mas também às inflexões de rumo tomadas pelas relações internacionais.

Uma vez demonstrada a dissonância normativa face ao *jus in bello* que, idealmente, se lhes aplica, urge discernir os desafios colocados por Empresas Militares e de Segurança Privada (EMSP) destituídas de personalidade jurídica. Que desafios apresentará este novo ciclo privatístico, o qual, orbitando ao redor do Kremlin, assenta numa existência orgânica, premeditadamente envolta pela ilegalidade? Qual a efetiva relação destes grupos “privados” com o governo russo e a política externa de Moscovo, e como responsabilizar internacionalmente o segundo pelos atos dos primeiros?

Precedendo o momento sancionatório – tendencialmente pós-conflitual e necessariamente multidimensional –, as regras de imputação assumem centralidade incontornável, determinando a Responsabilidade Internacional dos Estados. Convocando jurisprudência dissonante, o caso do Grupo Wagner renova os termos e o contexto do debate perante o “vácuo” de responsabilidade que os Estados visam, por todos os meios, criar: demonstrando as limitações do *controle efetivo*, padrão preferido pelo TIJ, e (re)legitimando o critério do controle global, cunhado pelo TPEJ.

Palavras-chave: Privatização da guerra; empresas militares e de segurança privada; Direito Internacional Humanitário; Rússia; Wagner; Yevgeny Prigozhin; responsabilidade internacional dos Estados; imputação; controle; diligência devida.

Abstract

While recourse to “soldiers of fortune” has been with humanity since time immemorial, the privatization of war, *stricto sensu*, emerges as an innovative phenomenon, simmering manifestation of global capitalism. Its complexity, dynamics and scope are such that, in the new millennium, it seems capable of portraying the contemporary evolution of armed conflicts, with its effects spreading not only to the legal regulation of present-day wars, but also to the changes of course taken by international relations.

Once the dissonance is demonstrated with respect to *jus in bello* norms that, ideally, apply to them, it is urgent to discern the challenges posed by Private Military and Security Companies (PMSCs) devoid of legal personality. What challenges will this new privatization cycle present, which surrounds the Kremlin and is based on an organic existence, premeditatedly shrouded by illegality? What is the effective relationship of these “private” groups with the Russian government and Moscow’s foreign policy, and how can the latter be held internationally responsible for the acts of the former?

Preceding the sanctioning moment – usually post-conflict and necessarily multidimensional – rules of attribution assume an unavoidable centrality, determining the international responsibility of States. Convening dissenting jurisprudence, the Wagner Group case renews the terms and context of the debate, before the responsibility gap that States seek to create by all means. Hence, it demonstrates the limitations of the ICJ preferred *effective control* standard, whilst (re)legitimizing the broader ICTY *overall control* test.

Keywords: Privatization of war; private military and security companies; International Humanitarian Law; Russia; Wagner; Yevgeny Prigozhin; international responsibility of States; attribution; control; due diligence.

Índice

Introdução	11
Capítulo I: Empresas Militares e de Segurança Privada (EMSP)	13
1. Causas e Consequências da Privatização da Guerra	13
2. Um fenómeno fundamentalmente distinto: origens e evolução do outsourcing militar	14
2.1. A contratação múltipla	15
2.2. Razões para a permanência: as EMSP no dealbar do milénio	17
3. O mercenarismo: classificação familiar, mas errónea	18
4. O binómio civil/combatente: entre o casuísmo e a criação de novas categorias normativas	19
5. Metamorfose constante: desafios permanentes	21
Capítulo II: A singularidade do Grupo Wagner	22
1. A dualidade autoritarismo-expansionismo, estruturante de uma sociedade historicamente oligárquica	22
2. Fundação, composição e cadeia de comando	25
Capítulo III: A demanda por uma efetiva accountability	28
1. A complexidade inerente a um problema multidimensional	28
2. Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional sobre a Responsabilidade Internacional do Estado por Factos Ilícitos (PARI)	30
2.1. Atribuição: arts. 4, 5 e 8 PARI	30
2.2. Diligência devida: art. 14/3 e art. 1 comum às CG	34
Conclusão	35
Bibliografia	37
Documentos oficiais e jurisprudência	39
Hiperligações relevantes	40

Advertência

Diante da dissertação em mãos, raro será o leitor, diligente, que a dissociará do dia 24 de fevereiro de 2022, data que, assinalando a invasão da Ucrânia continental pela Rússia, condensa os horrores do maior conflito ocorrido em solo europeu após o termo da Segunda Guerra Mundial. Como tal, ser-lhe-á complexo apartar a hermenêutica do texto, que em seguida fará, da leitura autónoma e informada que desta guerra vem fazendo, inevitável fruto da sua exposição mediática. Idêntico raciocínio se aplicará à visão construída sobre o futuro das Relações Internacionais, meio em que os indícios, apesar de valorosos, nunca se prestam a previsões inteiramente certas – com exceção da certeza, hoje acutilante, de que a mutação é um facto omnipresente.

Por via disso, as conclusões que se procurarão sustentar, mercê da atualidade dos factos sobre os quais se ocupam, enfrentam a ameaça imanente à realidade, vertiginosa, dos nossos dias. A prudência da História, no entanto, oferece-nos garantias de sobrevivência didática, pois repousando sobre os seus ensinamentos, procedemos a uma sistematização robusta. Escudando-nos da “espuma dos dias”, inerente a um conflito declarado, o *outsourcing* militar russo captara já a atenção do autor, muito antes da condenável invasão. Trata-se, portanto, de uma visão espaço-temporalmente situada, aquela que doravante explanaremos, sob a batuta das normas internacionais.

Por último, a opção pela designação anglo-saxónica de alguns conceitos prende-se exclusivamente com a interpretação, o mais autêntica possível, de vários documentos oficiais, quase sempre atrelada às línguas de trabalho das Nações Unidas. Tomando ciência do impacto da linguagem, mormente no plano diplomático – veja-se a reticência do Kremlin em reconhecer “a guerra”, batizando-a de “operação militar especial” – a mobilização de inglesismos pressuporá sempre o adequado contexto, elemento indispensável de uma ordem jurídica singular como a internacional.

Lista de siglas e abreviaturas

AGNU	Assembleia Geral das Nações Unidas
Art(s).	Artigo(s)
BRICS	Brazil, Russia, India, China and South Africa / Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul
Cap.(s)	Capítulo(s)
Caso Genocídio	TIJ, Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, Bósnia-Herzegovina c. Sérvia e Montenegro, Acórdão, 26 de fevereiro de 2007.
Caso Nicarágua	TIJ, caso das Atividades militares e paramilitares na Nicarágua e contra esta (Nicarágua c. Estados Unidos da América), Acórdão sobre a questão de fundo, 27 de junho de 1986.
Caso Tadić	TPEJ, <i>Prosecutor v. Dusko Tadić</i> , IT-94-1-A, Câmara de Recurso, Julgamento, 15 de julho de 1999.
CdE	Conselho da Europa
CDI	Comissão de Direito Internacional
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
Cf.	Confrontar
CG(s)	Convenção(ões) de Genebra
CICV	Comité Internacional da Cruz Vermelha
CNU	Carta das Nações Unidas
CPLP	Comunidade de Países de Língua Portuguesa
CSIS	<i>Center for Strategic & International Studies</i> / Centro de Estudos Estratégicos e Internacionais
CS(NU)	Conselho de Segurança (das Nações Unidas)
DIC	Direito Internacional Criminal
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
DIH	Direito Internacional Humanitário
DIP	Direito Internacional Público
DM	Documento de Montreux
EMSP	Empresas Militares e de Segurança Privada
EO	Executive Outcomes
ETPI	Estatuto do Tribunal Penal Internacional
EUA	Estados Unidos da América
GRU	<i>Glavnoye Razvedyvatel'noye Upravleniye</i> / Departamento Central de Inteligência Russo
KBR	Kellogg, Brown and Root

MINUSCA	<i>Mission Multidimensionnelle Intégrée des Nations Unies pour la Stabilisation en Centrafrique</i> / Missão Multidimensional Integrada das Nações Unidas para a Estabilização da República Centro-Africana
MINUSMA	<i>Mission Multidimensionnelle Intégrée des Nations Unies pour la Stabilisation au Mali</i> / Missão Multidimensional Integrada das Nações Unidas para a Estabilização do Mali
MPRI	Military Professional Resources Inc.
NATO	<i>North Atlantic Treaty Organization</i> / Organização do Tratado do Atlântico Norte
N.º	Número
OHCHR	<i>Office of the High Commissioner for Human Rights</i> / Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos da ONU
ONG's	Organizações Não Governamentais
OUA	Organização de Unidade Africana
PAI	Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra
PAII	Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra
Par.	Parágrafo (do acórdão)
PARI	Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos
RCA	República Centro Africana
Ss.	Seguintes
STTEP	South African Specialized Task, Training, Equipment and Protection
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TIJ	Tribunal Internacional de Justiça
TPEJ	Tribunal Penal para a Ex-Jugoslávia
TPI	Tribunal Penal Internacional
EU	União Europeia
UNDSS	United Nations Department of Safety and Security / Departamento de Salvaguarda e Segurança das Nações Unidas
UNWGUM	UN Working Group on the Use of Mercenaries / Grupo de Trabalho da ONU sobre o Uso de Mercenários
URSS	União das Repúblicas Socialistas Soviéticas
V.g.	Verbi gratia

Introdução

Presença incontornável nos modernos teatros de guerra, as Empresas Militares e de Segurança Privada (EMSP) vêm assumindo, ao longo das últimas três décadas, inegável importância nos campos de batalha. Como tal, a progressiva análise desta realidade, segundo a ótica dos regimes internacionais, emerge como consequência de uma crescente relevância militar. Ao longo da presente dissertação, portanto, trataremos de problemas jurídicos originados pelo alargamento, no plano bélico, do leque de funções desempenhado pelas EMSP – desvirtuando, a cada novo conflito, o monopólio estatal do uso da força.

Por vezes consideradas, inadvertidamente, manifestação exclusiva do triunfo do mercado – juízo comum quer dos paladinos, quer dos detratores do liberalismo económico – as EMSP escondem uma outra face, frequentemente subvalorizada ao primeiro olhar. Referimo-nos, nesta sede, ao papel de instrumento velado dos Estados na prossecução da sua política externa. Atenta esta dualidade, o estudo que se segue poderia muito bem ser sintetizado por meio de remissões à história jurídico-internacional recente, condensada em empresas, regimes e casos paradigmáticos¹: de *Abu Ghraib* a *Azoustal*, de *Fallujah* a *Soledar*, da *Blackwater* ao *Grupo Wagner*, não esquecendo a *Executive Outcomes (EO)*, produto do apartheid sul-africano já em declínio. Assim, para que logremos compreender a Rússia pós-soviética – determinada a retomar a relevância global pelas mãos de Putin – este é um legado que não podemos ignorar, e em cujas lições toma parte a experiência jugoslava da MPRI, mão invisível dos EUA nos Balcãs.

Neste exercício, que se estende das estepes ucranianas às savanas do Mali e da República Centro Africana (RCA), a enumeração enunciada tem por objetivo divisar padrões jurídicos por entre o ardiloso rodopio da contemporaneidade. Alvo de uma análise sistémica, esta permite-se desvelar linhas de força, essenciais perante o frenesim de “novidades” – nem sempre tão inéditas sob o crivo da história. Munidos desta consciência, clarifica-se a imersão chinesa² no mercado privatístico – acompanhada, à respetiva escala, por Potências Regionais como a Turquia³. Sintoma de uma multipolaridade ambicionada, tal quadro reflete uma inevitabilidade económica e demográfica⁴, associando novos centros de poder a dinâmicas inovadoras da privatização da guerra.

Nesta demanda clarificadora, a abordagem será vocacionada a um estudo de caso, mas não se esgotará nele. Como dissemos, a sistematização do Grupo Wagner carece de

¹ Lanovoy, 2017, p. 566.

² Markusen, 2022.

³ SADAT, 2023.

⁴ Departamento das Nações Unidas para Assuntos Económicos e Sociais, 2022.

um introdutório contraponto, capaz de definir, na medida do indispensável, o plano privatístico ocidental – no seio do qual o Kremlin viria a extrair, seletivamente, o seu próprio modelo de *outsourcing*. De facto, apenas conhecendo as prévias “regras do jogo” entenderemos a subversão wagneriana do *outsourcing* euro-atlântico, *per si* bastante obscuro. A perspectiva adotada possui, ainda, a vantagem de se coadunar com a implantação territorial das EMPS, dimensionando a responsabilidade imputável a três tipos de Estado: o da Sede, o Contratante e o Territorial, tipologias que concretizam as operações da Wagner no espaço pós-soviético e no crescentemente designado “Sul Global”.

Visando tal desiderato, socorrer-nos-emos do Direito Internacional Humanitário, determinante da natureza dos conflitos, bem como do estatuto dos indivíduos *in casu*. Idêntica relevância assumirá o Direito da Responsabilidade Internacional dos Estados por Factos Ilícitos, ramo estruturante da *accountability* estadual. Subliminarmente, serão aflorados os seus meios de implementação, componente intrínseca a uma abordagem multidimensional que é produto da influência exercida, sobre este ramo do Direito, pela *Realpolitik*.

Alicerçado na doutrina e na jurisprudência, este estudo beneficiou ainda da consulta de documentos oficiais, destacadamente: do Comité Internacional da Cruz Vermelha (CICV), do Alto Comissariado para os Direitos Humanos da ONU (OHCHR) e, mais especificamente, do Grupo de Trabalho sobre o Uso de Mercenários (UNWGUM). Determinadas investigações jornalísticas, idóneas e de reconhecido mérito, constituíram ponto de partida para a exploração de um dado tópico, sendo os factos aí recolhidos sujeitos a posterior confirmação, por meio dos supracitados relatórios institucionais.

Capítulo I: Empresas Militares e de Segurança Privada (EMSP)

1. Causas e consequências da privatização da guerra

Enquanto o recurso aos “soldados da fortuna” acompanha a humanidade desde tempos imemoriais, a privatização da guerra, *stricto sensu*, afigura-se como uma realidade económico-empresarial inovadora, distanciando-se do mercenarismo na própria génese: os anos do pós-Guerra Fria. Repercutindo-se na indústria do armamento, a crença no “fim da História”⁵ gerou problemas de escoamento crescentes. Atendendo à convicção de que a Globalização aproximaria Potências até então rivais⁶, realizando a paz pelo comércio⁷, não espanta que a indústria bélica se tenha voltado para mercados periféricos. De facto, encerrado perto de meio século de bipolaridade, assistiu-se, não por acaso, à proliferação de conflitos regionais, quase sempre híbridos ou de baixa intensidade. Enquanto o apaziguamento Leste-Oeste se consolidava, emergia um novo nicho de mercado: justamente nas regiões em que o antagonismo ideológico, propulsor de uma projeção global do poder, amenizara tensões internas, sustentando estados-satélite – aqui se incluindo as manifestações africanas do neocolonialismo europeu.

Sem surpresa, tais ajustamentos estender-se-iam aos demais “fatores de produção”, gerando vagas de desmobilização militar – produto da crise do *peacekeeping*, bem como do recuo da intervenção externa em conflitos não internacionais. Já distantes, nos anos 90 do século XX, das *proxy wars* convencionais (Coreia, Vietname, Afeganistão), os principais exércitos mundiais experimentaram a redução dos seus efetivos, processo que só o conflito russo-ucraniano (2022) parece capaz de reverter, infeliz e lentamente. Assim, a formação e a experiência militar destes veteranos não tardaram a ser cobiçadas – comprovando a evidência, secular, de que os atores privados serão tão mais valiosos quanto maior for a suscetibilidade, *in casu*, de um conflito ser influenciado por fatores qualitativos⁸, por encima do fator meramente numérico.

Em África, o desnível técnico já se encarregara de favorecer a contratação de mercenários, pelo que o continente possuía um mercado privatístico consolidado, remontando à descolonização europeia. As guerras civis que se seguiram, conjugadas com o agravamento das condições político-sociais, redundaram na complexificação de um contexto *per se* desafiante. Alheado das prioridades geopolíticas da comunidade internacional, mormente da superpotência reinante, este contexto exponenciou vácuos de segurança localizados, explicando o *boom* histórico das EMSP nesses países.

⁵ Fukuyama, 2006, p. 49.

⁶ Conselho NATO-Rússia, 1997.

⁷ Público, 2001.

⁸ Singer, 2003, p. 50.

2. Um fenômeno fundamentalmente distinto: origens e evolução do outsourcing militar

Na antecâmara do novo milênio, os incentivos estaduais para privatizar a guerra permaneciam inalterados. Retorquindo, porém, aos desafios apresentados pela complexificação conflitual, *maxime* na ex-Jugoslávia, a contratação de atores privados soube reinventar-se, fruto de uma organização inovadora. Outrora circunscrito à qualidade das tropas, o salto tecnológico estendeu-se à sua completa profissionalização, segundo os ditames do capitalismo corporativo e financeiro. Apartando-se do obscurantismo e da informalidade típicas dos mercenários, o aparecimento das EMSP constituiu, para o mercado privatístico, uma autêntica refundação.

Além de precipitado, seria ilusório igualar realidades tão disformes, em pontos cruciais como: a diversidade de operações, abrangendo (ou não) distintos teatros de guerra; a legalidade e a publicidade, por oposição a um meio clandestino por excelência; o *modus operandi*, por um lado independente ou de codecisão em pequenos grupos, por outro subordinado; o propósito empresarial do lucro, enquanto forma de assegurar a manutenção da atividade, por encima da imediata satisfação pessoal, avessa ao planeamento. Globais e multinacionais, estas companhias influenciam, crescentemente, o curso de numerosas guerras – esbatendo a ténue fronteira da (i)legalidade internacional.

Despontou, por isso, a necessidade de distinguir subtipos de EMSP, demarcando-as da unicidade a que, historicamente, foram votados o substrato e a normatividade mercenária. Segundo um critério funcional, consolidou-se uma divisão tripartida⁹, distinguindo: EMSP *prestadoras* de serviços militares e de segurança; *consultoras*, comercializando serviços de assessoria e treino militar; e, por fim, EMSP de vocação estritamente logística, típica das firmas de *suporte*¹⁰.

Em conformidade, tais firmas foram adquirindo o estatuto de guardas pretorianas, ora de autoritários regimes políticos, ora ao serviço dos correspondentes insurgentes, uma dualidade comum em Estados falhados¹¹. A propensão do continente africano para a privatização, já conhecida, evidenciou-se em copiosos conflitos internos, v.g. Angola, Congo, Libéria e Serra Leoa, além do genocídio no Ruanda¹².

⁹ Singer, 2003, pp. 88-136.

¹⁰ Arnold, 2019, pp. 53-56, que com base no grau de uso da força, subdivide a categoria das EMSP *prestadoras* em empresas de *segurança privada* (v.g. *Blackwater*) e empresas *militares* (v.g. *EO*), oscilando o *Grupo Wagner* entre ambas.

¹¹ Fértéis em conflitos *desestruturados*, plenos de banditismo e destituídos de objetivos militares claros. Sandoz, 1996.

¹² Na última década, a ameaça do *Boko Haram* explica a preferência do governo nigeriano pela sul-africana *STTEP*, refundada versão da *EO*. Nielsen, 2016, pp. 10-12.

Corolários de uma nova complexidade, os problemas gerados são, porém, mais profundos, refletindo-se na diversificação dos sujeitos contratantes. Plenos de adaptação funcional, os serviços das EMSP são requisitados não só por Estados soberanos, mas também por empresas privadas não militares¹³, ONGs e até a própria ONU, como *ultima ratio* do *peacekeeping*¹⁴. Destacou-se, neste âmbito, a preponderância assumida na reconstrução pós-conflitual dos Balcãs Ocidentais¹⁵.

Com efeito, revisitar a dissolução jugoslava assume contornos decisivos, já que os conflitos que espoletou condensam, no curso da história, a maioria dos vetores de afirmação do *outsourcing* militar – aportando mesmo, face aos conflitos africanos, uma base documental mais precisa sobre questões cuja relevância se mantém.

2.1. A contratação múltipla

Uma das mais relevantes, sem dúvida, consiste na transferência de tropas entre Partes do mesmo conflito, não podendo ser dissociada do “pecado original” dos exércitos privados: o interesse na manutenção e proliferação da guerra, condição indispensável a um modelo de negócio. Arvorada a fonte de subsistência, a “arte da guerra” coloca sérios obstáculos à resolução de conflitos, bem como à sua prevenção – nos antípodas de um exército nacional, idealmente fiel à Pátria, e não ao lucro.

Na ex-Jugoslávia, a profusão de etnias, espelhada na interseção territorial das populações, apenas veio potencializar o nocivo alcance da indústria – materializado na contratação múltipla, da mesma EMSP, por empregadores rivais no campo de batalha. *Case study* incontornável, urge detalhar a “Operação Tempestade”, retroagindo a 4 de agosto de 1995. Decisiva para o desfecho da Guerra de Independência Croata, a missão logrou expulsar os sérvios de Krajina, lançando as bases para uma definitiva soberania sobre a região. Envolto no manto da limpeza étnica, o seu êxito não pode ser dissociado da vantagem militar aportada pelas EMSP – sem a qual não poderia um exército recém-criado empreender uma operação virtualmente perfeita, tão avassaladora quanto improvável. A recuperação de um terço do território, ao cabo de somente 4 dias, beneficiara da assessoria prestada pela MPRI, contratada para profissionalizar as forças croatas nos termos da doutrina militar norte-americana – como se da NATO o país já fosse parte¹⁶.

Decorridos 27 anos, torna-se evidente que a versão oficial do governo dos EUA¹⁷, alegando preocupações de neutralidade, repousava na negação plausível,

¹³ Cf. nota 75.

¹⁴ UNDSS, 2017, pp. 61 e ss.

¹⁵ Singer, 2003, pp. 143-146.

¹⁶ Singer, 2003, pp. 125-128.

¹⁷ Sustentada por Perry no Congresso dos EUA, bem como Albright no CS. BN Televizija, 2012.

materializando-se em opacas cláusulas de treino, destinadas à formação de Zagreb nas “elações entre civis e militares¹⁸”. Casos como este permitem compreender, hoje, um dos principais incentivos à privatização – a prossecução, velada, de objetivos de política externa. Em tese, as EMSP dependem da autorização do Estado-Sede para operar em dado território, circunscrevendo-se a duas hipóteses: ora deslocalizar-se para países periféricos¹⁹, ora manter-se sob a jurisdição de uma Grande Potência, sujeitando-se aos ditames geopolíticos desta²⁰.

Também por isso, o historial da empresa na região não terminaria em solo croata. Em Dayton, a aceitação da paz pelo governo bósnio requereu a celebração de contrato análogo²¹, revelando uma comunhão de interesses entre os Estados e os atores privados: os primeiros visando indiretamente os seus objetivos externos, cujo antagonismo vem obstaculizar a construção de uma paz autêntica e duradoura; os segundos beneficiando de tal tendência para maximizar proveitos, estendendo globalmente o seu raio de ação.

A experiência, no entanto, não suportou por muito tempo a fragilidade deste equilíbrio, desnudando os efeitos práticos da multiplicação de forças e armamento. No terreno, a heterogeneidade étnica dos exércitos permitiu que elementos terceiros, mormente albaneses²², recebessem o mesmo treino, em virtude de contratos nos quais jamais foram Partes, nem sequer destinatários. Com maior ou menor premeditação dos EUA, esta espécie de contratação “indireta” repercutiu-se seriamente na região, exponenciando os contornos do conflito no Kosovo²³. Inserida na intervenção da NATO²⁴, a política prosseguida pelo governo americano redundou na formação militar, também pela MPRI, de forças antagónicas na região. Isto porque, por força das reivindicações territoriais dos albaneses nesse país, o conflito kosovar estender-se-ia em 2001 à Macedónia do Norte, país no qual a MPRI operava desde 1998²⁵.

Imersa numa dinâmica simultaneamente empresarial e geoestratégica, a privatização militar veio esbater, definitivamente, as fronteiras entre a paz e a guerra, comportando consequências imprevisíveis. Em suma, os instrumentos desenhados para a manutenção da paz, ou pelo menos assim apresentados²⁶, acabam por fomentar o reacendimento dos confrontos. Como tal, o ciclo privatístico das últimas três décadas

¹⁸ Cursos ministrados pelos Generais Soyster, Griffiths e, sobre todos, Vuono. Silverstein, 1997.

¹⁹ Gerando uma concorrência internacional negativa, ora nas legislações nacionais (*forum shopping*) ora através da migração de trabalhadores. Nevers, 2017, pp. 301-302.

²⁰ Singer, 2003, pp. 222-226.

²¹ Singer, 2003, p. 126.

²² Entre eles Agim Çeku, futuro líder do Exército de Libertação do Kosovo e, posteriormente, Primeiro-Ministro.

²³ Chossudovsky, 2022.

²⁴ Cujo zénite chegaria a 24 de março de 1999, com o encerramento da Operação de verificação aérea *Eye Eagle* (autorizada pela Resolução 1203 (1998) do CS, no quadro do cap. VII CNU), dando lugar aos bombardeamentos da Operação *Allied Force*, encerrados pelo Acordo de Kumanovo.

²⁵ Smith, 1999, pp. 8-9.

²⁶ Em nome de um equilíbrio de forças sabotado, subliminarmente, pela seleção de parceiros regionais privilegiados.

aparenta ser um hiato de transição: entre uma ordem bipolar, extinta com o ocaso da URSS, e uma multipolaridade de viés sino-russo, almejando destronar a unipolaridade dos EUA²⁷.

2.2. Razões para a permanência: as EMSP no dealbar do milênio

Por entre os escombros de múltiplos escândalos²⁸, cujo apogeu coincidiu com as invasões norte-americanas do Afeganistão e do Iraque²⁹, as EMSP repousam sobre um mercado em que os clientes raramente escasseiam, pelo que cumpre sistematizar os motivos de tão rígida procura.

Primeiramente, os “exércitos privados” acodem a um conjunto de despesas estruturantes, mas objeto de reinterpretção no novo milênio: tradicionalmente assumidos como monopólio do Estado, os gastos com a Defesa passaram a ser vistos como custos sobredimensionados, passíveis de redução. Simultaneamente, a contratação de EMSP favorece a especialização das próprias Forças Armadas, além de diminuir dos custos sociais da guerra, por força da exclusão dos contratados dos números oficiais de baixas. Conseqüentemente, os efeitos eleitorais da participação em conflitos também se veem atenuados – o mesmo ocorrendo com o respaldo democrático³⁰ necessário ao início das hostilidades, crescentemente híbridas. Por fim, a privatização goza de incentivos jurídicos, já que a natureza casuística das EMSP dificulta a subsunção dos seus funcionários numa das categorias típicas do DIH – o que se repercute na imputabilidade estadual³¹, plausivelmente ocultada pela teia da (sub)contratação. Refutar a ilusória tese do “vácuo” de responsabilidade depende, portanto, da concretização do vínculo destes sujeitos ao Estado, para a qual se mostra essencial determinar juridicamente o seu estatuto.

3. O mercenarismo: classificação familiar, mas errónea

Na medida em que o seu escopo fica aquém da questão apreciada, não nos deteremos em desenvoltas considerações sobre as normas anti-mercenárias. Atendendo, porém, à sua relevância histórica, bem como à frequente associação com os funcionários das EMSP, algo de relevante haverá a dizer, justificando a insuficiência apontada³².

²⁷ Sobre a reconversão das EMSP em expedientes de recuperação de antigas esferas de influência, cfr. Caps. II-III.

²⁸ Além de *Abu Ghraib*, obra da *CACI Internacional*, destaca-se o Massacre da *Praça Nissour* (2007), protagonizado pela *Blackwater*. Anteriormente, a *DynCorp* protagonizara casos de prostituição e tráfico humano na ex-Jugoslávia. Isenberg, 2011.

²⁹ Comissão sobre Contratação em Tempo de Guerra no Iraque e no Afeganistão, 2011, p.22.

³⁰ Cf. nota 17.

³¹ Dificultando sobremaneira a tarefa do intérprete, por oposição a um soldado regular, subsumível, sem mais, ao art. 4 do PARI. Carsten Hoppe, pp. 444-445.

³² O que não preclui a investigação complementar de ambas as matérias, v.g. na recolha de provas. UNWGM, 2018, p. 5.

Renegado por estas para a marginalidade³³, o mercenarismo não se coaduna com a ideia de que as EMSP configurariam uma sofisticada versão de uma prática milenar. A matriz orgânica de cada um dos fenómenos, diametralmente oposta, presta-se a uma conclusão lógica: para ser rigorosa, a definição destas empresas carece de idêntica autonomia jurídica.

Vertida no Documento de Montreux (DM)³⁴, é consensual a noção de que serão classificadas como EMSP todas “(...) as sociedades comerciais privadas que prestem serviços militares ou de segurança, independentemente da designação que para si mesmas assumam”. Por meio de um elenco não taxativo, os Estados aderentes buscaram reafirmar a irrelevância do *nomen iuris*, as mais das vezes propositalmente ilusório – bem vistas as funções exercidas, tipicamente, por estas sociedades comerciais: “guarda e proteção de pessoas e objetos, nomeadamente comitivas, prédios e outros locais; manutenção e operação de armamento; detenção de prisioneiros; treino e formação de forças armadas locais, bem como do pessoal de segurança”.

Não surpreende, por isso, a inaplicabilidade prática dos seis critérios do Protocolo Adicional I, definidos pelo art. 47 em moldes cumulativos. Isto porque, *per si*, tais requisitos constituem um conjunto de hercúlea aplicação: o cidadão em causa não pode ser nacional de uma das Partes em conflito, nem sequer residente do território controlado por estas; igualmente, não pode ter sido enviado por um Estado terceiro, enquanto membro das suas forças armadas em missão oficial; a motivação da sua conduta tem de ser, forçosamente, o lucro privado, por meio de uma remuneração substancialmente superior à das forças regulares; o recrutamento tem de ter sido realizado com o propósito específico de combater no conflito; o indivíduo tem de tomar parte, efetivamente, nas hostilidades. *Grosso modo*, a assunção dos mesmos parâmetros pelas pertinentes Convenções da ONU e da OUA³⁵ explica a reduzida adesão à primeira, somada a um casuísmo redutor, no tempo, do efeito útil de ambas.

Em suma, no afã de caracterizar o mercenarismo com a maior exatidão possível, a definição produzida pelo PAI acaba por excluir quase todos os casos concretos – circunstância não inteiramente indesejada, premeditadamente, por vários Estados. De facto, o grau de subjetividade impresso a muitos dos requisitos subverte o efeito útil das investigações – sem dúvida valiosas, pelas evidências coletadas no terreno, mas

³³ Kálmán, 2013, p. 375.

³⁴ Prefácio, n.º 9.

³⁵ Respetivamente, a Convenção Internacional contra o Recrutamento, Utilização, Financiamento e Treinamento de Mercenários (1989) e a Convenção da OUA para a Eliminação do Mercenarismo em África (1977).

inconsequentes, diante de tamanha exigência probatória. *A fortiori*, a acrescida fluidez das EMSP vem desvelar a total obsolescência das normas anti mercenárias³⁶.

Além de improvável, tal estatuto não ofereceria uma proteção satisfatória aos contratados. Perante o mercenarismo, o DIH contemporâneo não se inclina para a proibição, mas nem por isso reconhece os seus protagonistas como combatentes. Subtraindo-lhes os direitos reservados aos prisioneiros de guerra, o art. 47 do PAI denuncia, desde logo, a proteção convencionada para estes indivíduos: marcadamente residual³⁷, à semelhança dos civis que, ilegalmente, tomam parte nas hostilidades.

Esclarecidas as razões de tamanha dissonância, cumpre perseguir opções de maior pertinência. Para isso, urge retornar aos fundamentos mais essenciais do DIH, vislumbrando o modo como as EMSP vêm perturbar a distinção civil/combatente.

4. O binómio civil/combatente: entre o casuísmo e a criação de novas categorias normativas

Ínsita ao DIH, a dualidade apreciada radica no princípio da distinção, simultaneamente aplicável a pessoas e bens³⁸. Indissociável da necessidade militar, este é um princípio cuja operacionalidade³⁹ depende da concordância prática entre as exigências de ambos – na qual se incluem, ainda, os princípios da precaução e da proporcionalidade. Como tal, o funcionário de uma EMSP será, *in casu*, classificado como civil ou como combatente.

Acima do rigor dogmático, a definição do estatuto jurídico releva em matéria de direitos e obrigações. Desde logo, um indivíduo ao qual não seja reconhecida a condição de combatente será, quase sempre, privado do estatuto de prisioneiro de guerra⁴⁰, em razão da sua condição de civil. Ademais, enfrentará julgamento pela mera participação nas hostilidades, enquanto combatente “ilegítimo” – destituído da imunidade consagrada aos civis, a partir do momento em que nelas tomou parte. Como tal, a maioria dos *contractors* será classificada como civil⁴¹.

Nem sempre será assim, porém, dada a originalidade dos casos: de facto, a não integração nas Forças Armadas não constitui garantia, irrestrita, da condição de civil; inversamente, o mero porte de armas não se constitui como condição suficiente, e

³⁶ Vide a alínea d), que discrimina funcionários em função da nacionalidade, tipicamente heterogénea neste mercado. Cf. nota 19.

³⁷ Vertida também no direito consuetudinário. Cf. Regra 108, CICV, 2005.

³⁸ Arts. 48 e ss. PAI.

³⁹ Estruturada em obrigações negativas (*não atacar*) e positivas (*defender*). Pereira, 2014, pp. 421-423.

⁴⁰ Excetuando-se o conjunto de situações previstas no art. 4-A III CG, cuja heterogeneidade favorece uma subsunção rara, mas possível, aos funcionários de EMSP: membros de milícias, das Forças Armadas e como acompanhantes destas, desempenhando, v.g., funções logísticas. O problema coloca-se quanto à concretização de algumas tarefas “não militares”. Tavares, 2015, pp. 548-553. Nevers, 2017, p. 286.

⁴¹ Cf. DM, declaração 24, p. 36.

automática, da qualificação como combatente. Perante o olhar examinador do DIH, a condição jurídica destes atores dependerá do contrato de *outsourcing* – por meio do qual um Estado, dito Contratante, convencionará com uma determinada EMSP as funções a desempenhar pelos funcionários desta. Tais cláusulas, aliás, são peça chave para a compreensão do vínculo estabelecido, determinante da responsabilidade internacional do Estado.⁴²

Enquanto entidade patronal, a empresa deverá plasmar esse mesmo rol de tarefas no contrato de trabalho dos seus funcionários. A prática, contudo, denuncia uma realidade distinta, fruto de uma dinâmica empresarial fluída, opaca e que, subcontratando, dilui a letra das cláusulas acordadas pelo Estado, não raras vezes conivente. Nesta flexibilidade, a todos os títulos ímpar, radica a maioria dos problemas de regulação internacional do setor. Mercê desta particularidade, não são raros os casos de assalariados ativamente envolvidos na condução das hostilidades, ainda que o Estado Contratante tenha requisitado serviços de segurança defensiva ou, até, serviços não armados – dissonância que permite explicar a condição de combatente-ilegítimo, recorrente nestas situações. Celebrando e executando tais contratos, a prática estadual-empresarial tem como consequência maior o agravamento de uma questão há muito envolta em discórdia: a definição conceptual da participação direta nas hostilidades⁴³, caricaturada pela imagem do agricultor diurno que, intermitentemente, se converte em combatente noturno.

Para além da ambiguidade que introduz no terreno⁴⁴, o presente quadro normativo reflete a inércia premeditada dos governos nacionais⁴⁵. Receando subtrair ao *outsourcing* militar uma aparência de impunidade – concebida como incentivo de toda a indústria – os Estados vão obstaculizando consensos multilaterais, não só quanto a pontuais revisões das Convenções de Genebra (CGs), mas, sobretudo, quanto a um tratado atinente a estas matérias⁴⁶. Embora reunidas pela *soft law*⁴⁷, a dispersão das obrigações internacionais obsta a uma interpretação sistemática, cujos malefícios se alastram ao direito interno⁴⁸.

Refém da *Realpolitik*, traria nova luz uma norma convencional inovadora, apta a identificar categóricas funções de combate, sem consideração do seu desempenho por soldados ou *contractors*⁴⁹. Contratadas tais funções, os funcionários da empresa

⁴² Fleck, 2018.

⁴³ Hansen, 2012, p. 717; Nevers, 2017, p. 287; Cicv, 2020.

⁴⁴ Em prejuízo dos cálculos de distinção, necessidade e proporcionalidade militar da Parte Contrária, perante, v.g., escudos humanos compostos por contratados. Tavares, 2015, pp. 551-552.

⁴⁵ Hansen, 2012, p. 720.

⁴⁶ UNWGUM, 2018, p. 25.

⁴⁷ Sobre as virtudes e limitações do “direito suave”, na esteira de Kelsen, Ferreira de Almeida, p. 22.

⁴⁸ Loeb, 2015.

⁴⁹ Hansen, 2012, p. 721

apreciada seriam, por força desse elenco taxativo, automaticamente subsumidos no art. 4-A/2 III GC – integrando, assim, as Forças Armadas do Estado Contratante.

5. Metamorfose constante: desafios permanentes

Na ausência de tal norma, reclamada com acerto pela doutrina, o esforço do intérprete adquire contornos hercúleos. Nos meandros de um binómio civil/combatente pleno de “zonas cinzentas”, cumpre introduzir o casuísmo ínsito às EMSP: tão diverso quanto o número de empresas no mercado, se não mesmo das distintas missões a desempenhar, em sucessivos teatros de operações. Não surpreende, assim, que volvidos 30 anos de evolução, a transformação contínua emerja como prova maior da heterogeneidade do setor. De facto, este é um processo cujo ímpeto teima em não cessar, avaliados os acontecimentos da última década.

De todos eles, destaca-se a proliferação de um subtipo de EMSP minoritário no campo ocidental: as “empresas militares por procuração”⁵⁰, entre as quais pontifica o Grupo Wagner⁵¹. Gravitando ao redor do Kremlin, esta entidade aporta à privatização da guerra graus inéditos de incerteza jurídica – contrariando a ideia de que, em solo afegão e iraquiano, esta atingira o apogeu⁵². Demonstrada a desadequação normativa face ao DIH que, idealmente, se lhes aplica, que haverá a dizer de EMSP destituídas de personalidade jurídica? Que desafios apresentará uma existência orgânica envolta na ilegalidade e quais os motivos para tal *modus operandi*? Em que medida se aproximam, e afastam, as aspirações destes grupos “privados” da política externa de Moscovo? Qual a efetiva relação destes com o governo russo, e como responsabilizar internacionalmente o segundo pelos atos dos primeiros?

⁵⁰ Kinsey, 2006, p. 15. Mquirmi, 2022, p. 6.

⁵¹ Cf. nota 10.

⁵² Cf. nota 29.

Capítulo II: A singularidade do Grupo Wagner

A relevância das questões precedentes radica nos desafios colocados por esta EMSP à ordem internacional instituída, em conformidade com a cosmovisão do atual regime russo. Enquanto manifestação de uma mesma doutrina e contexto, a privatização russa situa-se na transição entre a guerra híbrida e convencional. Nesta medida, compreendê-la exige uma perspectiva comparatística, contrapondo ambas formas de confrontação. E, como vimos dizendo, o regime de responsabilidade internacional beneficia, sobremaneira, da correta subsunção dos atores *in casu*⁵³, pelo que se impõe decalcar juridicamente o Grupo Wagner. Por sua vez, o obscurantismo inerente ao grupo exige um exame prévio, situado num estágio pré-jurídico que informa devidamente a aplicação do direito.

Caso contrário, não compreenderíamos uma entidade inexistente aos olhos da lei, nem sequer os julgamentos já proferidos ao abrigo do art. 359 do Código Penal Russo⁵⁴ – em cujos termos alguns membros foram equiparados a mercenários. Perante um sistema lacunoso, a incerteza aumenta substancialmente: em face do mercenarismo, na medida em que a organização, dimensão e burocracia assumidas o extravasam; quanto às EMSP ocidentais, visto que tampouco a personalidade jurídica, a autonomia, a publicidade e a vocação essencialmente defensiva podem caracterizar as “empresas” russas⁵⁵.

1. A dualidade autoritarismo-expansionismo, estruturante de uma sociedade historicamente oligárquica

A fim de compreender, portanto, esta singular reinterpretação do *outsourcing*, urge conhecer os traços da identidade nacional russa. Atentemos, preliminarmente, no testemunho de um ex-membro, “Vassily”: Atualmente, a Federação Russa ainda não é um império, mas pretende voltar a sê-lo (...) o Wagner é um dos instrumentos delineados para atingir esse objetivo⁵⁶. Articulados com a retórica do Kremlin⁵⁷, relatos como este evidenciam uma consciência coletiva que acompanha a Rússia desde a sua emergência como Estado e como Nação, não tendo as feições imperiais abandonado, jamais, a política externa do país (embora imbuídas de distintas vestes históricas).

Como tal, pequenos períodos de inflexão, tantas vezes associados a uma disrupção profunda, e por fim convergente com a ordem demoliberal do Ocidente, mais não têm

⁵³ Cf. nota 31.

⁵⁴ Dreyfus, 2018, pp. 8-11.

⁵⁵ Cf. nota 33.

⁵⁶ France TV, 2022. RFI, 2022.

⁵⁷ Evocando, frequentemente, o legado de Pedro, o Grande. Kremlin, 2022, p. 4.

sido do que interlúdios daquilo que, segundo o Kremlin, constitui a grandeza do povo russo. Apesar de dolorosos, estes têm-se mostrado historicamente necessários, propiciando, qual metamorfose reparadora, uma transição efetiva para novos períodos de expansão. Assim ocorreu, muito claramente, com o Governo Provisório de Kerensky, fugaz intervalo parlamentar entre dois autoritarismos: o dos czares e o dos soviets. Paralelamente, muitos foram os que, extinto o Pacto de Varsóvia, vaticinaram a integração definitiva da Rússia no Ocidente, personificada nas lideranças de Clinton e Yeltsin⁵⁸. A realidade, contudo, encarregou-se de reafirmar a continuação da história: tais anos redundaram, tão somente, em novo recuo estratégico de uma nação que, tendo o expansionismo como desígnio, se vê a si mesma como “civilização⁵⁹”. Com efeito, a propalada incompatibilidade dos valores democráticos com a idiosincrasia do povo russo sempre foi apresentada como origem para a escassa implantação histórica da democracia – justificando modernizações de tipo autocrático, moldando a vida dos russos segundo os ditames de cada um dos seus líderes.

Não surpreende, por isso, que a versão mais recente do expansionismo russo possua raízes autoritárias⁶⁰, prolongando-se até à atualidade. Referimo-nos, evidentemente, às últimas duas décadas de governação, nas quais Putin, a par dos respetivos *apparatchiks*, promoveu o recrudescimento do país como Grande Potência militar⁶¹, repartido em esferas distintas, mas complementares: o plano interno, cristalizado nas Guerras Chechenas; o *estrangeiro próximo*⁶², compreendendo o espaço pós-soviético, prolífico em estados satélite⁶³, “conflitos congelados⁶⁴” e focos de conflito latente, como o ucraniano; a projeção da Rússia como Grande Poder a uma escala global, na esteira do legado soviético no Médio Oriente e em África (o *estrangeiro intermédio*), mas também na América Latina (o *estrangeiro longínquo*⁶⁵).

Compreender a história russa segundo o binómio autoritarismo-império permite-nos, pois, situar o Grupo Wagner na estratégia de Putin. Nos dias que correm, entender a conceção global do *Russkiy Mir*⁶⁶ é, antes de mais, recordar os pressupostos essenciais do *heartland* mackinderiano e da Escola Realista⁶⁷, segundo a qual cada potência busca

⁵⁸ Cf. nota 6.

⁵⁹ Klimenko & Yurtaev, 2018, pp. 242-246.

⁶⁰ A crise constitucional de 1993 que, sob as vestes do semipresidencialismo, iniciaria uma progressiva centralização do poder no Chefe Estado, de viés antiparlamentar e índole constitucional. Russia Beyond, 2013; Deutsche Welle, 2020.

⁶¹ Distante, porém, da condição de superpotência económica da ex-URSS, mensurável através de um Produto Interno Bruto inferior ao de diversos países europeus. Banco Mundial, 2022.

⁶² Cruz & Fernandes, 2022, pp. 94-110.

⁶³ Signatários do Tratado de Segurança Coletiva.

⁶⁴ Transnístria, Abecásia, Ossétia do Sul e Donbass (2014-2022).

⁶⁵ Não sendo despcienda, nesta sede, a integração da Rússia pós-soviética nos BRICS, somando-se aos tradicionais laços com Havana, Caracas e Manágua.

⁶⁶ “Mundo russo”, expressão que nomeia, inclusive, uma fundação criada pelo Kremlin em 2007, destinada à promoção global da russofonia. Russkiy Mir, 2023.

⁶⁷ Mearsheimer, 2018, pp. 217-234.

projetar o seu poder de modo excludente: nas zonas do globo em que entende, como legítimo, o exercício único da sua influência. A entidade apreciada, presente em cada um dos territórios tidos como estratégicos para o regime, constitui-se, por via disso, como guia para a descodificação socioeconómica e identitária deste governo, decidido a restaurar a grandeza perdida⁶⁸.

Observamos, assim, a plena confirmação desta tendência cíclica, ao ritmo, crescentemente intenso, dos sucessivos atos de agressão russos. Cristalizada, em definitivo, com a anexação da Crimeia, em 2014, esta inflexão já fora anunciada na Geórgia (2008)⁶⁹, culminando, sobremaneira, na invasão declarada de toda a Ucrânia continental, a 24 de fevereiro de 2022 – após oito anos de um conflito de baixa intensidade no Donbass, cuja natureza internacional oferece margem para o debate⁷⁰. Na ótica russa, a autodenominada “operação militar especial” constituiu-se como escalada necessária dos níveis de confrontação perante a estagnação político-militar das autoproclamadas Repúblicas Populares de Donetsk e Lugansk – algo que na Crimeia não se havia revelado necessário, atento o êxito dos “pequenos homens verdes”. Justificando a invasão através de vastas deturpações do instituto da legítima defesa⁷¹, os ardis da diplomacia russa mostram-se inábeis perante uma análise imparcial e distanciada da política de pequenos passos do Kremlin.

Retrospectivamente considerada, a estratégia russa emerge com maior nitidez: esbatidas as fronteiras entre a paz e a guerra, e atenta a interconexão entre cada um dos graus de confronto (adotados consoante as necessidades e propósitos de cada conflito), a experiência ucraniana permite-nos divisar, por encima da já decrépita negação plausível, as aspirações de grupos como o Wagner, cuja origem remonta ao início deste processo. Assim, a afirmação de uma guerra convencional não esgotou a potencialidade das operações híbridas⁷², constantes na Ucrânia e em todos os territórios tidos por Moscovo como vitais para a sua posição no mundo.

Nesta demanda clarificadora, a centralidade da oligarquia assume inequívoco protagonismo, transversal a todas as áreas da governação putiniana. Por via disso, personificar esta influência mostra-se indispensável à determinação do *status* jurídico aplicável: EMSP, milícia, corpo de voluntários, simples mercenários ou, inclusive, parte integrante das forças especiais russas (*spetsnaz*).

⁶⁸ Nas palavras de Putin, “a maior catástrofe geopolítica do último século”. RTP, 2022.

⁶⁹ Primeira manifestação bélica do célebre Discurso de Munique. Putin, 2007.

⁷⁰ TPI, 2016, par. 164 e ss.

⁷¹ Putin, 2022.

⁷² Tóth, 2018, pp. 173-183.

2. Fundação, composição e cadeia de comando

Enquanto reflexo do lapso histórico-governativo em cuja vigência proliferam, grupos como o Wagner espelham as dinâmicas ínsitas à elite dominante num país em que a estrutura oligárquica, mais do que um mero *lobby* legislativo, constitui os nervos condutores de toda a estrutura administrativo-social. Como tal, a interconexão existente entre o exército, o governo e este tipo de atores, formalmente privados, permite identificar a cadeia de comando que norteia estes últimos. Neste ponto, pontificam duas figuras determinantes: Yevgeny Prigozhin e Dmitri Utkin.

Quanto ao primeiro, cumpre dizer que representa, por excelência, a fidelidade dos oligarcas ao Presidente da Federação Russa. Reconhecendo a preponderância destes para o renascimento da economia russa, estruturada por Ieltsin, mas temendo, igualmente, a dependência do seu governo em relação a estes, Putin soube transfigurá-la em moldes bilaterais. Aqui radica, com efeito, o progressivo endurecimento do regime, mediante o qual o Presidente logrou estabelecer, como condição para a manutenção de privilégios, a absoluta fidelidade política. Enquanto grande financiador do Grupo Wagner, Prigozhin não só integra, como simboliza o círculo mais restrito do poder oligárquico, administrativamente depurado por sucessivas “purgas” presidenciais.

Nos antípodas de opositores como Khodorkovsky, Litvinenko ou Nemtsov, a fortuna deste magnata do *fast food* radica justamente na proximidade cultivada junto de Putin⁷³: primeiro, através de avultados serviços de *catering* prestados ao Kremlin; posteriormente, através de um modelo de exploração de recursos estratégicos no Médio Oriente e em África⁷⁴.

Cabe assinalar que, até à confissão de 26 de setembro de 2022⁷⁵, Prigozhin negara repetidamente o seu papel de financiador da entidade, pese embora os sucessivos indicadores que apontavam nesse sentido. Volvidos oito anos, apenas a interdependência governo-grupo explica tamanha dissonância, motivando a assunção da obra pelo Ministro Lavrov⁷⁶. Dada a passagem do conflito ucraniano para um estágio declaradamente convencional, a negação plausível deixou de constituir, globalmente, uma vantagem geoestratégica.

Naturalmente, os efeitos desta confissão estendem-se a todo o organograma wagneriano, enquanto corolário lógico da assunção, pelo mais elevado superior hierárquico, de numerosos factos, comprovados por uma década de investigações⁷⁷. Por

⁷³ Desbiolles, 2020.

⁷⁴ Por meio de uma teia de concessões que, em si mesma, é produto da aliança desses países com a Rússia, acompanhando a presença militar da Wagner.

⁷⁵ Guardian, 2022.

⁷⁶ Jornal de Notícias, 2023.

⁷⁷ Arte, 2023.

via disso, não cabe dúvida do envolvimento de Utkin, fundador do grupo⁷⁸ e sua máxima autoridade militar desde 2014. A influência do Kremlin na organização reflete-se no passado profissional deste ex-sargento: veterano das guerras chechenas, chefiou, entre 2008 e 2013, uma unidade de forças especiais (*spetsnaz*) do Departamento Central de Inteligência (GRU). Em virtude de serviços prestados na Síria, sob contrato da Moran⁷⁹, recebeu ainda a “Ordem de Mérito”, por ocasião do “Dia dos Heróis da Pátria” de 2016, cerimónia em que foi fotografado na presença de Putin⁸⁰. Ademais, investigações posteriores permitiram localizar o quartel-general do grupo, adjacente ao do próprio GRU⁸¹, bem como identificar diversos passaportes⁸², emitidos para missões específicas.

A par do maioritário contingente russo⁸³, a organização caracteriza-se pela cooptação de nativos em cada um dos teatros operacionais: visando a expansão territorial, contratam-se nacionais de países onde que, à data, a atuação do grupo já se encontra consolidada. Da mesma forma que maximiza os lucros, por todos os meios, dos recursos naturais concessionados pela força das armas, Prigozhin não revela pudores na contratação de combatentes sírios⁸⁴, alargando o leque de atores à disposição do Kremlin. Não espanta, assim, que de entre as mais de 100 etnias da Federação, o secular protagonismo cossaco dê lugar aos soldados de Kadyrov, líder de uma Chechénia submetida em duas sangrentas guerras de secessão⁸⁵. Sucessivamente, Putin converte problemas domésticos em recursos da política externa, fator de unificação nacional.

Como tal, esta peculiar espécie de *outsourcing* emerge como produto de vasta tradição nacional, com medida na importação de inovações estrangeiras – limitada não só pela nota da indispensabilidade, desde logo na tecnologia, mas também da constante reinvenção segundo a doutrina e os valores russos. De facto, sempre que se revelou impossível, este esforço de conciliação veio a constituir-se como impedimento insanável, motivando a rejeição da ideia estrangeira que, concretamente, se visava acomodar⁸⁶. A vocação guerreira, imanente aos povos da Rússia, adquire, assim, novos contornos, sob a forma de uma “empresa” que, apartando-se do mercenarismo clássico, em tudo difere das congéneres tipicamente ocidentais. Se, no Ocidente, cada empresa válida já a máxima de que “cada caso é um caso”, em virtude das características irrepetíveis de cada

⁷⁸ Neonazi confesso, Utkin decidiu batizar o grupo com o seu próprio nome de guerra, prévia homenagem ao compositor predileto de Hitler.

⁷⁹ Uma de várias EMSP registadas por cidadãos russos no exterior do país, integrando a copiosa árvore genealógica da Wagner. Rondeaux, 2019, pp. 41-49.

⁸⁰ Galeotti, 2017.

⁸¹ CSIS, 2021, p. 19.

⁸² Bellingcat, 2019.

⁸³ Dreyfus, 2020, p. 4.

⁸⁴ Público, 2022.

⁸⁵ Kramer, 2017, pp. 173-176, 186-192.

⁸⁶ Consolidando-se, até hoje, a linha de *modernização autocrática* inaugurada por Pedro, O Grande. Cf. nota 59.

contrato, a “civilização” russa esconde desafios distintos, que o manto da oligarquia visa ocultar.

Uma vez apresentado, no primeiro capítulo, o enquadramento jurídico-histórico que informa o objeto do nosso estudo, procedeu-se à definição sumária, mas rigorosa, do seu conteúdo fáctico. Interpretando as suas origens, logamos descodificar o problema, pelo que cumprirá, doravante, aplicar aos factos os pertinentes regimes internacionais. Para o efeito, permearemos a nossa análise sobre os teatros de operações mais relevantes – aqueles, em suma, que melhor documentam o âmbito, os limites e, sobretudo, a eficácia do direito internacional.

Capítulo III: A demanda por uma efetiva *accountability*

1. A complexidade inerente a um problema multidimensional

Tendo por base tudo o que até agora expusemos, mostram-se indissociáveis as ações protagonizadas na Ucrânia, em África e no Médio Oriente – parte integrante de uma mesma política externa, aplicada na última década⁸⁷. Esta simbiose, multiplicando os contextos operacionais, vem acentuar a perceção do “vácuo jurídico”, já que proliferam os atores privados reconduzíveis à designação “Wagner”, um termo “guarda-chuva”, *per si* legalmente inexistente: ora por meio do já abordado recrutamento local⁸⁸, ora através de múltiplas “sociedades fantasma”⁸⁹ – registadas por Prigozhin em cada um dos Estados Contratantes e extraindo recursos naturais protegidos pelos seus contratados. Como tal, a demanda por uma efetiva *accountability*, imperativo de qualquer ordem jurídica, apenas poderá ser encetada considerando, sem exceção, todos os países envolvidos na comissão dos factos ilícitos: Estados-Sede, Contratantes e Territoriais⁹⁰.

Aqui chegados, a preferência do nosso estudo pela Responsabilidade Internacional dos Estados por Factos Ilícitos encontra eco na natureza atomística das ditas empresas, proporcionando ao CEO da empresa-mãe um meio de evasão perante as sanções que sobre si impendem – o mesmo ocorrendo com a oligarquia russa no seu todo, ávida por amenizar as contramedidas de Estados ocidentais⁹¹. Por via disso, não nos aprofundaremos, neste capítulo, sobre a responsabilidade internacional das sociedades transnacionais – ramo do DIP cuja aplicabilidade prática se tem voltado para os danos ambientais transfronteiriços⁹², e não tanto para violações flagrantes do DIH e do DIDH⁹³. Perante um Estado cada vez mais pária económico do Ocidente, não deteremos considerações sobre a eventual desconsideração, em sede arbitral, da personalidade jurídica de empresas estatais ou a estas equiparadas, oligarquicamente.

Ainda preliminarmente, contudo, cabe consideração sobre os obstáculos colocados pelo caso ao DIC e, em menor escala, ao DIDH. Com efeito, a jurisdição do TPI depende da vontade soberana dos Estados, não sendo a Rússia signatária do ETPI, à semelhança dos EUA e da China. Saindo da esfera dos membros permanentes do CS⁹⁴, e a despeito

⁸⁷ Deus Pereira, 2022.

⁸⁸ Cf. nota 84.

⁸⁹ Subsidiárias, em distintos graus, do Grupo Concord detido por Prigozhin. Cf. nota 74.

⁹⁰ DM, pp. 11-13.

⁹¹ Sobre a eficácia histórica das contramedidas, à luz dos arts. 49-53 PARI e analisada a prática dos Estados e do CS, Dawidowicz, 2017, pp. 255-270.

⁹² Decalcando-se da teoria do risco, consagrada pela responsabilidade objetiva das ordens jurídicas nacionais. Ferreira de Almeida, p. 242.

⁹³ Mongelard, 2006, pp. 668-671.

⁹⁴ Cf. art. 15^{ter} ETPI.

da adesão, ao TPI, por parte de Estados hoje Contratantes dos serviços Wagner, a natureza dos seus conflitos internos⁹⁵ – dominados por juntas militares não democráticas e cujo poder depende da cooperação russa, como no Mali – obsta a uma efetiva cooperação judiciária, preterida em nome de uma nova “aliança”. Os desafios daqui advindos afetam, até, Estados de Direito mais sólidos, como sucede com a África do Sul⁹⁶, pelo que, *a fortiori*, somos forçados a uma conclusão desanimadora, à qual não são alheias as limitações da *jurisdição universal*. Retornando a Moscovo, a interdependência entre a política externa e interna encontra nova ressonância: a denegação de justiça⁹⁷, perpetrada pelos tribunais locais em casos análogos, ocorridos na Síria. Refletindo-se num conjunto de acórdãos nada abonatórios do TEDH, o *status quo* permite contextualizar a retirada voluntária da Rússia do CdE, a 15 de março de 2022 (26 anos depois da adesão à CEDH e escassas semanas após a erupção do conflito ucraniano⁹⁸).

De facto, esta caricatura da justiça de Haia, “manifestação dos interesses imperialistas do Ocidente”⁹⁹, ecoa no *establishment* do Sahel e da África Subsariana, pleno de ressentimento anticolonial: “Nós assinamos um acordo com a Federação Russa. Se Putin, Presidente e Comandante em Chefe Supremo das Forças Armadas Russas, nos envia a Wagner, esse não é um problema nosso. Para nós são russos (...)”¹⁰⁰. Revelando um Estado de Direito incipiente, pese embora a ação da ONU¹⁰¹, esta declaração esclarece a relação que medeia entre a Wagner e o Kremlin. Diametralmente opostos às regras de empenhamento¹⁰² convencionadas pela ONU e pela UE, estes contratos de segurança, aos olhos da RCA e do Mali, integram acordos bilaterais de cooperação e defesa celebrados com Putin, capazes de destronar a MINUSCA e a MINUSMA, “onerosas” e “exigentes” em matéria de direitos humanos. Valorados tais indícios, a integração nas Forças Armadas, quando ausente, não preclui a imputação ao Estado das condutas do grupo, cumprindo aferir os moldes de tal ficção jurídica¹⁰³.

⁹⁵ Cf. nota 11.

⁹⁶ A respeito da obrigação *aut dedere aut judicare*. Diário de Notícias, 2023.

⁹⁷ Manifestações processuais da negação plausível, latentes na interlocução mantida com o UNWGM, 2022.

⁹⁸ Sistemáticamente acompanhada pela intenção de abandonar 21 tratados internacionais. SIC Notícias, 2023.

⁹⁹ Cabendo ao jusinternacionalista discernir entre os *double standards* diplomáticos (concretizados na relação dos EUA com o TPI, ou do Reino Unido com o TEDH) e uma visão hostil, *per sí*, à justiça internacional.

¹⁰⁰ Gouandjika, Ministro Conselheiro Especial da RCA, à France 24, 2022.

¹⁰¹ Por meio, v.g., de tribunais híbridos. UN Peacekeeping, 2021.

¹⁰² Traduzindo o aproveitamento russo da crise do *peacekeeping*, através da Wagner.

¹⁰³ Lanovoy, p. 565.

2. Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional sobre a Responsabilidade Internacional do Estado por Factos Ilícitos (PARI)

Estando documentadas múltiplas ações e omissões objetivamente ilícitas – desconformes a obrigações internacionais assumidas pela Federação Russa¹⁰⁴ –, mormente *ius cogens*¹⁰⁵, o nó górdio do nosso estudo prende-se com o elemento subjetivo do facto ilícito: o nexa de imputação dos mencionados factos ao Estado, nos termos concebidos pela CDI.

2.1. Atribuição: arts. 4, 5 e 8 PARI

A natureza metamórfica da Wagner oferece particulares desafios, podendo ser distinta a sua subsunção ao PARI consoante o concreto teatro de operações. Visando determinar os preceitos que melhor enquadram o tema, adotaremos um método indiciário, conjugando a factualidade obtida com a sedimentação cronológica dos critérios – fixados pela jurisprudência, mas não dispensando nunca a doutrina, capaz de refletir, no quadro da tradição instituída, sobre as respostas reclamadas por situações inéditas.

Impensável antes de 2022, é de admitir, no que tange ao conflito russo-ucraniano, a inserção do grupo no art. 4/1. Mantendo-se deveras exigente – por força de margens de autonomia operacionais que, obstando *a priori* à subsunção, devem ser avaliadas segundo as concretas relações políticas, militares e logísticas existentes entre a EMSP e o Estado¹⁰⁶ –, a hipótese colhe da plausibilidade apontada à integração do grupo nas Forças Armadas¹⁰⁷. Virtualmente dependentes da benevolência de Shoigu¹⁰⁸, os wagnerianos incorporar-se-iam nos arts. 4-A/2 III GC e 43/1 PAI, atuando o DIH como *lex specialis* e tornando-se Prigozhin comando responsável, perante Putin¹⁰⁹. Tal enquadramento desencadearia a aplicação do art. 7 (condutas *ultra vires*, em excesso ou contra instruções)¹¹⁰.

Impedindo que os Estados se eximam das suas obrigações por meio de artifícios de direito interno¹¹¹, a *ratio legis* deste preceito não deve, contudo, impelir-nos a uma

¹⁰⁴ Tavares, 2020, pp. 640-644.

¹⁰⁵ UNWGUM, 2021, p. 2.

¹⁰⁶ Cockayne, pp. 633-634.

¹⁰⁷ Cf. nota 49.

¹⁰⁸ Ministro da Defesa, cujo desafeto pessoal com Prigozhin motivou a criação da *Patriot*, EMSP ministerial. Público, 2023.

¹⁰⁹ E ambos perante as violações perpetradas, cuja prevenção está ao seu alcance. Cf. art. 28 ETPI. CDI, 1996, p. 43.

¹¹⁰ Em sentido contrário, Ago, CDI, 1972, pp. 72 e ss.

¹¹¹ Ryngaert, p. 164-

conclusão precipitada. Exige a prudência exames complementares, decorrentes do espírito que subjaz a todo o PARI: lograr uma concordância prática entre o supramencionado propósito e a regra geral da não atribuição (de condutas privadas ao Estado¹¹²). Daqui decorre o necessário enquadramento noutros artigos, por meio de um exercício simultaneamente alternativo e subsidiário, ao jeito da petição de um concreto demandante perante um juiz.

Quanto ao art. 5, cremos não ser este o caso, atento o obscurantismo legal que permeia a ligação do grupo ao Kremlin. Vislumbrar prerrogativas de ordem pública nesta teia de contratação informal, entre cavaleiros¹¹³, parece-nos excessivo, mesmo no quadro da oligarquia russa. O recrutamento prisional¹¹⁴, nesta sede, configura mais uma infeliz cedência de “material”, entre outras do Governo.

Tamanha informalidade, exponenciada em África, justifica a preponderância do art. 8. Síntese de inexistência legal e extraordinária proximidade ao Estado¹¹⁵, a Wagner molda-se com mais clareza aos fundamentos deste preceito, ponderados os indícios pertinentes¹¹⁶: envolvimento estatal na criação da EMSP; ideologia, planeamento estratégico e alvos comuns, conjuntamente delineados; interferência do governo nas práticas logísticas e de recrutamento; presença simultânea e concertada de órgãos e agentes estatais no terreno¹¹⁷.

Para que os critérios, não cumulativos, de “instrução”, “direção” ou “controlo” sejam corretamente densificados, importa aliar a sua sedimentação cronológica, essencialmente fixada na jurisprudência, aos contributos inovadores da doutrina, capaz de refletir, no quadro da tradição instituída, sobre o melhor modo de enfrentar situações inovadoras, como aquela que por ora nos ocupa.

Com efeito, episódios ocorridos na Guerra Civil Síria encontram defensável acolhimento na tese do controlo efetivo, concebida pelo TIJ no *Caso Nicarágua*. A exigência de instruções específicas¹¹⁸ do Estado em cada uma das operações militares parece preencher-se em missões militares realizadas sob proteção da Força Aérea Russa, mormente em *Palmira* e *Deir ez Zor*¹¹⁹. Manifestação da vontade específica do Estado¹²⁰, este tipo de operações, contudo, não constitui a norma. Na esteira do debate entre o controlo efetivo e o controlo global, a ação da Wagner, na multiplicidade de países em

¹¹² Frouville, p. 261. CDI, 2001, pp. 47 e ss.

¹¹³ Em todo o caso, implicaria sempre um salto lógico entre os contratos de *catering* da Concord Group e os contratos militares da Wagner.

¹¹⁴ OHCHR, 2023.

¹¹⁵ Características típicas de grupos aos quais os Estados, desde sempre, confiam “trabalhos indesejados”, raras vezes realizados oficialmente. Frouville, p. 266.

¹¹⁶ Advogando um afrouxamento holístico do critério jurisprudencial da dependência (art. 4), *a fortiori* refletido sobre o efeito útil do art. 8. Maddocks, p. 247.

¹¹⁷ CSIS, 2021, p. 58.

¹¹⁸ *Caso Nicarágua*, par. 115-116.

¹¹⁹ Deyfrus, 2020, p. 2.

¹²⁰ Frouville, p. 268.

que se encontra, reconduz-se mais perfeitamente a este último, cunhado pela TPEJ no caso *Tadić*¹²¹.

Partilhando da ideologia governamental, o *Russkiy Mir*, e sendo os seus membros parte da etnia russa ou do estrangeiro próximo e intermédio¹²², a Wagner possui uma margem de atuação reduzida, na qual se propicia o lucro privado, oligarquicamente alinhado com o governo. Independentemente dos expedientes mobilizados – ora torturando e assassinando civis malianos¹²³, em Moura, ora disputando metro a metro, com a mesma brutalidade, a posse de Bakhmut, na Ucrânia – o que releva é a teia de permissões e autorizações garantidas junto do governo¹²⁴, coartando os movimentos do grupo dentro de balizas muito bem definidas, jamais contrárias aos interesses geopolíticos do Kremlin. Este controlo, por isso, é coerente com a noção de que, à semelhança dos cossacos do passado, o Grupo Wagner é tão somente mais um dos diversos instrumentos da política externa moscovita.

Louvamo-nos, assim, na Opinião Dissidente de Al-Khasawneh¹²⁵, que, a despeito da incongruente opção do TIJ em reafirmar o standard do controlo efetivo¹²⁶, sustentou, acertadamente, a maior adesão do controlo global à realidade no *Caso Genocídio* (que, volvida sensivelmente uma década de *Tadić*, opôs Bósnia e Sérvia e Montenegro). Não pode escapar da nossa atenção o facto de que os perigos então apontados à solução adotada se tenham materializado na ação do Grupo Wagner. Efetivamente, os Estados, e para efeito do nosso estudo, a Rússia, vislumbrou neste acórdão um incentivo jurídico para se evadir das suas obrigações internacionais – delegando tarefas em atores não estaduais sob seu controlo, mas segundo uma organização tal que lhes possa ser descortinada, imersa num propósito comum, uma autonomia mínima, premeditada e hierarquicamente coordenada¹²⁷.

A margem de manobra de Prigozhin, gestor de homens, métodos e recursos, é consentida e limitada pelo Kremlin, na exata medida da utilidade percebida pelo governo. Assim, o controlo exercido diferencia-se, apenas formalmente, do reservado às Forças Armadas ou da República Chechena. Hoje, como no passado, convém à Administração dividir os “senhores da guerra”: reinando sobre todos, sem temer, por manifesta falta de unidade, qualquer sublevação revolucionária. Como pássaro que voa numa exígua gaiola, a relação entre Putin e Prigozhin configura uma forma de controlo, cristalizada numa amizade oligarquicamente definida. Tanto assim é que, a par da

¹²¹ *Caso Tadić*, par. 131, 137, 154.

¹²² Cf. nota 84.

¹²³ All Eyes on Wagner, 2022.

¹²⁴ Lanovoy, 2017, pp. 580-583.

¹²⁵ Al-Khasawneh, par. 39. Sobre a responsabilidade direta dos atores não estaduais como solução, Ryngaert, p. 173.

¹²⁶ *Caso Genocídio*, par. 399-403; Tavares, 2015, p. 217. Cassese, 2007, p. 649.

¹²⁷ *Caso Tadić*, par. 115; 124; 137-141.

logística¹²⁸ e do armamento¹²⁹, aqui se incluindo a bárbara provisão de reclusos, o controlo opera por meio da inexistência legal do grupo. Tendo Putin, há mais de uma década, assumido¹³⁰ as vantagens advindas da criação de EMSP, o seu governo mostra-se relutante em aprovar sucessivas propostas de lei tendentes à sua legalização. Deste modo, o Kremlin enreda os contratados sob o espectro de uma ordem de prisão iminente, limitando-os a uma atividade mercenária *de jure*¹³¹. Como sublinhamos, a convivência cessa uma vez esgotada a utilidade militar, momento em que o sistema judicial, instrumentalizado, volta a operar sem delongas, punindo os “aventureiros”¹³² – antigos camaradas de “Heróis da Pátria”, titulares de “Ordens de Coragem”¹³³.

Descontinuado o Corpo Eslavo, a denominação Wagner incorporou, desde 2014¹³⁴, uma redefinição clara da relação com o Kremlin, replicando os interesses geoestratégicos da Rússia no Mundo: ora na formação de milícias em Donetsk e Lugansk, ora na proteção e multiplicação do potencial bélico de aliados, cuja liderança se buscou consolidar (veja-se Assad e Touadéra) ou inaugurar (desde logo, Haftar¹³⁵). Este reposicionamento, aliás, beneficiou de uma irmandade operacional com o GRU, visível no treino dos novos recrutas em Molkino¹³⁶ – paredes meias com a sede dos *spetznaz*, qual subsecção gerada no mesmo ecossistema, há quase uma década, pelo sargento Utkin, fundador do Grupo Wagner.

Estamos cientes que, num campo doutrinal divisivo e dinâmico, à imagem da realidade por regular, inexistente consensualidade plena. Contudo, porque não podemos distanciar-nos do espírito do PARI, é função do jurista refletir sobre modos mais eficazes de responsabilizar o Estado infrator¹³⁷. Escudarmo-nos na rigidez da jurisprudência vigente, no seio da qual brotaram opiniões dissidentes, implica ignorar a amplitude textual dos preceitos, e o imperativo de uma interpretação atualista do direito internacional, desde que justificada e sustentada no tempo¹³⁸. Arvorarmo-nos na distinção formalista entre as normas atribuidoras de responsabilidade e aquelas que definem o carácter internacional dos conflitos¹³⁹, nesta sede, possui pouca ou nenhuma atinência com a realidade. O caso vertente, aliás, refuta a ideia de que um ónus de

¹²⁸ Cf. nota 83.

¹²⁹ Tavares, 2015, pp. 207-210.

¹³⁰ Na *Duma*, dois anos antes dos primeiros relatos sobre a Wagner (anterioridade que nos leva a excluir o art. 11 PARI). RIA Novosti, 2012.

¹³¹ Cf. nota 54.

¹³² Designação atribuída a dois comandantes do “Corpo Eslavo”, detidos pelo FSB como “mercenários” em 2014, após retornarem da Síria. Cf. nota 80.

¹³³ *Caso Tadić*, par. 117.

¹³⁴ Cf. nota 80.

¹³⁵ CSIS, 2021, p. 42.

¹³⁶ Cf. nota 82.

¹³⁷ Tavares, 2015, pp. 214-215. Ryngaert, 2015, p. 164.

¹³⁸ Ryngaert, 2015, p. 169. Lanovoy, 2017, pp. 566 e 585. Noutro domínio igualmente problemático, o da jurisdição do TEDH na pendência das hostilidades, Albuquerque, pp. 9-12.

¹³⁹ *Caso Genocídio* p. 403. Plakokefalos, 2017, p. 588.

vigilância desmesurado estaria a ser imposto sobre o Kremlin, dado que a Wagner é já uma entidade sujeita ao seu controlo, operando onde e quando necessário. Seria ilógico, em suma, escudar a Rússia de uma responsabilidade tida por “onerosa”, quase objetiva¹⁴⁰, perante um controlo que, de tão efetivo, passou a ser publicitado¹⁴¹. Tomar partido pela negação plausível, abandonada pelos seus primeiros subscritores, corresponderia à completa subversão da lei internacional.

2.2 Diligência devida: art. 14/3 e art. 1 comum às CG

Solução de *ultima ratio*, a diligência devida permite superar, em teoria, as limitações da doutrina da atribuição. Sendo, porém, uma obrigação de meios¹⁴², vê reduzido o seu efeito útil no presente caso, expostas *supra* as raízes deliberadas de um sistema judiciário inoperante¹⁴³, comum a Moscovo e aos seus parceiros. Mais do que fracasso preventivo, a conduta do Kremlin revela genuína adesão ao ilícito, por meio do controlo já explicitado. Premeditada, tal estratégia traduz o descaso russo diante de obrigações internacionalmente vinculantes, extensível ao uso da força, ao DIH e ao DIDH. A cooptação de aliados, também hostis ao direito internacional, reduz a *diligência* percecionada como *devida*.

Salvo melhor juízo, o alcance modulável¹⁴⁴ da norma e a *praxis* russa apresentam-nos duas conclusões: pós-conflitual, o dispositivo sancionatório centrar-se-á na ação, prévia consumidora da omissão¹⁴⁵; visando alterar as práticas vigentes, a salvaguarda do direito internacional deve centrar-se numa abordagem multidimensional aos Estados Clientes da Wagner: económica, militar, jurídica e humanitária. Expressão mediata de uma obrigação *erga omnes*¹⁴⁶, este multilateralismo renovado – para o qual Portugal já deu mostras da sua precisão¹⁴⁷ – contrapor-se-ia à presença russa, hoje indispensável a um mínimo de segurança pública.

¹⁴⁰ Frouville, 2010, p. 217.

¹⁴¹ Cf. nota 76.

¹⁴² Tavares, 2020, p. 662.

¹⁴³ Cf. nota 101.

¹⁴⁴ Sobre a concreta determinação do alcance da obrigação, em conformidade com as instituições de cada Estado, Maddocks, pp. 207 e ss.

¹⁴⁵ *Caso Genocídio*, p. 432.

¹⁴⁶ Devillard, 2007, pp. 95 e ss.

¹⁴⁷ Ora no quadro das missões da ONU e da UE, ora por meio de fóruns como o G5 Sahel, a SADC e, claro, a CPLP, entre outros.

Conclusão

Analisada à luz das disposições internacionalmente cabíveis, a instrumentalização das EMSP revela os graves obstáculos que se interpõem à plena eficácia do direito internacional. Na composição do processo decisório, os Estados jamais renunciam à prioridade dos seus interesses, prerrogativa da própria soberania. Concretizando a *Law in Action*¹⁴⁸, as relações de força entre as Grandes Potências subordinam a regulação jurídico-internacional do *outsourcing* militar, bem como os padrões internacionais de responsabilidade (sujeitos a falaciosas equivalências e *double standards*).

A primeira conclusão a extrair, beirando a unanimidade na doutrina, urge ser aclamada, refutando frequente equívoco da sociedade civil: embora familiar, o mercenarismo é uma classificação errónea, não se adequando a uma realidade que extravasa, na sua complexidade dinâmica, o mero recrudescimento de práticas milenares. Ademais, o binómio civil-combatente, estruturante do DIH, carece de uma norma complementar, capaz de identificar categóricas funções de combate, na pendência ativa das hostilidades.

Intrinsecamente fluída, a privatização da guerra complexificou-se com a emergência de EMSP russófonas. A análise espaço-temporal do seu máximo expoente, o Grupo Wagner, permite divisar com clareza os enormes desafios deste disruptivo ciclo privatístico, *de jure* e *de facto*. Desde logo, a sua ação não pode ser apartada da política externa do Kremlin, que o elege como instrumento predileto: nem sempre bem-sucedido, mas capaz de antever, com reduzidos custos, as potencialidades aparentes de cada teatro operacional.

Retornando ao plano jurídico, casos como este revelam a necessidade premente de um retorno ao *controle global*, critério de atribuição cunhado pelo TPEJ no Caso *Tadić*. Persistir numa visão anacrónica implica subverter os propósitos estruturantes do próprio PARI, incentivando os Estados a moverem-se na impunidade e legitimando a deriva antijurídica da Rússia – não signatária do DM e determinada a abandonar diversos tratados. O curso da história, com efeito, apenas veio comprovar a caducidade anunciada do *controle efetivo*, nado-morto antes da própria reprivatização, pelo TIJ, no Caso *Genocídio*. De facto, se a comunidade internacional soube forjar, mediante a humanização da guerra, um direito dos conflitos armados, e posteriormente um direito da responsabilidade internacional, a natureza híbrida destas entidades reclama uma reinterpretção teleológica dos seus fundamentos.

Por fim, a defesa da ordem internacional não poderá circunscrever-se ao momento sancionatório, antes exigindo a multidisciplinaridade inerente a um fenómeno global. De

¹⁴⁸ Bradley, 1934, pp. 592-596.

facto, conter a expansão da Wagner não é possível excluindo as regiões mais desfavorecidas dos benefícios da globalização, pois é na falta de prosperidade que a corrupção encontra incentivos, autocráticos, para tais parcerias. Diametralmente, riscos permanentes para a segurança coletiva constituem campo fértil para a cooperação multilateral, carecida de revitalização: epidemias, alterações climáticas e o tráfico migratório de seres humanos.

Caso a história sentencie a estratégia euro-atlântica como letra morta, os compromissos já celebrados assistirão, no (des)conforto do papel timbrado, ao deterioramento do Estado de Direito e dos padrões de vida das populações em todo o globo. O DIP será reconvertido a uma neutralidade axiológica, a ideia de comunidade internacional posta em cheque e ameaças, como a pirataria e o terrorismo, alastrar-se-ão.

Bibliografia

- ARNOLD, T. (2019). The geoeconomic dimensions of Russian private military and security companies. *Military Review – The Professional Journal of the US Army*, pp. 53-67.
- BRADLEY, P. (1934). Law in books and law in action. *Social Forces*, vol. 12, no. 4, pp. 592-596.
- CASSESE, A. (2007). The Nicaragua and Tadić tests revisited in light of the ICJ judgement on genocide in Bosnia. *The European Journal of International Law*, vol. 18, no. 4, pp. 649-668.
- COCKAYNE, J. (2014). Private military and security companies. In Clapham, A. & Gaeta, P. (eds.). *Oxford handbook of international law in armed conflict*, pp. 624-655. Oxford: Oxford University Press.
- CRUZ, M. & FERNANDES, S. (2022). A Rússia na conflitualidade internacional: Uma matriz geográfica. *Nação e Defesa – Instituto de Defesa Nacional*, no. 161, pp. 94-110.
- DAWIDOWICZ, M. (2017). *Third-party countermeasures and safeguards against abuse*. Cambridge: Cambridge University Press.
- DEVILLARD, A. (2007). L'obligation de faire respecter le droit international humanitaire: L'article 1 commun aux conventions de Genève et à leur premier protocole additionnel, fondement d'un droit international humanitaire de coopération. *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 20, no. 2, pp. 76-130.
- DREYFUS, E. (2018). Les sociétés militaires privées en Russie: À l'est, quoi de nouveau? *Institut de Recherche Stratégique de l'École Militaire*, no. 63, pp. 1-11.
- FERREIRA DE ALMEIDA, F. (2003). *Direito internacional público*, 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- FLECK, D. & KLAPPE, B. (2018). Visiting forces in an operational context. In Fleck, D. (ed.). *The handbook of the law of visiting forces*, 2.^a Edição, pp. 725-740. Oxford: Oxford University Press.
- FROLOVA, A. (2018). Foreign fighters in the framework of international armed conflict between Russia and Ukraine? In Sayapin, S. & Tsybulenko, E. (eds.). *The use of force against Ukraine and international law*, pp. 237-256. Berlin: Springer.
- FROUVILLE, O. (2010). Attribution of conduct to the State: Private individuals. In Crawford, J., Pellet, A., Olleson, S. & Parlett, K. (eds.). *The law of international responsibility*, pp. 257-280. Oxford: Oxford University Press.
- FUKUYAMA, F. (2006). *The end of history and the last man*. New York: Free Press.
- HANSEN, J. (2012). Rethinking the regulation of private military and security companies under international humanitarian law. *Fordham International Law Journal*, vol. 35, no. 3, pp. 699-736.
- HEINZE, E. & NEILSEN, R. (2020). Limited force and the return of reprisals in the law of armed conflict. *Ethics & International Affairs*, vol. 34, no. 2, pp. 175-188.
- HOPPE, C. (2010). Private conduct, public service? State responsibility for violations of international humanitarian law committed by individuals providing coercive services under a contract with a state. In Matheson, M. & Momtaz, D. (eds.). *Rules and institutions*

- of international humanitarian law put to the test of recent armed conflicts*, vol 11, pp. 411-483. The Hague: Brill.
- KÁLMÁN, J. (2013). Mercenaries reloaded: Applicability of the notion of “mercenaries” in relation to private military companies and their employees. *Acta Juridica Hungarica*, vol. 54, no. 4, pp. 367-383.
- KINSEY, C. (2006). *Corporate soldiers and international security*. Oxfordshire: Routledge.
- KLIMENKO, A. & YURTAEV, V. (2018). The “Moscow as the third Rome” concept: Its nature and interpretations since the 19th to early 21st century. *Revista de Estudios sobre Espacio y Poder*, vol. 9, no. 2, pp. 231-251.
- KRAMER, M. (2017). Russia, Chechnya, and the Geneva conventions, 1994-2006: Norms and the problem of internalization. In Evangelista, M. & Tannenwald, N. (eds.). *Do the Geneva conventions matter?*, pp. 174-193. Oxford: Oxford University Press.
- LANOVOY, V. (2017). The use of force by non-state actors and the limits of attribution of conduct. *The European Journal of International Law*, vol. 28, no. 2, pp. 563-585.
- MADDOCKS, J. (2021). *State responsibility for international law violations involving non-state actors in armed conflict*. Tese apresentada para a obtenção do grau de Doutora em Direito na University of Reading School of Law.
- MEARSHEIMER, P. (2018). *The great delusion: Liberal dreams and international realities*. New Haven, Connecticut: Yale University Press.
- MONGELARD, E. (2006). Corporate civil liability for violations of international humanitarian law. *International Review of the Red Cross*, vol. 88, no. 863, pp. 665-691.
- MQUIRMI, E. (2022). Private military and security companies: A new form of mercenarism? *Policy Center for The New South*, no. 8, pp. 1-11.
- NEVERS, R. (2017). Private military and security companies. In Evangelista, M. & Tannenwald, N. (eds.). *Do the Geneva Conventions matter?*, pp. 174-193. Oxford: Oxford University Press.
- NIELSEN, L. (2016). Private military companies in Africa: The case of STTEP in Nigeria. *Journal of World Development Studies*, vol. 2, no. 2, pp. 10-12.
- PEREIRA, M.A.V (2014). *Noções fundamentais de direito internacional humanitário*. Coimbra: Coimbra Editora.
- PLAKOKEFALOS, I. (2017). The use of force by non-state actors and the limits of attribution of conduct: A reply to Vladyslav Lanovoy. *The European Journal of International Law*, vol. 28, no. 2, pp. 587-593.
- RYNGAERT, C. (2015). State responsibility and non-state actors. In Noortmann, M., Reinisch, A. & Ryngaert, C. (eds.). *Non-state actors in international law*, pp. 163-182. London: Bloomsbury Collections.
- SINGER, P. (2003). *Corporate warriors: The rise of the privatized military industry*. New York: Cornell University Press.
- SMITH, D. (1999). Life After FAO – MPRI. *Foreign Area Officer Journal*, vol. 4, no. 4, pp. 7-10.
- TAVARES, M. I. (2020). Responsabilidade internacional dos estados por factos internacionalmente ilícitos. In Azeredo Lopes, J. (coord.), Queiroz, B.M., Sousa, B.R.,

Moreira, F.C., Abreu, L.C, Campos, M.F. & Tavares, M.I., *Regimes jurídicos internacionais*, vol. I, pp. 631-732. Porto: Universidade Católica Editora.

TAVARES, M. I. (2015). *Guerra e responsabilidade: A intervenção militar no Iraque em 2003*. Porto. Universidade Católica Editora.

TÓTH, G. (2018). Legal challenges in hybrid warfare theory and practice: Is there a place for legal norms at all? In Sayapin, S. & Tsybulenko, E. (eds.). *The use of force against Ukraine and international law*, pp. 173-183. Berlin: Springer.

Documentos oficiais e jurisprudência

Comissão sobre Contratação em Tempo de Guerra no Iraque e no Afeganistão: Relatório Final sobre a “Transformação da Contratação em Tempo de Guerra – Controlar Custos, Reduzir Riscos”, apresentado ao Congresso dos EUA, 2011.

Comité Internacional da Cruz Vermelha: Estudo de Direito Internacional Humanitário Consuetudinário, 2005.

Comité Internacional da Cruz Vermelha: Guia Interpretativo sobre a Noção de Participação Direta nas Hostilidades segundo o Direito Internacional Humanitário, 2020.

Conselho NATO-Rússia: Ata fundadora sobre as relações, cooperação e segurança mútuas entre a NATO e a Federação Russa, 27 de maio de 1997.

Departamento Federal dos Negócios Estrangeiros da Confederação Suíça: Documento de Montreux sobre as “Obrigações Legais Pertinentes e as Boas Práticas dos Estados em Relação às Operações de Empresas Privadas Militares e de Segurança em Conflitos Armados”, 17 de setembro de 2008.

Departamento de Salvaguarda e Segurança das Nações Unidas: Manual do Sistema de Gestão de Segurança das Nações Unidas, 2017.

NU Doc. A/CN.4/264: Anuário da Comissão de Direito Internacional, Vol. II, Quarto Relatório sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Factos Ilícitos, Relator Especial Roberto Ago, 1972, 72-153.

NU Doc. A/51/10: Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre os Trabalhos da 48.^a sessão, 6 de maio-26 julho 1996.

NU Doc. A/56/10: Comentário ao Projeto de Artigos de Responsabilidade Internacional dos Estados por Factos Ilícitos, Anuário da Comissão de Direito Internacional, Vol. II, Part II, 2001, 1-209.

NU Doc. HRC/NONE/2018/40: Relatório do Grupo de Trabalho da ONU sobre o Uso de Mercenários, 2018.

NU Doc. AL/CAF/2/2021: Comunicação dirigida ao Governo da República Centro Africana pelo Grupo de Trabalho da ONU sobre o Uso de Mercenários, 28 de setembro de 2021.

NU Doc. AL RUS/14/2021: Comunicação dirigida à Missão Permanente da Federação Russa pelo Grupo de Trabalho da ONU sobre o Uso de Mercenários, 13 de dezembro de 2021.

NU Doc. HRC/NONE/2022/SP/14: Resposta da Federação Russa à Comunicação dirigida pelo Grupo de Trabalho da ONU sobre o Uso de Mercenários a 13 de dezembro de 2021, 25 de fevereiro de 2022.

- NU Doc. DESA/POP/2021/TR/NO.3: Relatório do Departamento das Nações Unidas para Assuntos Económicos e Sociais, Divisão População, *Estimativas da População Mundial*, 2022.
- PUTIN, V., Presidente da Federação Russa: Discurso proferido na Conferência de Segurança de Munique, 10 de fevereiro de 2007.
- PUTIN, V., Presidente da Federação Russa: Declaração à Nação sobre o início da “Operação Militar Especial”, 24 de fevereiro de 2022.
- TEDH, *Geórgia vs. Rússia (II)*, Opinião parcialmente dissidente do juiz Paulo Pinto de Albuquerque, 21 de janeiro de 2021.
- TIJ, *Caso das Atividades militares e paramilitares na Nicarágua e contra esta (Nicarágua c. Estados Unidos da América)*, Acórdão, 27 de junho de 1986.
- TIJ, *Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, Bósnia-Herzegovina c. Sérvia e Montenegro*, Acórdão, 26 de fevereiro de 2007.
- TIJ, *Opinião Dissidente do Vice-Presidente Al-Khasawneh*, 26 de fevereiro de 2007.
- TPEJ, *Prosecutor v. Dusko Tadić*, IT-94-1-A, Câmara de Recurso, Julgamento, 15 de julho de 1999.
- TPI: Relatório da Procuradora-Geral sobre a Conclusão da “Avaliação Preliminar da Situação na Ucrânia”, 14 de novembro de 2016.
- SANDOZ, Y., Diretor de Direito Internacional e Política do CICV: Declaração Oficial relativa à “Visão do Comité Internacional da Cruz Vermelha sobre o Direito dos Conflitos Armados na atualidade”, Conferência de Malta sobre o Direito dos Conflitos Armados perante um Novo Ambiente Estratégico, Malta, 16 e 17 de outubro 1996.

Hiperligações relevantes

- ALL EYES ON WAGNER (2022, novembro). One year of Wagner in Mali. *All Eyes on Wagner: An OSINT Accountability Project*. <https://alleyesonwagner.org/2022/11/20/one-year-of-wagner-in-mali/>.
- ARTE (28 fevereiro 2023). The Prigozhin papers. *Association Relative à la Télévision Européenne*. <https://www.youtube.com/watch?v=d4FscgfASfw>.
- BANCO MUNDIAL (2022). GDP (current US dollars): Russian Federation. *The World Bank Data*. https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?locations=RU&most_recent_year_desc=false.
- BELLINGCAT (30 janeiro 2019). Wagner mercenaries with GRU-issued passports: Validating SBU’s allegation. *The Bellingcat Investigation Team*. <https://www.bellingcat.com/news/uk-and-europe/2019/01/30/wagner-mercenaries-with-gru-issued-passports-validating-sbus-allegation/>.
- BN TELEVIZIJA (2012). A norte-americana MPRI na sombra da Tempestade Croata. *Bijeljina Televizija*. <https://www.youtube.com/watch?v=A-ee5B2f1R4>.

- CHOSSUDOVSKY, M (27 maio 2005). Macedonia: US military connections. *Toward Freedom*. <https://towardfreedom.org/story/archives/europe/macedonia-us-military-connections-0501/>.
- CSIS (2021, julho). Russia's corporate soldiers: The global expansion of Russia's private military companies. *Center for Strategic and International Studies Transnational Threats Project*. https://csis-website-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/publication/210721_Jones_Russia%27s_Corporate_Soldiers.pdf?7fy3TGV3HqDtRKoe8vDq2J2GGVz7N586.
- DESBIOLLES, M. (3 novembro 2020). Le groupe Wagner, outil géopolitique à risque pour Moscou? *Institut Open Diplomacy*. <https://www.open-diplomacy.eu/blog/russie-poutine-gru-pmc-wagner-desbiolles>.
- DEUS PEREIRA, J. (15 abril 2022). Playing in the shadows: Putin's Doppelgänger army. *Royal United Services Institute*. <https://rusi.org/explore-our-research/publications/commentary/playing-shadows-putins-doppelganger-army>.
- DEUTSCHE WELLE (2 julho 2020). Russos aprovam reforma que pode manter Putin até 2036. *Deutsche Welle*. <https://www.dw.com/pt-br/russos-aprovam-reforma-que-pode-manter-putin-no-poder-at%C3%A9-2036/a-54019390>.
- DIÁRIO DE NOTÍCIAS (23 março 2023). Pretória convida Putin para cimeira apesar de mandado de detenção do TPI. *Diário de Notícias/LUSA Internacional*. <https://www.dn.pt/internacional/pretoria-convida-putin-para-cimeira-apesar-de-mandado-de-detencao-do-tpi-16058075.html>.
- DREYFUS, E. (24 abril 2020). Russian military companies: Wagner, how many divisions? *Orient XXI*. <https://orientxxi.info/magazine/russian-military-companies-wagner-how-many-divisions,3828>.
- FRANCE TV (2022). Wagner, l'armée de l'ombre de Poutine. *France Télévisions*. <https://www.francetelevisions.fr/et-vous/notre-tele/a-ne-pas-manquer/une-enquete-rare-qui-eclaire-wagner-larmee-de-lombre-de-poutine-10273>.
- FRANCE 24 (10 setembro 2022). Centrafrique: L'emprise russe. *France 24*. <https://www.youtube.com/watch?v=EVkYvjJqO40>.
- GALEOTTI, M. (29 agosto 2017). Moscow's mercenaries reveal the privatisation of Russian geopolitics. *Open Democracy*. <https://www.opendemocracy.net/en/odr/chvk-wagner-and-privatisation-of-russian-geopolitics/>.
- GUARDIAN (7 agosto 2022). Russia's private military contractor Wagner comes out of the shadows in Ukraine war. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/world/2022/aug/07/russias-private-military-contractor-wagner-comes-out-of-the-shadows-in-ukraine-war>.
- ISENBERG, D. (25 maio 2011). It's déjà vu for DynCorp all over again. *The Huffington Post*. https://www.huffpost.com/entry/its-dj-vu-for-dyncorp-all_b_792394.
- JORNAL DE NOTÍCIAS (9 fevereiro 2023). Lavrov defende atividades do grupo paramilitar russo Wagner em África. *Jornal de Notícias/Agence France-Presse*.

<https://www.jn.pt/mundo/lavrov-defende-atividades-do-grupo-paramilitar-russo-wagner-em-africa-15811025.html>.

KREMLIN (9 junho 2022). Meeting with young entrepreneurs, engineers and scientists. *Kremlin: President of Russia Transcripts*. <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/68606>.

LOEB, R. & GRANT, S. (28 fevereiro 2018). Al Shimari v. CACI: Further Supreme Court guidance needed on the Alien Tort Statute. *Lawfare*. <https://www.lawfaremedia.org/article/al-shimari-v-caci-further-supreme-court-guidance-needed-alien-tort-statute>.

MARKUSEN, M. (12 janeiro 2022). A stealth industry: The quiet expansion of Chinese private security companies. *Center for Strategic and International Studies*. <https://www.csis.org/analysis/stealth-industry-quiet-expansion-chinese-private-security-companies>.

OHCHR (10 março 2023). Russian Federation: UN experts alarmed by recruitment of prisoners by “Wagner Group”. *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*. <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/03/russian-federation-un-experts-alarmed-recruitment-prisoners-wagner-group>.

PÚBLICO (17 setembro 2021). China assina acordo de entrada na OMC. *Público*. <https://www.publico.pt/2001/09/17/economia/noticia/china-assina-acordo-de-entrada-na-omc-40515>.

PÚBLICO (13 março 2022). Síria de olhos postos na Ucrânia para saber o destino da sua própria guerra. *Público*. <https://www.publico.pt/2022/03/13/mundo/noticia/siria-olhos-postos-ucrania-saber-destino-propria-guerra-1998640>.

PÚBLICO (14 fevereiro 2023). Redut e Patriot: As outras empresas de mercenários russos que combatem na Ucrânia. *Público*. <https://www.publico.pt/2023/02/14/mundo/noticia/redut-patriot-empresas-mercenarios-russos-combatem-ucrania-2038893>.

RFI (25 maio 2022). Former Russian mercenary lifts lid on secretive Wagner Group. *Radio France Internationale*. <https://www.rfi.fr/en/international/20220521-former-russian-mercenary-gabidullin-lifts-lid-on-secretive-wagner-group>.

RIA NOVOSTI (11 abril 2012). Putin supported the idea of creating private military companies in Russia. *RIA Novosti*. <https://ria.ru/20120411/623227984.html>.

RONDEAUX, C. (5 novembro 2019). Decoding the Wagner Group: Analyzing the role of private military security contractors in Russian proxy warfare. *New America Center on the Future of War at the Arizona State University*. <https://www.newamerica.org/future-security/reports/decoding-wagner-group-analyzing-role-private-military-security-contractors-russian-proxy-warfare/>.

RTP (3 março 2022). 25 de abril de 2005: O dia em que Putin lamentou “a maior catástrofe geopolítica do século”. *Rádio e Televisão de Portugal*. https://www.rtp.pt/noticias/mundo/25-de-abril-de-2005-o-dia-em-que-putin-lamentou-a-maior-catastrofe-geopolitica-do-seculo_n1388634.

- RUSSIA BEYOND (3 outubro 2013). Vinte anos da crise constitucional de 1993. *Russia Beyond*. https://br.rbth.com/politica/2013/10/03/os_20_anos_da_crise_constitucional_de_1993_22029.
- RUSSKIY MIR (31 março 2023). Lavrov: Anti-Russian actions will be nipped in the bud. *Russkiy Mir Foundation*. <https://russkiymir.ru/en/news/311854/>.
- SADAT (3 abril 2023). Our mission. *Sadat International Defence Consultancy Construction Industry and Trade Inc*. <https://sadat.com.tr/en/about-us/our-mission.html>.
- SIC NOTÍCIAS (17 janeiro 2023). Rússia retira-se da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. *SIC Notícias*. <https://sicnoticias.pt/especiais/guerra-russia-ucrania/2023-01-17-Russia-retira-se-da-convencao-europeia-dos-direitos-humanos-0bef46c4>.
- SILVERSTEIN, K. (28 julho 1997). Privatizing war: How affairs of state are outsourced to corporations beyond public control. *The Nation*. <https://www.thefreelibrary.com/Privatizing+war%3a+how+affairs+of+state+are+outsourced+to+corporations...-a019625089>.
- UN PEACEKEEPING (9 junho 2021). CAR special criminal court (SCC) now fully operational. *United Nations Peacekeeping*. <https://peacekeeping.un.org/en/car-special-criminal-court-scc-now-fully-operational>.

**A relação entre o Direito do Urbanismo e o
desenvolvimento de cidades sustentáveis:**

O papel das Estruturas Ecológicas Municipais

Lara Ramalho Costa

Sob orientação da Professora
Doutora Raquel Carvalho

Agradecimentos

Os agradecimentos aqui apresentados vão para além da realização do presente trabalho: À Professora Raquel Carvalho, por ter aceitado orientar esta dissertação, por todo o cuidado e atenção durante o seu desenvolvimento, por estar sempre disponível para me ajudar, pelo conhecimento que me transmitiu e por todas as correções e críticas construtivas que realizou durante todo o processo de escrita e investigação.

Aos Professores da Escola de Direito da Universidade Católica do Porto, pelo contributo para o desenvolvimento do meu interesse pelo Direito Administrativo.

À Universidade do Minho, por ter sido a minha casa durante quatro anos e o início desta longa viagem.

Aos meus pais, não há um agradecimento possível, simplesmente por tudo, pelo amor incondicional, por todos os sacrifícios, por todo o apoio, por me ouvirem sempre, por nunca me terem deixado desistir, por estarem sempre comigo e por fazerem suas todas as minhas pequenas conquistas, ser-vos-ei eternamente grata.

Ao meu irmão, pelo incentivo, pelo apoio e pela paciência nos momentos mais difíceis.

Aos meus queridos avós, por todo o amor e carinho, pela fé e por acreditarem sempre em mim.

Ao meu amigo João Oliveira, pela amizade, pela disponibilidade e pelo importante contributo que deu para a presente dissertação.

Aos meus amigos de sempre, pelo companheirismo, pela compreensão, pela empatia e pelos diversos momentos que foram adiados para o desenvolvimento deste projeto.

Resumo

O presente trabalho versa sobre a temática da sustentabilidade das cidades e a sua correlação com o Direito do Urbanismo.

O Direito do Urbanismo, através do planeamento urbanístico, tem uma relevância indubitável para a criação e para o desenvolvimento de cidades inteligentes e resilientes, capazes de responder aos complexos problemas das áreas urbanas de forma integrada, designadamente, à crise climática, recorrendo, para o efeito, a soluções baseadas na natureza.

O impacto das alterações climáticas, sentido à escala global, alertou a comunidade internacional para tal calamidade. Por conseguinte, a 01/01/2016, entrou em vigor a Agenda 2030 da ONU, que se propõe concretizar várias dimensões de desenvolvimento sustentável (sócio, económico, ambiental), definindo, para tal, 17 ODS (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável).

Ora, o 11.º ODS, que é atinente à sustentabilidade das cidades, compromete-se, até 2030, a aumentar a urbanização inclusiva e sustentável, a capacidade para o planeamento e gestão de assentamentos humanos participativos, integrados e sustentáveis, bem como a implementação de políticas e planos integrados para a mitigação e adaptação às mudanças climáticas.

Assim, debruçar-nos-emos sobre o estudo do PDM e o seu alinhamento com o 11.º ODS, utilizando com exemplo de análise a Estrutura Ecológica Municipal do recente PDM de Setúbal, devido ao seu carácter pioneiro, inovador e vanguardista, que capta a essência subjacente ao 11.º ODS, recorrendo a soluções baseadas na natureza, ali inscritas para construir e desenvolver cidades inteligentes e resilientes.

Palavras-chave: Direito do Urbanismo; planeamento urbanístico; sustentabilidade urbana; sustentabilidade ambiental; Estrutura Ecológica Municipal; *Nature-Based Solutions*; alterações climáticas; espaços verdes.

Abstract

This dissertation discusses the theme of sustainability in cities and its correlation with Urban Law. Through urban planning, Urban Law plays an indisputable role in creating and developing smart and resilient cities capable of integrated responses to complex urban issues, including the climate crisis, using nature-based solutions.

The impact of climate change, felt globally, has alerted the international community to this calamity. Therefore, on 01/01/2016, the ONU's Agenda 2030 came into force, which aims to achieve various dimensions of sustainable development (social, economic, and environmental) by defining 17 Sustainable Development Goals (SDGs).

The 11th SDG of Agenda 2030, which is related to city sustainability, commits to increasing inclusive and sustainable urbanization capacity for participatory, integrated, and sustainable settlement planning and management, as well as implementing integrated policies and plans for climate change mitigation and adaptation by 2030.

Therefore, this dissertation will focus on the study of the PDM and its alignment with the 11th SDG of Agenda 2030, using the Municipal Ecological Structure of the recent PDM of Setúbal as an example given its pioneering, innovative, and avant-garde nature, which captures the essence underlying the 11th SDG and uses nature-based solutions inscribed in it to build and develop smart and resilient cities.

Keywords: Urban Law; urban planning; urban sustainability; environmental sustainability; Municipal Ecological Structure; Nature-Based Solutions; climate change; green spaces.

Lista de siglas e abreviaturas

Al.	Alínea
Cf.	Conferir
CRP	Constituição da República Portuguesa de 1976, na sua redação atualmente em vigor
DL	Decreto-Lei
EEF	Estrutura Ecológica Fundamental
EEM	Estrutura Ecológica Municipal
EEU	Estrutura Ecológica Urbana
GEE	Gases com Efeito de Estufa
LBA	Lei de Bases do Ambiente, aprovada pela Lei n.º 19/2014, de 14 de abril
LBPSOTU	Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo, aprovada pela Lei n.º 31/2014, de 30 de maio
n.º	número(s)
NBS	Nature-Based Solutions
ODS	Objetivos de Desenvolvimento Sustentável
ONU	Organização das Nações Unidas
p./pp.	página/páginas
PDM	Plano Diretor Municipal
PGR	Procuradoria-Geral da República
RJIGT	Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio
RJUE	Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro
TCA (N)	Tribunal Central Administrativo Norte
EU	União Europeia

Nota prévia: Todas as traduções são da responsabilidade da Autora.

Índice

1. Introdução	7
2. O fenómeno das alterações climáticas	8
3. A crise climática no plano internacional	10
4. A crise climática no plano nacional	12
4.1 O ordenamento do território	16
4.2 O planeamento urbanístico	18
4.3 A Estrutura Ecológica Municipal	19
4.4 O sistema verde da Estrutura Ecológica do PDM de Setúbal	23
5. Desafios à implementação da EEM	37
6. Conclusão	40
7. Bibliografia	42

1. Introdução

As alterações climáticas colocam desafios às sociedades atuais, e particularmente acrescidos às zonas urbanas, nas quais a frequência e a recorrência dos seus efeitos se faz sentir com particular impetuosidade e severidade.

A temática da sustentabilidade encontra-se na ordem do dia nas suas várias vertentes, sendo que nos propomos a evidenciar a correlação entre o Direito do Urbanismo, mais precisamente, o planeamento urbanístico com o desenvolvimento de cidades sustentáveis e resilientes, colocando a ênfase na resolução de problemas como a poluição e a escassez de água e acautelando a utilização eficiente de recursos naturais nos espaços urbanos. Acontece que, o paradigma tradicional de planeamento urbanístico não estava vocacionado para fornecer os meios adequados de prevenção e mitigação das alterações climáticas, visto que o seu foco incidia apenas na função dos planos como mecanismos de regulação do uso do solo e de proteção do direito de propriedade¹.

Os notórios e penosos efeitos derivados da crise climática acordaram a cautela e a precaução no plano internacional, já que nos deparamos com adversidades que não conhecem fronteiras. O maior zelo e diligência face à sustentabilidade ambiental das cidades é perceptível no âmbito das políticas públicas internacionais, que favorecem a atuação interna dos Estados no sentido da concretização de medidas que prossigam todos estes objetivos e metas. Hodiernamente, a atuação jurídica interna e, em particular, o Direito do Urbanismo, quer na dimensão de gestão, quer na de planeamento, podem contribuir para a prevenção e gestão de riscos, para a implementação de soluções que mitiguem os efeitos desastrosos das alterações climáticas, tornando ou colaborando para que as cidades se tornem mais resilientes².

O presente trabalho debruçar-se-á sobre como pode o planeamento urbanístico ser uma ferramenta de combate às alterações climáticas e resulta de uma revisão de literatura, que deriva da pesquisa levada a cabo nas plataformas “scopus” e “web of science”³, que teve como principal intuito estudar e apreciar os aspetos dogmáticos inerentes a tal relação, bem como do levantamento empírico de alguns dos PDMs em vigor em Portugal. Neste âmbito, constatamos que existem disposições normativas que percecionam o planeamento urbanístico como essencial para o desenvolvimento de cidades sustentáveis, através da EEM. Optámos por analisar o recente PDM e a EEM do Município de Setúbal⁴, que prevê soluções práticas e ajustadas ao território onde é aplicável. Pareceu-nos interessante analisar a EEM do *supra* referido PDM, pois o seu

¹ Oliveira, 2021, pp. 3-4.

² Carvalho, 2022, p. 1

³ As plataformas “scopus” e “web of science” serviram como principais fontes de pesquisa devido à fidedignidade do seu conteúdo.

⁴ Cf. https://www.mun-setubal.pt/wp-content/uploads/2021/10/RPDMS_C_Regulamento.pdf.

conteúdo contempla os objetivos presentes no 11.º ODS, tais como o aumento da urbanização sustentável, da capacidade para o planeamento e gestão de assentamentos humanos participativos, integrados e sustentáveis, e a implementação de políticas e planos integrados para a inclusão, a resiliência a desastres, a eficiência dos recursos, e a mitigação e adaptação às mudanças climáticas.

2. O fenómeno das alterações climáticas

As cidades estão no centro das alterações climáticas, isto porque, na atualidade, 55% da população mundial vive em áreas urbanas e prevê-se que esta proporção aumente para 70% até 2050⁵.

De facto, as alterações climáticas são transformações, a longo prazo, que incidem sobre os padrões de temperatura e do clima e que resultam, em parte, de atividades humanas, especialmente da queima de combustíveis fósseis como o carvão, o petróleo e o gás, o que geram emissões de GEE para a atmosfera⁶. Estamos perante um fenómeno com impacto à escala global, contudo, o impacto ambiental não é uniforme nos diferentes pontos do planeta. Nas palavras de António Guterres, “estamos aqui porque o mundo está a enfrentar uma grave crise climática. A rutura do clima está a acontecer agora e está a acontecer com todos nós. Estamos numa batalha pelas nossas vidas. Mas é uma batalha que ainda podemos vencer”. Acrescenta que, “à medida que as populações, as economias e os padrões de vida aumentam, o mesmo acontece com o nível acumulado de emissões de GEE”⁷. A materialização de um desenvolvimento urbano sustentável é prejudicada pela expansão extensiva do espaço urbano ou pelo impacto agudo causado por catástrofes naturais e humanas, tais como terremotos, tufões e ataques terroristas, que causam vários graus de impacto e perturbação no desenvolvimento seguro do ambiente urbano⁸.

As cidades são caracterizadas como concentrações espaciais de atividade e de integração humana que potenciam o crescimento da economia mundial através de uma oferta de postos de trabalho, serviços e oportunidades de desenvolvimento pessoal e coletivo, tratando-se do epicentro da criatividade e inovação, em particular na UE.

Por conseguinte, apesar de as cidades serem motores de inovação, criatividade e crescimento económico⁹, a elevada concentração de população nas áreas urbanas, em articulação com os estilos e padrões de vida adotados, tem aumentado, consideravelmente, a poluição sonora, aérea e paisagística, o esgotamento de recursos naturais e as emissões de GEE. Deste circunstancialismo surgem efeitos climáticos

⁵ Com base em dados divulgados pela ONU, de 19 de fevereiro de 2019. <https://news.un.org/pt>.

⁶ Com base em dados divulgados pela ONU. <https://brasil.un.org/pt-br>.

⁷ Cf. António Guterres, durante a Reunião do Clima em Abu Dhabi, de 06/2019. <https://unric.org/pt>.

⁸ Moreno, Braga, & Xavier, 2021.

⁹ Santos, 2022, p. 23.

extremos, tais como as cheias/inundações, o efeito de ilha de calor e a perda de biodiversidade, o que se repercute em efeitos prejudiciais na saúde humana¹⁰ e no aumento da nossa pegada ecológica, que está a tornar-se insustentável para o planeta, pondo em risco a própria humanidade¹¹.

A título exemplificativo, o país em maior desenvolvimento no mundo, a China, viveu um rápido processo de urbanização ao longo dos últimos 30 anos. De acordo com as estatísticas, o nível de urbanização da China aumentou drasticamente de 17,9% em 1978, para 54,8% em 2014¹². Estima-se que cerca de 600 milhões de pessoas migraram das zonas rurais para as zonas urbanas. Desde então, muitos investigadores reconheceram que a urbanização desempenha um papel positivo na promoção do desenvolvimento económico, na melhoria da qualidade de vida, beneficiando a estrutura industrial e o rendimento *per capita*. Contudo, a rápida velocidade do processo está a resultar, também, numa miríade de problemas ambientais e desigualdades sociais, tais como na poluição do ar, em chuvas ácidas, na poluição da água e da terra e em resíduos sólidos.

Noutro cenário, a Índia é um dos países do mundo que mais tem sido afetado com as mudanças climáticas, algo que é facilmente perceptível no aumento constante das temperaturas e no número de doenças derivadas das ondas de calor. Nesse panorama, a Índia foi alvo de ondas de calor mortíferas durante 2015, que se intensificaram, inevitavelmente, devido às alterações climáticas antropogénicas. Estes episódios têm-se agravado com o decorrer do tempo, visto que a temperatura média anual na Índia aumentou 0,85 °C de 1901 a 2015. Com base em simulações de modelos climáticos, espera-se que a temperatura da superfície aumente substancialmente e que a frequência das ondas de calor aumente 2,5 vezes até ao final do século XXI¹³.

Por outro lado, Portugal, devido às suas características geográficas, encontra-se entre os países europeus com maior vulnerabilidade aos efeitos resultantes das alterações climáticas, entre os quais a desertificação, a seca, a erosão da linha de costa devido à subida do mar, a ocorrência de tempestades, a diminuição da produtividade agrícola, limitações hídricas ou de produção tradicional, o desenvolvimento de doenças transmitidas por vetores e a poluição atmosférica¹⁴.

¹⁰ Carvalho, 2022a.

¹¹ Cristino, 2021, p. 66.

¹² Tan, Jiao, Shuai & Shen, 2018.

¹³ Kishore, et al., 2022.

¹⁴ AA.VV., Climate change 2022: Impacts, adaptation and vulnerability. www.frontiersin.org/.

3. A crise climática no plano internacional

A crise climática é um problema reconhecido por distintos Estados, que decidiram unir esforços de modo a combaterem as alterações climáticas e impulsionarem e intensificarem as ações e os investimentos necessários para um futuro sustentável.

Inegavelmente, a ONU tem um papel primordial e central no desenvolvimento de uma resposta global às alterações climáticas, sendo de louvar o afinho, a atenção e o empenho empreendidos por esta entidade, ao longo dos últimos anos, para mitigar, prevenir e solucionar este cenário de incerteza e de desequilíbrio ambiental.

De modo sintético, em 1997, é assinado o Protocolo de Quioto, que foi o primeiro tratado internacional que colocou a sua atenção na limitação das emissões quantificadas de GEE dos países desenvolvidos¹⁵. De seguida, em 2015, surge o Acordo de Paris, que veio estabelecer uma nova arquitetura no âmbito do combate à catástrofe climática, pois, pela primeira vez, a quase totalidade das nações do mundo reconheceu a necessidade de proceder à descarbonização das suas economias e comprometeu-se a tomar uma posição imediata para travar o aquecimento global¹⁶.

Todavia, foi também no ano de 2015 que surgiu a Agenda 2030, composta por 17 ODS, que foram aprovados por unanimidade por 193 Estados-Membros da ONU. Por sua vez, a Agenda 2030 é extremamente ambiciosa, pois pretende contribuir para o desenvolvimento sustentável ao nível social, económico e ambiental, requerendo uma abordagem ao nível global, nacional, e local, tendo em consideração que as alterações climáticas são uma ameaça à escala planetária e que não têm como limite as fronteiras que separam os Estados. Tal finalidade implica a conjugação de esforços de distintos intervenientes, designadamente de países desenvolvidos e em desenvolvimento, do setor público, do setor privado e da restante sociedade civil¹⁷. Como forma de concretizar os 17 ODS, exige-se a cooperação de diferentes líderes mundiais, que estão comprometidos com “uma lista das coisas a fazer em nome dos povos e do planeta”¹⁸. Neste âmbito, será analisado, com maior detalhe, o 11.º ODS da ONU, que se prende com a sustentabilidade das cidades.

É possível afirmar que a adoção da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável atribuiu à urbanização, pela primeira vez na História, o papel principal enquanto ferramenta para o desenvolvimento económico, como espelhado no 11.º

¹⁵ *Protocolo de Paris*, Agência Portuguesa do Ambiente, <https://apambiente.pt/>.

¹⁶ *Acordo de Paris 2015-2020*, Augusto dos Santos Silva, João Pedro Matos Fernandes, República Portuguesa, Ambiente e Ação Climática, 2020. <https://www.portugal.gov.pt/>.

¹⁷ *Agenda 2030*, Ministério do Negócios Estrangeiros, Portal Diplomático. <https://portaldiplomatico.mne.gov.pt>.

¹⁸ *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*, Nações Unidas, Centro Regional de Informação para a Europa. <https://unric.org/pt>.

ODS¹⁹. No universo de dimensões suscetíveis de serem estudadas tendo por base o 11.º ODS, focar-nos-emos na intenção de reduzir o impacto ambiental negativo *per capita* nas cidades, de proporcionar o acesso universal a espaços públicos seguros, inclusivos, acessíveis e verdes, e de aumentar consideravelmente o número de cidades que adotem e implantem políticas e planos integrados para a mitigação e adaptação às mudanças climáticas²⁰.

A cidade sustentável é “um assentamento humano constituído por uma sociedade com consciência do seu papel de agente transformador dos espaços e cuja relação deve observar-se através de uma ação sinérgica entre prudência ecológica, eficiência energética e equidade socio-espacial”²¹. A sustentabilidade associada aos espaços urbanos visa superar o estereótipo das cidades tidas como aglomerados de betão cortados por ruas para carros, potenciando o desenvolvimento de cidades inteligentes, cidades compactas, cidades de mobilidade suave, cidades inclusivas, cidades criativas, cidades dos 15 minutos²², o que permite melhorar a qualidade de vida urbana. É inegável que o Direito, mais concretamente, o Direito do Urbanismo, tem um papel determinante na criação, na regulação e na gestão destes espaços²³.

Na prática, o 11.º ODS ambiciona atenuar e contrariar os problemas ambientais que estão relacionados com a expansão urbana, uma vez que o crescimento urbano e o crescimento populacional originaram problemas ambientais e de gestão, visto que à medida que a cidade cresce, são poluídas lagoas, cortadas encostas e ocupadas margens de rios e áreas naturais²⁴.

Ainda no âmbito internacional, mas agora regional, a UE tem emanado alguns documentos de *soft law* (e não só) em matéria de alterações climáticas, de desenvolvimento sustentável e de resiliência das cidades. Além de partilhar dos ODS, a UE enfatizou estes problemas no Pacto Ecológico Europeu²⁵, na Estratégia da Biodiversidade²⁶, na Estratégia Ecológica de Infraestruturas²⁷ e na Agenda Urbana Europeia²⁸.

¹⁹ O 11.º ODS significa que a urbanização é perspetivada como ferramenta para o desenvolvimento económico e sustentável, “através do planeamento e desenho urbanos” (Clos, 2017, p. 15).

²⁰ Nações Unidas, “Objetivo 11: Cidades e comunidades sustentáveis”, *Centro Regional de Informação para a Europa Ocidental*. <https://unric.org/pt>.

²¹ Cordeiro, 2017, p. 43.

²² Aragão, 2022, p. 174.

²³ Com base nos dados divulgados pela Comunicação da Comissão Europeia de 11 de janeiro, 2006 relativa à estratégia temática sobre o ambiente urbano [COM (2005) 718 final], “quatro em cada cinco europeus vivem em cidades e a sua qualidade de vida depende diretamente do estado do ambiente urbano”.

²⁴ Lima, Lopes & Façanha, 2019.

²⁵ Cf. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_pt.

²⁶ Cf. https://environment.ec.europa.eu/strategy/biodiversity-strategy-2030_pt#documentos.

²⁷ Cf. https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/pact-of-amsterdam_pt.pdf.

²⁸ Cf. https://environment.ec.europa.eu/topics/nature-and-biodiversity/green-infrastructure_en.

4. A crise climática no plano nacional

Em Portugal, a preocupação com o ambiente dos aglomerados urbanos surge mais tardiamente, dada a menor dimensão e dinâmica dos centros urbanos nacionais comparativamente com as grandes metrópoles mundiais. Hoje está generalizado o conceito de desenvolvimento sustentado ou resiliente, que se resume na aceitação de que a qualidade do ambiente é objetivo último também dos processos de planeamento, que devem conciliar desenvolvimento e gestão das atividades no espaço²⁹. Em paralelo, as estratégias desenvolvidas ao nível interno têm de ser compatibilizadas com as orientações internacionais e europeias, isto porque estamos perante um fenómeno internacional e os esforços desenvolvidos para que a sustentabilidade da UE, em particular, seja garantida implicam um empenho em prol do desenvolvimento sustentável para além da fronteira do próprio Estado³⁰.

A CRP reflete esta preocupação no contexto do ordenamento jurídico português ao estabelecer a tarefa de proteção do ambiente e de promoção do ordenamento do território no seu artigo 66.º. O direito à proteção do ambiente e ao ordenamento do território têm por sujeitos passivos não só o Estado e as entidades públicas, mas, também, as entidades privadas e os cidadãos. Tais direitos estão consagrados como Direitos Fundamentais³¹, em particular, como Direitos Económicos, Sociais e Culturais, porquanto o exponencial crescimento das cidades, dos problemas a si associados, e da inevitabilidade, imperiosidade e imprescindibilidade de garantir a qualidade vida num ambiente urbano, incorporam um bem jurídico fundamental³². Assim, na perspetiva de Alves Correia, o artigo 66.º procede à constitucionalização do “direito do ambiente urbano” que “combina a utilização de um “direito do urbanismo ecológico” e de um “direito do ambiente urbanístico”, tendo por finalidade precípua a promoção da “qualidade ambiental das povoações e da vida urbana”.³³

O princípio da sustentabilidade³⁴ associado ao desenvolvimento urbano concita várias dimensões: (i) uma dimensão económica, que pretende promover o crescimento económico dos espaços urbanos, contribuindo para a criação de emprego e para a fixação nestes espaços de atividades económicas; (ii) uma dimensão ambiental, que visa prevenir e encontrar solução para os problemas da poluição, da redução de resíduos e da utilização eficiente de recursos naturais nos espaços urbanos; (iii) uma dimensão social, na qual o

²⁹ Condesso & Condesso, 2022, p. 183.

³⁰ Cristino, 2021, p. 66.

³¹ Canotilho & Moreira, 2007, p. 845.

³² Miranda & Medeiros, 2005, p. 683.

³³ Correia, 2005, pp. 89-90.

³⁴ O conceito de desenvolvimento sustentável consolidou-se com a Comissão Mundial da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1987), na qual surge o relatório “BRUNDTLAND” que efetuou uma ligação estrita entre o desenvolvimento sustentável e a solidariedade intergeracional, refletida no artigo 3.º, al. a) da LBA e no artigo 3.º, n.º 1, al. a) da *LBPSOTU*.

princípio do desenvolvimento urbano sustentável assume particular importância, uma vez que gera uma magnitude de exigências, mais globais e abrangentes, associadas ao cerne da dignidade humana, convocando distintos assuntos cruciais para o desenvolvimento sustentável no século XXI, como a sua gestão democrática, a garantia do direito à habitação, a garantia de acesso aos serviços públicos urbanos, o combate à pobreza, a existência de soluções que garantam a inclusão de grupos desfavorecidos e minoritários, o combate à violência e a necessidade de garantir segurança, a necessidade de consideração dos riscos naturais e das mudanças climáticas nas cidades, e a resolução de conflitos entre distintos usos urbanos (turismo/habitação; reabilitação urbana/salvaguarda do património cultural) e entre as distintas necessidades dos seus utilizadores (turistas, habitantes, imigrantes)³⁵.

Como forma de concretizar o princípio da sustentabilidade, o poder público passou, assim, a intervir ativamente na regulação e ordenação jurídica do território, através de vastas políticas, de ações reguladoras, de planeamento, gestão e controlo das diversas atividades que aí têm expressão, nomeadamente em matéria de ocupação, uso e transformação do solo para fins urbanísticos, de desenvolvimento industrial, agrícola e pecuário, de preservação ambiental e ecológica, de descentralização de serviços públicos essenciais. No âmbito institucional, a tarefa de ordenamento do território passou a enquadrar-se no domínio de intervenção pública, desenvolvendo-se sob uma estrutura fortemente descentralizada que, em termos mais precisos, resulta da “repartição de competências, entre os diversos níveis de governação (local, regional, nacional e mais recentemente europeu), que se organiza em obediência ao princípio da subsidiariedade e coordenação, que exigem um nível mais adequado de ação, em razão do âmbito preponderante dos interesses públicos a prosseguir, e uma atuação concertada entre as diferentes entidades com atribuições sobre o território”³⁶.

O melhor exemplo nacional que espelha a atenção dada pelo Estado ao desenvolvimento de cidades sustentáveis prende-se com a “Estratégia Cidades Sustentáveis 2020”³⁷, que configurava a estratégia de desenvolvimento urbano sustentável de Portugal para o período de 2014-2020. Para a criação e implantação desta estratégia foram reunidos múltiplos esforços de distintos sectores da Administração Pública, com maior destaque para os municípios, de modo a atingir um desenvolvimento urbano sustentável. Para permitir a concretização deste ideal foi indispensável proceder à disciplina do uso dos solos mediante a redistribuição equitativa de benefícios e encargos associados à urbanização, à afetação social das mais-valias gerais decorrentes das opções de planeamento e à definição clara dos perímetros urbanos. Foram

³⁵ Oliveira, 2021, pp. 2-3.

³⁶ Gomes E. , 2017, p. 9.

³⁷ Cf. <https://www.dgterritorio.gov.pt/cidades/projetos/cidades-sustentaveis-2020?language=en>.

desenvolvidos mecanismos para tornar as cidades portuguesas mais resilientes, capazes de responder a cenários pautados pela incerteza, nomeadamente os que se relacionam com as alterações climáticas. Em acrescento, a Estratégia Cidades Sustentáveis 2020 contribuiu para o fomento de cidades mais saudáveis, ou seja, cidades que ofereçam um ambiente urbano e espaços públicos de qualidade e que tenham a capacidade de se adaptar às necessidades dos diferentes grupos populacionais, reduzindo a sua pegada ecológica e carbónica e assumindo a liderança nos processos de diminuição e qualificação do consumo e da redução do desperdício. A criação de cidades sustentáveis carece da implantação de estratégias que passem pelo reforço do equilíbrio e da sustentabilidade ambiental, assegurando um correto e adequado uso e ocupação do solo, estimulando a emergência de uma cultura urbana de gestão da incerteza, capaz de prevenir e reduzir riscos, e que defina mecanismos de adaptação das cidades às alterações climáticas em função das suas vulnerabilidades específicas, perfil climatológico e características físicas e funcionais³⁸.

Nesta linha, as políticas públicas que tangem com a sustentabilidade já produziram efeitos na prática. Exemplificando, Lisboa foi eleita Capital Verde Europeia 2020. A distinção é consequência da avaliação, por um conjunto de especialistas internacionais, sobre 12 indicadores que avaliam a sustentabilidade na cidade e resultou do investimento progressivo da Câmara Municipal no estabelecimento de diversos objetivos de eficiência energética e neutralidade carbónica em vários serviços da cidade, nomeadamente na energia, água, mobilidade, resíduos, infraestruturas verdes e biodiversidade, da melhoria das condições de mobilidade na cidade e na expansão dos espaços verdes, materializando-se, por exemplo, na plantação de espécies autóctones em várias zonas da cidade, na criação de áreas verdes e de ciclovias³⁹.

Sublinha-se, ainda, o Município de Guimarães, que tem reunido esforços para que a cidade de Guimarães seja tida como uma *smart city*, apontando a sustentabilidade urbana como uma das suas principais prioridades. As cidades inteligentes (*smart cities*) são cidades adaptadas aos grandes desafios globais do século XXI, entre os quais, o aumento da população, da poluição, da insegurança, da escassez de recursos, a gestão da água ou a eficiência energética, pautando-se por um processo de reinvenção através da “transformação digital da cidade”⁴⁰. Trata-se de “cidades móveis e conectadas graças à utilização das tecnologias de informação e comunicação, onde pessoas e sistemas interagem de forma inteligente utilizando a energia, materiais, serviços e recursos de forma otimizada. Entidades públicas e privadas partilham bancos de dados que

³⁸ *Cidades Sustentáveis 2020*, Ministério do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia, <https://www.dgterritorio.gov.pt>.

³⁹ Cf. www.lisboa.pt/capital-verde-2020.

⁴⁰ Halegoua, 2020, p. 108.

permitem gerir de forma integrada a mobilidade, a segurança nos espaços públicos, a comunicação com os cidadãos e a utilização dos recursos energéticos ou hídricos”⁴¹. Em 2019, Guimarães foi eleito, pelo terceiro ano consecutivo, o Município mais sustentável do país, sendo que tal reconhecimento se deve ao facto de existir um envolvimento de toda a comunidade na matéria, logo, “Guimarães assume em definitivo esta marca da sustentabilidade ambiental na sequência do trabalho desenvolvido ao longo dos últimos anos e assente num compromisso político que abrange toda a comunidade. As questões voltadas para o ambiente e sustentabilidade fazem parte do quotidiano do concelho de Guimarães e é nesse sentido que está a ser desenvolvido um amplo trabalho assente nas escolas, nas juntas de freguesia, nas instituições e comunidade em geral”⁴².

A 11/09/2020, foi publicado o Despacho n.º 8745/2020, de 11 de setembro, que aprova o Regulamento de Atribuição de Incentivos – Programa de Apoio a Edifícios Mais Sustentáveis, e que estabelece o financiamento de medidas capazes de promover a reabilitação e a eficiência energética, a descarbonização, a eficiência hídrica e a economia circular através de intervenções em edifícios, contribuindo, desta forma, para a sua sustentabilidade e gerando emprego e riqueza ao nível local e nacional, tendo resultado das preocupações subjacentes ao Pacto Ecológico Europeu. Concomitantemente, foi aprovada, a 02/12/2022, a Resolução da Assembleia da República n.º 86/2022, através da qual o Governo é incentivado a proceder ao desenvolvimento de projetos e medidas que contribuam para a operacionalização da recarga artificial de aquíferos, enquanto solução complementar de gestão de recursos hídricos devido à conjuntura atual, caracterizada pela ocorrência de catástrofes naturais, avaliando e acautelando todos os impactos no meio ambiente.

É inquestionável e irrefutável que, apesar de Portugal ter despertado mais tarde para as preocupações ambientais e urbanas, comparativamente com muitos Estados, no momento presente, tem uma conduta ativa na criação de engenhos e na implementação de medidas/de diligências imperiosas e vantajosas, fomentando o surgimento de cidades mais rápidas e inteligentes, tentando, assim, comprimir o atraso até então sentido.

4.1 O ordenamento do território

A sustentabilidade e a resiliência das cidades encontram-se subordinadas a um correto ordenamento do território.

⁴¹ Correia & Correia, 2021, p. 29.

⁴² Palavras proferidas na Câmara Municipal de Guimarães pela vice-presidente, Adelina Pinto, na entrega do Prémio ECOXXI 2019. <https://www.cm-guimaraes.pt/>. No mesmo sentido: <https://www.cm-guimaraes.pt/viver/noticias/noticia/guimaraes-implementa-agenda-2030-e-17-objetivos-sustentaveis> e <https://www.cm-guimaraes.pt/conhecer/noticia/guimaraes-vence-premio-nacional-de-sustentabilidade>.

O ordenamento do território configura uma atividade pública que visa organizar estruturas humanas, sociais e económicas de um determinado território e desenvolver, em simultâneo, as estruturas ecológicas de que depende a vida humana, mantendo a paisagem, potenciando, assim, a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos e a dignidade das populações⁴³.

Repare-se que o artigo 5.º da LBPSOTU estatui “o direito a um ordenamento do território racional, proporcional e equilibrado”. Nesta ótica, o ordenamento do território, enquanto política pública, apresenta finalidades que se prendem com o desenvolvimento sustentável das áreas urbanas, e que se concretizam pela valorização das potencialidades do solo, pela garantia do desenvolvimento sustentável, pelo aumento da resiliência do território face às alterações climáticas e pelo aproveitamento racional e eficiente do solo (artigo 2.º da LBPSOTU). No entanto, acautela o artigo 3.º, n.º 2 da LBPSOTU que as políticas públicas em matéria de ordenamento do território estão subordinadas a princípios ambientais, especificando na sua alínea b) que todas as medidas desenvolvidas têm que ter uma vertente de “prevenção” e “precaução” com o objetivo de diminuir os impactos adversos no ambiente.

Com efeito, prevê o artigo 2.º, n.º 1 do RJIGT que a política de ordenamento do território assenta num sistema de gestão territorial, que se organiza em quatro âmbitos, designadamente, no âmbito nacional, no âmbito regional, no âmbito intermunicipal e no âmbito municipal.

Com o planeamento, o poder público, em particular o municipal, dispõe de instrumentos da política de desenvolvimento, servindo para responder à questão “para quê” fazer, enquanto o ordenamento também serve para dar a resposta sobre o “onde” fazer e o planeamento responde à pergunta “como” fazer. A gestão da utilização do solo é uma responsabilidade que recai, especialmente, sobre a Administração autárquica, que emana atos normativos que, não obstante de ter em atenção as especificidades do território local, está em conformidade com os princípios e decisões emanadas de outros níveis, indicando fórmulas integradas, que traduzam estratégias de conjunto, que estão em harmonia com as opções globais de desenvolvimento⁴⁴.

Por esta razão, o ordenamento jurídico português tem de enquadrar eficazmente as ações englobadas no ordenamento do território e organizar a sua coerência interna, cabendo-lhe salvaguardar a igualdade entre os cidadãos, pondo termo às desigualdades percecionadas entre cidadãos que vivem em diferentes pontos do país⁴⁵. É indiscutível e incontroverso que, apesar das políticas desenvolvidas, existem assimetrias sociais, que derivam da localização geográfica dos cidadãos, sendo que tal cenário, infelizmente, é

⁴³ CCRN, 1998.

⁴⁴ Condesso & Condesso, 2022, pp. 188-189.

⁴⁵ Correia, 1999, pp. 170-171.

nítido relativamente aos cidadãos que vivem no litoral, que têm uma maior facilidade em aceder a oportunidades e serviços, quando comparado com aqueles que vivem no interior. O reconhecimento de desigualdades regionais converte-se na emergência e ânsia de criação de uma adequada política de ordenamento do território, ou seja, de uma política capaz de assegurar, no quadro geográfico de um certo país, a melhor estrutura das implantações humanas no território, com o propósito de avaliar o desenvolvimento coerente das diferentes regiões que o compõem.

O ordenamento do território deve analisar os problemas referentes ao uso do solo através de uma perspectiva de antecipação, com a intenção de a incutir a longo prazo nas decisões de política económica e social, denotando a estabilidade inerente às referidas políticas. Para este propósito, têm de ser estudadas e analisadas simultaneamente as transformações geográficas e ambientais que daí resultarão, recorrendo-se ao designado “método dos cenários” ou “modelos de futuro”, que consiste em compreender as perspetivas globais de longo prazo, ponderando as transformações marcantes da economia e da sociedade”⁴⁶. Para isso, é crucial “o papel dos cidadãos (...) não só para a identificação dos problemas, mas também das causas e das possíveis soluções. O envolvimento dos cidadãos na elaboração das políticas assenta no pressuposto de que todos os que são afetados por uma determinada decisão devem ter a oportunidade de participar também na tomada dessa decisão”⁴⁷.

Neste seguimento, o Direito do Urbanismo não ficou indiferente à tendência de atribuir maior atenção ao papel dos particulares na satisfação de necessidades coletivas públicas. Esta maior relação de proximidade é perceptível no plano urbanístico, visto que o seu conteúdo tende a ser cada vez mais o resultado de uma negociação prévia com os sujeitos privados. Aliás, esta tendência estende-se à execução dos instrumentos de planeamento e ao controlo da edificação e da utilização dos solos⁴⁸, o que obriga a “adaptações e integrações recíprocas”⁴⁹. Os particulares são interlocutores privilegiados da Administração na determinação das funções urbanísticas. Por outro lado, tal não resulta na privatização do Direito do Urbanismo, pois o poder público exerce uma função de regulação e fiscalização face à atividade dos privados⁵⁰. Por isso, a colaboração entre entes públicos e privados reduz, com alto grau de probabilidade, a tensão entre ambos, porque os comandos públicos deixam de ser percecionados como o sacrifício da liberdade de atuação dos sujeitos privados⁵¹.

⁴⁶ Mendes, pp. 842-823.

⁴⁷ Marques, 2019, p. 122.

⁴⁸ Miranda J., 2012, p. 18.

⁴⁹ Moor, 2006, p. 118.

⁵⁰ Correia, 2008, p. 140.

⁵¹ Canotilho G., 2003, p. 20.

O princípio de democracia participativa na elaboração dos planos pretende fazer chegar ao conhecimento dos órgãos administrativos competentes os interesses de que são portadores os cidadãos para que o plano reflita uma justa ponderação de todos os interesses⁵², disponibilizando-se aos interessados toda a informação essencial sobre os objetivos e opções do plano. Dito isto, a Administração tem a obrigação de examinar e ponderar as reclamações, observações, sugestões e pedidos de esclarecimento apresentados pelos particulares no exercício do direito de participação, impendendo sobre a mesma o dever de levar ao conhecimento dos interessados o resultado de tal exame e ponderação⁵³.

4.2 O planeamento urbanístico

O Direito do Urbanismo tem um carácter iminente nacional, que traduz em normas jurídicas as opções do Estado quanto à sua política urbanística, tendo como principal finalidade, na perspetiva de Freitas do Amaral, o correto e racional ordenamento das cidades⁵⁴.

Neste ponto, o planeamento urbanístico afirma-se como um dos principais domínios do Direito do Urbanismo, por ser impensável uma administração e uma prática urbanística realizadas ao acaso, exigindo-se que todas as políticas sejam integradas em instrumentos de planeamento que definam a elaboração do plano e a sua execução, bem como a respetiva avaliação e monitorização⁵⁵.

O planeamento urbanístico atribui maior protagonismo aos PDMs⁵⁶, que têm “(...) por objeto a estrutura espacial do território municipal, a classificação dos solos, os perímetros e os índices urbanísticos, a distribuição das atividades económicas, a identificação das carências habitacionais, equipamentos, redes de transportes e comunicações e infraestruturas⁵⁷”.

Pois bem, o crescimento exponencial das áreas urbanas implicou uma maior atenção ao nível do planeamento municipal relacionado com as preocupações que emergem do princípio do desenvolvimento urbano sustentável.

Hodiernamente, os PDMs protegem um direito à cidade intimamente relacionado com o princípio do desenvolvimento urbano sustentável, sendo que este foi, primeiramente, reconhecido normativamente em instrumentos de direito

⁵² Cf. Acórdão do TCA (N), de 10/02/2017, processo n.º 00165/10.3BEPRT, relator: Hélder Vieira, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

⁵³ Cf. Acórdão do TCA (N), de 08/04/2022, processo n.º 03108/15.4BEBRG, relator: Helena Ribeiro, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

⁵⁴ Amaral, 1994, p. 17.

⁵⁵ Oliveira, 2021 a, p. 37.

⁵⁶ Os planos apresentam uma estrutura hierárquica, que tem no seu grau superior o PDM, cf. Oliveira, 2011, pp. 25-26.

⁵⁷ Cf. Parecer do Conselho Consultivo da PGR, n.º P000711993, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

internacional⁵⁸. O direito à cidade tem merecido e assumido, no âmbito das questões relacionadas com o fenómeno urbano, um papel central, que orienta e norteia artifícios capazes de dar explicações e soluções aos problemas urbanos, propondo-se a “(...) construir um modelo de cidade sustentável, uma cidade onde se realizem todos os direitos humanos e liberdades públicas e se consiga o bem-estar coletivo em condições de equidade e justiça”⁵⁹.

4.3 A Estrutura Ecológica Municipal

Os PDMs, em concordância com o princípio do desenvolvimento urbano sustentável, têm de contemplar estratégias capazes de prevenir e solucionar os efeitos das alterações climáticas, tais como a definição de uma EEM⁶⁰.

Para o efeito, o artigo 10.º, alínea f) do RJIGT identifica a EEM como um dos elementos obrigatórios que tem de constar dos programas e dos planos territoriais. No mesmo sentido, o artigo 75.º, alínea f) do mesmo diploma legal sublinha que os planos municipais visam definir uma EEM com a finalidade de proteger e valorizar o ambiente municipal, sendo que a mesma lógica é aplicável, também, ao plano de urbanização [artigo 99.º, alínea b) do RJIGT] e ao plano de pormenor (artigo 107.º n.º 4 do RJIGT).

Atualmente, o artigo 16.º do atual RJIGT refere-se à EEM e estabelece que a preservação da componente ecológica e natural do Município é um reflexo deste maior tato e precaução do ordenamento jurídico português na tarefa de proteção do ambiente e de promoção do ordenamento do território. O entendimento e compreensão do sistema biofísico, das questões ambientais e dos sistemas naturais, com as suas áreas e valores específicos, são indiscutivelmente pressupostos essenciais para a organização e gestão de um correto e eficaz ordenamento do território. Os planos municipais e intermunicipais devem ter em consideração as áreas, os valores e os sistemas fundamentais para a proteção e valorização ambiental daqueles espaços, delimitando estruturas ecológicas. Na elaboração da EEM são observadas as áreas, os valores e os sistemas fundamentais para a proteção e a valorização ambiental, integrando-se elementos resultantes da humanização do território, tais como os valores patrimoniais, os espaços de recreio e lazer, e as praias fluviais. No solo urbano, a estrutura ecológica tem aptidão para fomentar e incrementar a oportunidade de desenvolver percursos em áreas não edificadas, contribuindo para a sua qualidade ambiental⁶¹.

⁵⁸ As preocupações da Comunidade Internacional com o desenvolvimento sustentável nas cidades surgiram nos anos 60/70, devido ao rápido processo de urbanização e à perceção de que é no espaço urbano que se concentra uma grande riqueza e diversidade económica, ambiental, política e cultural, cf. Oliveira, 2019, p. 2.

⁵⁹ Oliveira, 2019, p. 4.

⁶⁰ Oliveira, 2019, p. 4.

⁶¹ Oliveira, 2020, pp. 95-96.

Em acrescento, o Decreto Regulamentar n.º 15/2015, de 19 de agosto, no seu artigo 13.º, determina que a EEM é identificada e delimitada nos planos diretores intermunicipais ou municipais (n.º 2), sendo que é posteriormente desenvolvida e concretizada nos planos de urbanização e de pormenor (n.º 3)⁶².

Os PDMs são instrumentos cruciais e preciosos para que se torne exequível o 11.º ODS. A EEM compreende a definição e a criação de espaços verdes de utilização coletiva e de outros espaços, que podem ter natureza pública ou privada, e que auxiliam e favorecem o equilíbrio, a proteção e a valorização ambiental, paisagística e do património natural do espaço urbano, potenciando, premeditadamente, o aparecimento de cidades mais sustentáveis, rápidas, resilientes e que estão ajustadas e pensadas para dar resposta à incerteza resultante dos efeitos das alterações climáticas. Nesta ótica, alcança-se a materialização do princípio do desenvolvimento urbano sustentável, em especial da sua vertente social.

Os efeitos das alterações climáticas são imprevisíveis, sendo que é determinante uma preparação prévia, tendo de ser mobilizados instrumentos legais capazes de tomar uma posição face a tais perturbações. Assim, exige-se à Administração uma postura ativa e antecipativa perante eventos potencialmente adversos para o ambiente e para o território, bem como a demonstração da suficiência das medidas adotadas⁶³.

A relação entre a mitigação e a prevenção dos riscos das alterações climáticas e os PDMs resulta do facto de estes últimos serem percecionados como instrumentos de antecipação de ações futuras, por isso, “uma política de ordenamento do território, seja a que escala for (...) não poderá nunca ignorar os riscos ditos naturais, como não poderá continuar a esquecer os especialistas que, estudando cientificamente as formas da Terra, têm deles plena consciência”⁶⁴. A elaboração da EEM assenta numa lógica de desenvolvimento, de proteção e de segurança das populações, da biodiversidade, dos recursos naturais e do meio ambiente, que tem em consideração a cartografia característica do município, a sua localização e a caracterização dos fatores de risco, permitindo, assim, que sejam contempladas cautelas especiais na regulamentação *supra* referida, minimizando a ocorrência de efeitos negativos no território municipal e na vida dos cidadãos que nele residem⁶⁵.

Em qualquer caso, a EEM é imprescindível, porque quanto maior a proximidade entre o capital natural e as zonas urbanas mais densamente povoadas, maior é a probabilidade de ser assegurado um adequado desenvolvimento urbano sustentável,

⁶² Note-se que a EEM incide nas diversas categorias de solo rústico e urbano, não constituindo uma categoria de solo autónoma (cf. artigo 13.º, n.º 4 do Decreto Regulamentar n.º 15/2015, de 19 de agosto).

⁶³ Gomes C. A., 2018, p. 128.

⁶⁴ Rebelo, 2003, p. 161.

⁶⁵ Oliveira, 2012, p. 188.

contribuindo para a coexistência harmoniosa entre as comunidades humanas e a natureza. A obrigatoriedade da presença da EEM nos PDMs espelha o reconhecimento de que “a natureza não tem preço... mas devia”, dado que “(...) a floresta não vale só pela lenha, mobília ou pasta de papel que pode produzir, tal como o rio não vale só pelos peixes e pela água para abastecimento(...). Mas o real valor, social e ecológico, dos recursos naturais vai muito além do valor do mercado”⁶⁶.

Apesar do valor da natureza ser incalculável, é inevitável a regulação da utilização dos recursos naturais, caso contrário, seriam deteriorados e utilizados sem qualquer tipo de prudência, situação essa que já é visível na atualidade, principalmente com a danificação da camada de ozono, com a aparição de novos vírus e com a extinção de espécies. Na verdade, o artigo 7.º, al. a) da LBPSOTU impõe o dever de utilizar de forma sustentável e racional o território e os recursos naturais sobre entidades públicas e privados. Tal preceito resulta do facto de os elementos naturais serem indispensáveis à vida humana, sobretudo a água e o ar, pelo que urge compatibilizar o crescimento económico e a expansão urbana com a proteção dos recursos naturais, não podendo as práticas abusivas para a natureza e para planeta ser justificadas numa errónea e fictícia crença na capacidade regeneradora do meio ambiente.

Depreende-se então que, no âmbito dos problemas urbanos, a EEM deve apresentar estratégias que permitam o desenvolvimento sustentável do território, recorrendo, para o efeito, às NBS, que configuram soluções que preveem a “(...) utilização da natureza para enfrentar desafios como as alterações climáticas, a segurança alimentar, os recursos hídricos, ou a gestão do risco de catástrofes, abrangendo uma definição mais ampla de como conservar e utilizar a biodiversidade de forma mais sustentável”⁶⁷. A União Internacional para a Conservação da Natureza delimita as NBS como “ações para proteger, gerir de forma sustentável, e restaurar (criar) ecossistemas naturais modificados que abordam os desafios da sociedade (incluindo os urbanos) de forma eficaz e adaptável, proporcionando simultaneamente bem-estar humano e benefícios para a biodiversidade”⁶⁸.

De forma sintética, as NBS são soluções que atribuem prioridade à natureza, à biodiversidade e ao incrementar da prestação de serviços dos ecossistemas⁶⁹ sobre objetivos individuais na utilização do solo. Aprofundando o conceito, as NBS podem concretizar-se nas infraestruturas verdes, que recorrem à vegetação, e nas

⁶⁶ Aragão, 2011, p. 8.

⁶⁷ Cohen-Shacham, Walters, Janzen, & Maginnis, 2016.

⁶⁸ Cohen-Shacham, Walters, Janzen, & Maginnis, 2016.

⁶⁹ Aragão, 2022, p. 193.

infraestruturas verdes e azuis, que englobam a água e a vegetação, sendo que vamos debruçar-nos sobre as infraestruturas verdes⁷⁰.

A este propósito, é de destacar que a EEM que integra o PDM de Setúbal se caracteriza e identifica pela integração de uma Infraestrutura Verde Municipal. Configura um instrumento de valorização territorial recente, bem conseguido e inovador, que está alinhado com o 11.º ODS, uma vez que é um modelo territorial de base ecológica, que assume o equilíbrio ecológico, a proteção, a conservação e a valorização ambiental e paisagística dos espaços rústicos e urbanos e respetivos serviços dos ecossistemas como “traves-mestras” para o desenvolvimento territorial e para o combate à crise climática.

Como será devidamente densificado e explicitado, optámos por estudar a EEM do PDM de Setúbal porque, para além de ser pioneira e desafiante, tem um cariz vanguardista e revolucionário devido à forma como se compromete a conceber os serviços dos ecossistemas como um instrumento para concretizar a implementação da Infraestrutura Verde Municipal através de uma gestão à escala local. Neste contexto, apresenta especial importância o Título III do Capítulo I (artigo 9.º e ss.) do Regulamento do PDM de Setúbal, que diz respeito aos “Valores e Recursos Ambientais”.

4.4 O sistema verde da Estrutura Ecológica do PDM de Setúbal

Os serviços dos ecossistemas são “(...) os benefícios que as pessoas obtêm dos ecossistemas, e que contribuem para o bem-estar humano” e, nesta senda, a atividade de planeamento do Município de Setúbal tem em consideração que é necessário definir um conjunto de espaços que são essenciais para o bem-estar da população que reside naquela área urbana, espaços que, por esse motivo, não podem ser edificados, permitindo o correto funcionamento dos ecossistemas⁷¹.

Destarte, tendo em consideração as políticas internacionais e europeias, bem como as diretrizes adotadas pelo ordenamento jurídico, o Município de Setúbal⁷² decidiu proteger os “serviços dos ecossistemas” através da implementação, no seu PDM, de uma infraestrutura ecológica urbana, que compreende uma rede formada por espaços naturais mantidos ou criados para dar resposta aos desafios verificados nas áreas urbanas, através de NBS⁷³. O Regulamento do PDM de Setúbal prevê soluções que são inspiradas e apoiadas pela natureza, protetoras da biodiversidade, que proporcionam simultaneamente benefícios ambientais, sociais e económicos e que ajudam a construir

⁷⁰ Pauleit, et al., 2019.

⁷¹ Vale, 2019, pp. 68-70.

⁷² O Município de Setúbal localiza-se na área metropolitana de Lisboa, a 40 km de Lisboa, e tem uma extensão de 230,33 km², no qual residem 121.185 habitantes, concentrando-se fundamentalmente na cidade. www.mun-setubal.pt.

⁷³ Aragão, 2022, p. 173.

resiliência. Tais soluções trazem mais características e processos naturais às cidades, através de intervenções locais adaptadas.

De modo mais preciso, as infraestruturas verdes podem incluir uma variedade de espaços verdes e azuis, que são ligados por ruas arborizadas e canais ao redor e entre áreas urbanas⁷⁴. Traduzem-se, essencialmente, em sistemas multifuncionais de espaços verdes para enfrentar os principais desafios da urbanização, contribuindo para a transição para uma economia verde, para a adaptação e combate às mudanças climáticas e para conservação da biodiversidade⁷⁵.

As infraestruturas verdes podem assumir diversas formas, entre as quais telhados verdes, muros verdes, floresta urbana, bioterrenos, jardins pluviais, agricultura urbana, parques pluviais, mercados de produtos locais, zonas húmidas construídas, explorações de energia alternativa e zonas de conservação da natureza⁷⁶. A implementação destas infraestruturas nas áreas urbanas permite que possam ser retirados benefícios dos altos níveis de densidade populacional a residir nestes espaços, minimizando a degradação ambiental e as desigualdades ao nível da saúde, avivando o bem-estar e a qualidade de vida das populações e contribuindo, ainda, para a inclusão social⁷⁷.

Em termos gerais, a EEM do PDM de Setúbal tem a si subjacente quatro fases principais. Primeiramente, foi crucial uma análise biofísica do território e o estudo do património cultural, educacional e de lazer. De seguida, foram desenvolvidos indicadores territoriais que auxiliaram a terceira fase do processo, que consiste no mapeamento da estrutura ecológica municipal e, num momento posterior, da infraestrutura verde. Por último, a quarta fase consiste na atualização e concertação da infraestrutura verde e na elaboração de medidas para a sua gestão⁷⁸.

De acordo com o artigo 9.º, n.º 7 do Regulamento do PDM de Setúbal, a EEM foi desenhada tendo por base os elementos materiais e patrimoniais à escala municipal e materializa-se na Estrutura Ecológica Fundamental (EEF) que se desdobra na Estrutura Ecológica Urbana (EEU). A EEF abrange as áreas que possuem interesses ecológicos mais favoráveis, fazendo dela parte as áreas fundamentais para o funcionamento dos sistemas naturais, concretamente no que se relaciona com a circulação hídrica, com a regulação climática e com a circulação do ar. Por sua vez, a EEU configura uma estrutura à escala urbana que tem como finalidade potenciar e intensificar os processos ecológicos em áreas edificadas, desenvolvendo, para tal, uma estrutura de proteção, de regulação climática e de suporte biofísico integrada no tecido urbano. Nos termos do artigo 9.º,

⁷⁴ Ferreira, Monteiro, & Silva, 2021.

⁷⁵ Pauleit, et al., 2019.

⁷⁶ Sturiale & Scuderi, 2019.

⁷⁷ Cristino, 2021, p. 64.

⁷⁸ *PDM GO: Boas práticas para os Planos Diretores Municipais*, Comissão Nacional do Território, 2020, www.mun-setubal.pt, p. 104.

n.º 2 do Regulamento do PDM de Setúbal, o sistema ecológico decompõe-se em quatro subsistemas, mormente, no subsistema azul (al. a), no subsistema verde (al. b), no subsistema cultural (al. c) e no subsistema de mobilidade (al. d).

Debruçar-nos-emos sobre o subsistema verde composto por todas as áreas e corredores com vegetação, maioritariamente destinados à produção vegetal, integrando, como principais elementos, a vegetação de interesse ecológico, como o sobreiro, o pinheiro manso e vegetação autóctone, bem como áreas com risco de erosão, escarpas e topos⁷⁹. Por outro lado, o subsistema azul é constituído pelas áreas e territórios responsáveis pela circulação e acumulação de água, mais precisamente, linhas de água e os respetivos leitos de cheia. O desenvolvimento destes dois sistemas visa a mitigação, adaptação e prevenção das alterações climáticas, uma vez que essa intenção está explicitamente consagrada no artigo 14.º do Regulamento do PDM.

Primo, o artigo 14.º, n.º 2, al. a) do Regulamento do *supra* referido PDM tem como objetivo a recolha e o armazenamento de águas pluviais e a sua reutilização em sistemas de rega de espaços verdes, públicos ou privados, e outras utilizações consideradas pertinentes para o efeito. Tal preceito legal atesta a seriedade e o alcance que a poupança da água tem para a sustentabilidade da cidade, uma vez que a água é um elemento essencial, sendo que, sem ela, a vida, nas suas várias vertentes, não é possível, tendo de ser definida uma política de gestão de água que tenha em consideração que estamos perante um bem escasso. Nesta continuidade, o uso racional da água tem a finalidade de evitar a sua escassez no futuro. O aproveitamento, o armazenamento e a reutilização das águas pluviais são alternativas viáveis para evitar tal calamidade no futuro. Atualmente, a preocupação com a poupança de água está assente no nosso ordenamento jurídico, o que se comprova com a emissão do Despacho 5316/2020, que cria o grupo de trabalho do plano estratégico para o setor de abastecimento de água e gestão de águas residuais e pluviais para o período de 2021-2030⁸⁰.

A utilização de águas para reutilização em Portugal tem, ainda, um peso pouco significativo comparativamente com outros países europeus, evidenciando-se, neste leque, Malta e o Chipre, que reutilizam acima de 90% da água. Não obstante, a “necessidade aguça o engenho” e face às sérias e gravosas secas, com maior ocorrência na zona sul do país, torna-se imperiosa a utilização de técnicas de aproveitamento de água⁸¹.

⁷⁹ *Estrutura Ecológica Municipal: Uma Infraestrutura Verde para um ordenamento do território de base ecológica*, Faculdade de Ciências e Tecnologia da Universidade Nova de Lisboa, Município de Setúbal, 2020, p. 19, www.mun-setubal.pt.

⁸⁰ <https://dre.pt/dre/detalhe/despacho/5316-2020-133226626>.

⁸¹ https://apambiente.pt/sites/default/files/_SNIAMB_Agua/DRH/PlaneamentoOrdenamento/PlanosSetoriais/SetorUrbano/PENSAAR2020/2020_Relatorio_GAG_PENSAAR_2020.pdf.

Neste contexto, é obrigatório e capital consumir e utilizar a água conscientemente, de maneira a que a mesma não se assemelhe, futuramente, ao petróleo, ou seja, que a sua escassez não origine o aumento do custo que está a si associado, pelo que o direito à água é concebido como um direito humano, recai sobre o Estado o dever de o garantir⁸². Presentemente, através desta previsão, processa-se uma articulação entre três realidades de extrema dimensão para a proteção dos ecossistemas e para o combate às alterações climáticas, isto porque a recolha e armazenamento de águas pluviais e a sua reutilização em sistemas de rega não ambiciona apenas a poupança de água, mas também incentivar à criação e à manutenção de espaços verdes, bem como estabelecer medidas de proteção contra a seca, potenciando a eficiência na gestão dos recursos.

Desse modo, os espaços verdes são indispensáveis para a conservação ambiental no Município de Setúbal, nos termos do artigo 14.º, n.º 2, al. b). Estes locais são um elemento preponderante na composição urbana que, recuando a um passado recente, eram uma presença rara nas grandes metrópoles, e, como alicerça Mário Gaviria, “a necessidade, pelo menos simbólica, de zonas verdes chegou a um momento de máximo apogeu com consequência talvez da sua escassez”⁸³. Posto isto, o incentivo e a obrigação da presença de espaços verdes nas cidades espelham, a nosso ver, uma tentativa de reintroduzir componentes naturais nas áreas urbanas, o que será uma solução para que os “pulmões” das cidades voltem a ser verdes e puros, ao invés de cinzentos e nublados. Como é obvio, tal cura é inseparável e dependente do planeamento urbanístico, visto que a expansão de espaços verdes nas áreas urbanas gera a necessidade de ajustar as regras de planeamento e de gestão urbanísticas, de modo a permitir o seu desenvolvimento harmonioso e adequado.

A obrigatoriedade da presença de espaços verdes nos planos municipais traduz a sua referência indispensável na organização dos municípios, afirmando-se mesmo que estes são “(...) indiscutivelmente essenciais para o ordenamento do território”⁸⁴, contribuindo para a participação da natureza no seio da cidade, reunindo-se esforços para que a natureza possa ser um elemento estruturante no desenho urbano, no ordenamento do território e na sustentabilidade ambiental.

A existência de distintas áreas verdes de dimensões significativas – parques, jardins, áreas destinadas à agricultura, florestas – contribuem para a conservação da biodiversidade, designadamente para as comunidades alargadas de pássaros e para o equilíbrio ambiental dos ecossistemas de que fazem parte, garantindo a constituição de habitats estáveis⁸⁵. Além do mais, os espaços verdes servem, também, como locais de

⁸² Condesso & Condesso, 2022, p. 816.

⁸³ Gaviria, 1971, p. 117.

⁸⁴ Oliveira, 2020, p. 95.

⁸⁵ Fadigas, 2020, p. 200.

recreio e lazer, mais precisamente, para a prática de atividade física ao ar livre, sendo que, refletindo-se a fundo sobre a questão, estas áreas, devidamente utilizadas pelos cidadãos, promovem a coesão social, pois são espaços que são aptos ao encontro de pessoas. Como já foi devidamente comprovado, estes locais são benéficos para a saúde mental daqueles que os frequentam. Exemplificando a situação descrita, os espaços verdes, em especial, os parques, oferecem múltiplos benefícios, panorama esse que foi atestado durante a pandemia causada pela COVID-19⁸⁶.

Foi devidamente atestado que aqueles que contactaram com jardins e com a natureza durante os confinamentos que assolaram os anos de 2020 e 2021 retiraram benefícios para o seu equilíbrio mental comparativamente com os cidadãos que não tiveram o mesmo privilégio⁸⁷, o que, por si só, contribui para a diminuição de doenças mentais, incluindo o stress, a depressão e a ansiedade, havendo a ampliação do bem-estar no seu todo⁸⁸. Acresce que o acesso equitativo aos parques urbanos permite que os cidadãos, independentemente do seu status socioeconómico, beneficiem, igualmente, da exposição à natureza. Além disso, a acessibilidade ao parque é um fator a considerar, uma vez que pode prevenir doenças cardiovasculares, melhorar o estado de saúde de uma população em envelhecimento, reduzir a mortalidade e aumentar a frequência de atividades físicas.

É forçoso e vital que nos espaços verdes se privilegie a utilização de espécies vegetais autóctones, tendo esta iniciativa a si subjacente o intuito de preservar a biodiversidade da região (microrganismos, fauna e flora selvagens), que é um pilar importantíssimo para as cidades e que alicerça todos os tipos de serviços dos ecossistemas, potenciando que a água, o ar, as espécies, circulem por toda a rede, aumentando a possibilidade de os ecossistemas prestarem os seus serviços em áreas fortemente transformadas, como é o caso das cidades⁸⁹. Por sinal, o Município de Setúbal tem cumprido irrepreensivelmente tal objetivo. Evidenciando a situação ora sobre escrutínio, no Parque Urbano da Várzea, sito em Setúbal, foram plantadas mais de seis centenas de árvores de diferentes espécies e cerca de vinte e seis mil arbustos, incluindo-se, nesta lista, cinquenta oliveiras centenárias e três zambujeiros, provenientes do terminal de autocarros da Várzea. Para preservar e manter estas espécies vegetais, a autarquia tem vindo a criar as condições necessárias para que todas as plantas existentes

⁸⁶ Vide o exemplo de um estudo que incidiu sobre 22 parques urbanos, dentro do Forth Ring Road, em Pequim, China, que revelou uma associação positiva entre os parques urbanos e a saúde humana durante a pandemia. A distância até aos parques, a área do parque e o tamanho do mesmo foram positivamente correlacionados com a saúde física, mental e social. Além disso, a frequência e a duração das visitas aos parques urbanos correlacionam-se com a preservação da saúde mental e com o contacto com os vizinhos (Lin, Sun, Yang, Han, & Xu, 2022).

⁸⁷ Lehberger, Kleih, & Sparke, 2021.

⁸⁸ Fagerholm, Eilola, & Arki, 2021.

⁸⁹ Aragão, 2022, p. 176.

nas faixas naturalizadas na Várzea desenvolvam o ciclo vegetativo normal. Noutro caso, no ano de 2019, foi criado o novo circuito de manutenção da Quinta da Amizade, com a plantação de cinquenta árvores de diferentes espécies autóctones, numa iniciativa que contou com o envolvimento voluntário dos cidadãos daquele local. À vista disso, no ano seguinte, na Quinta da Amizade, com o fim de criar as condições para a construção de um futuro parque verde, foram plantadas duzentas e vinte e quatro árvores de várias espécies autóctones. Como resultado, é patente o cuidado do Município de Setúbal de incluir várias espécies autóctones nos seus espaços verdes, validando tal trabalho com a plantação de mais de quatro mil plantas, como alecrim, alfazema, murta e aroeira, somente no ano de 2020⁹⁰.

O Regulamento do PDM de Setúbal contempla, no artigo 14.º, n.º 2, al. c), o objetivo de promover a criação de espaços públicos destinados à horticultura urbana. Na sua essência, estes espaços verdes estão destinados ao aproveitamento de solos com vocação agrícola no perímetro urbano, configurando um modo de agricultura urbana, que se aproxima da agricultura tradicional, no entanto, destaca-se nos casos em que a pequena dimensão dos lotes cultivados lhe confere um carácter de horta vizinha da habitação⁹¹. A horticultura urbana destina-se à produção agrícola dentro do perímetro urbano e tem-se vindo a revelar como fundamental para o abastecimento alimentar urbano. O exponencial crescimento da população ao nível mundial e a sua concentração em cidades culmina na necessidade de intensificar a produção agrícola nas cidades, permitindo que os cidadãos tenham acesso aos bens alimentares e garantindo uma maior proximidade entre a produção agrícola e os consumidores. É indubitável que as grandes metrópoles foram alvo de fortes processos de urbanização, logo, a presença de hortas e de quintas, nestes espaços, incorpora, ainda que de forma pouco significativa, uma componente rural no espaço urbano.

A agricultura urbana é praticada em espaços verdes, jardins privados ou coletivos, hortas, fazendas micro (urbanas), podendo ser executadas múltiplas atividades nestes espaços, designadamente, o cultivo de hortaliças, de árvores frutíferas e a criação de animais. Contudo, foi devidamente comprovado que, em regra geral, a agricultura urbana é colocada em segundo plano comparativamente a outras prioridades tidas pela infraestrutura verde⁹². Tal circunstância ignora uma crescente base de evidências que

⁹⁰ Cf. www.mun-setubal.pt/estrategia-verde-protege-ambiente-urbano.

⁹¹ Fadigas, 2020, p. 226.

⁹² Seria pertinente que os Municípios adotassem uma postura ativa nesta matéria, podendo, a título de exemplo, proceder ao inventário dos terrenos baldios, de forma a conseguir dar-lhes um uso mais sustentável. Estas espaços poderiam ser aproveitados como hortas urbanas, configurando uma estratégia para concretizar o 11.º ODS (Carvalho, Ribeiro, & Madureira, 2020).

demonstram os benefícios generalizados da agricultura urbana e a contribuição potencial que o cultivo urbano de alimentos pode dar ao apelo à urgência alimentar⁹³.

Além de contribuir para a produção de alimentos, é amplamente aceite que a agricultura urbana contribui para reduzir as emissões de GEE⁹⁴, controlar microclimas, aumentar a polinização, aumentar a biodiversidade e melhorar as relações sociais, o bem-estar e a saúde humana⁹⁵. O termo “espaço de cultivo” refere-se ao local onde o cultivo de vegetação comestível e não comestível pode ocorrer (por exemplo, loteamentos, jardins residenciais, telhados). Ao medir e monitorar os serviços prestados pela agricultura urbana em todo o espaço urbano, a capacidade de projetar e gerenciar a prestação de serviços ecossistémicos é aprimorada. Porém, sem reconhecer os serviços prestados por outras infraestruturas verdes (ou seja, não comestíveis), esses esforços permanecem fragmentados na melhor das hipóteses⁹⁶.

A Câmara Municipal de Setúbal tem dinamizado políticas com o objetivo de incentivar as atividades de horticultura em modo biológico, fomentando as práticas ancestrais de trabalho do solo, o uso e a partilha sustentável da água e o aproveitamento das características naturais das plantas, mais precisamente, através do projeto “Hortas Urbanas de Setúbal”⁹⁷. No âmbito desta iniciativa, a Câmara Municipal disponibilizou à população, nos viveiros das Amoreiras, hortas urbanas de utilização comunitária para o desenvolvimento de várias atividades agrícolas, dotando o concelho de um espaço comunitário que permite uma forte conexão ecológica, social e económica entre os municípios e uma atividade agrícola sustentável. Nas hortas urbanas são desenvolvidas diferentes atividades agrícolas, permitindo o cultivo de alimentos saudáveis consoante a sazonalidade, acrescentando qualidade ao quotidiano urbano e apoiando a poupança das economias dos agregados familiares.

Posto isto, no artigo 14.º, n.º 2, al. d) do Regulamento do PDM de Setúbal prevê-se a iniciativa de plantação de vegetação adaptada ao clima mediterrânico, com reduzidos consumos de água, nomeadamente a criação de prados de sequeiro. Como já foi explicitado anteriormente, a água é um bem precioso e essencial para a humanidade e a sua escassez implica um consumo e uma utilização prudente da mesma. As alterações climáticas têm a si inerentes a imprevisibilidade do clima, notória no nosso país ao longo dos anos, portanto, recuando a um passado recente, estão na memória episódios pautados pelo extremo calor, pelas chuvas torrenciais, por uma menor ocorrência de precipitação no inverno e pelas graves secas. Por essa razão, a criação e a manutenção

⁹³ Artmann & Sartison, 2018; Edmondson, et al., 2020.

⁹⁴ Kulak, Graves, & Chatterton, 2013.

⁹⁵ Evans, et al., 2022.

⁹⁶ Evans, et al., 2022.

⁹⁷ Informação obtida em: www.mun-setubal.pt/hortas-urbanas-de-setubal.

dos espaços verdes tem de ser bem delineada, uma vez que estas áreas têm de ser deviadamente regadas para permanecerem “verdes”. Num futuro próximo, para manter um espaço verde é necessário lidar com a escassez de água e encontrar formas de a poupar. Avaliando tal situação, por cada metro quadrado de relva é gasto um garrafão de água por dia⁹⁸, nessa medida, seria pertinente pensar em outras alternativas que conseguissem economizar água. Por certo, muitos espaços têm apenas uma finalidade de cenário/paisagística e, seguramente, nestes locais, os relvados podem ser substituídos por prados sem rega⁹⁹.

Os prados de sequeiro, durante a época de chuvas, parecem relvados e são verdes. Em contrapartida, na estação seca serão amarelados, permitindo, desse modo, manter a estética da paisagem e evitar que estes espaços estejam sujos, degradados ou abandonados. De maneira paralela, os prados contribuem para a manutenção da biodiversidade, porque são formados por misturas de plantas, incluindo plantas amigas dos polinizadores, que são essenciais para a produção de alimentos e que, neste momento, estão sob ameaça devido à agricultura intensiva que destrói os seus habitats e os envenena com pesticidas¹⁰⁰.

Em todo o caso, as medidas contempladas no Regulamento do PDM de Setúbal que visam economizar o uso de água, designadamente a al. a) e e) do n.º 2 do artigo 14.º, estão em consonância com os objetivos estabelecidos para um Estado de Direito Ecológico, prescrito no artigo 66.º da Lei Fundamental. A ideia central de um desenvolvimento sustentável impõe a indispensabilidade de conformar os atuais comportamentos humanos que possuem revelo ambiental de forma a garantir os fundamentos da vida para as gerações futuras. Há aqui subjacente a ideia de uma justiça intergeracional, o que leva a repensar as decisões, opções e estratégias quanto à afetação de recursos, que afiança que a herança natural e cultural é devidamente transmitida às gerações futuras¹⁰¹. A gestão racional dos bens naturais “(...) constitui a forma de prosseguir ativamente o objetivo de prevenção (...). Gere-se racionalmente não só prevenindo danos a bens não regeneráveis, como veiculando o aproveitamento de recursos essenciais à vida humana (...), com respeito pela sua fragilidade e tendencial finitude (...) tentando encontrar o ponto de equilíbrio entre a necessidade de continuar a utilizar o recurso e a necessidade – muitas vezes imperiosa – da sua preservação”¹⁰².

Com efeito, a al. e) do n.º 2 do artigo 14.º do Regulamento do PDM de Setúbal prevê a implementação de medidas que visem mitigar o efeito das ilhas de calor urbanas,

⁹⁸ Cf. <https://www.cm-loures.pt/media/pdf/PDF20211216144725031.pdf>.

⁹⁹ Cf. <https://life-lungs.lisboa.pt/acoes/prados-biodiversos>.

¹⁰⁰ Cf. <https://ambiente.cascais.pt/pt/projetos/prados-sequeiro>.

¹⁰¹ Canotilho & Moreira, 2007, pp. 849-850.

¹⁰² Gomes C. A., 2012.

designadamente, através da plantação de vegetação arbórea e arbustiva em arruamentos e espaços públicos. O efeito das ilhas de calor é uma das consequências das alterações climáticas, responsável por gerar o aumento acentuado das temperaturas nas cidades. A eficácia das estruturas verdes na mitigação das ilhas de calor já foi devidamente comprovada mediante vastos trabalhos de investigação, considerando-se, a título de exemplo, um estudo que conclui que “se a estrutura verde em áreas residenciais de alta densidade for reduzida em 10%, as temperaturas à superfície subirão entre 7.º C e 8,2.º C até 2080, comparativamente aos valores de referência de 1961-1990 e apenas 3,3.º C e 3,9.º C se a estrutura verde se mantiver”¹⁰³.

No meio urbano, a presença de qualquer tipo de vegetação, nas suas várias vertentes – arborização, relvados, árvores de arruamento ou espaços de agricultura urbana – tem um efeito regulador na temperatura ambiente, visto que impede grande parte da radiação solar, podendo ser configurada como uma “barreira protetora” que não permite que as mesmas incidam diretamente sobre o solo urbano¹⁰⁴.

De modo complementar, a presença da vegetação assume-se como uma ferramenta para travar a poluição do ar, o que acontece porque a vegetação, em especial, as árvores, reduzem a velocidade do ar, possibilitando a dispersão do ar poluído. As folhas das árvores conseguem reter partículas de poeira e de fumos em suspensão no ar, agindo como um filtro mecânico responsável por reter partículas¹⁰⁵. Neste ângulo, equaciona-se aqui que um cidadão minimamente consciente e informado optará por adotar uma postura que esteja em consonância com a sustentabilidade dos ecossistemas, designadamente através de práticas que incentivem à vegetação e arborização do território como ferramentas para harmonizar as temperaturas, diminuindo assim a procura por alternativas mais poluentes, entre os quais, os ares condicionados, que são, por si só, prejudiciais para a qualidade do ar.

Como forma de solucionar o problema, surge o conceito de “corredor verde urbano” (*Greenways*)¹⁰⁶, que contribui para incrementar a qualidade ambiental urbana

¹⁰³ Gill, Handley, Ennos, & Pauleit, 2007, p. 127.

¹⁰⁴ Vide o exemplo da Colômbia, que na cidade de Medellín, as autoridades transformaram as margens de 18 estradas e 12 vias fluviais num corredor verde, que se consubstanciou na plantação de árvores ao longo das estradas para mitigar os efeitos das ilhas de calor urbanas causados principalmente pelo uso excessivo de betão e asfalto. A iniciativa incidiu o seu foco em áreas que mais carecem de espaços verdes e conseguiu reduzir a temperatura do ar em mais de 2°C, fator esse que permitiu que o projeto Corredor Verde fosse merecedor do prémio Ashden Award for Cooling by Nature de 2019, apoiado pelo Programa de Eficiência de Arrefecimento de Kigali (<https://www.archdaily.com/964460/6-urban-design-projects-with-nature-based-solutions>).

¹⁰⁵ Fadigas, 2020, p. 217.

¹⁰⁶ Em 1934, a cidade de Amesterdão foi considerada pioneira na implementação de *Greenways* através do seu revolucionário plano de expansão urbana que contemplava a criação de uma série de caminhos verdes, que ligavam os parques de diversas áreas das cidades e as periferias, bem como vias de circulação pedonal e para ciclistas, permitindo a articulação entre os espaços urbanos e os espaços rurais, estipulando o “papel essencial de ligar entre si as partes construídas, tanto as novas como as preexistentes, e de fundir o campo e a cidade num contexto territorial o mais unitário possível” (Benevolo, 1987, p. 213).

e a biodiversidade, mediante a plantação de árvores ao longo das estradas, para mitigar os efeitos das ilhas de calor urbanas e a poluição atmosférica. Para além de permitir a harmonização das temperaturas nas cidades, os *greenways* exibem outros benefícios com repercussões ambientais, visto que podem estabelecer ligações entre a casa e o trabalho dos residentes das cidades, o que, em muitas situações, permite a adoção de modos de vida mais saudáveis e a procura por meios de deslocação mais sustentáveis e equilibrados, reduzindo o congestionamento e a poluição nas cidades e incentivando a uma relação mais próxima entre os cidadãos e a natureza¹⁰⁷.

Defende-se aqui a ideia de que a presença dos espaços verdes nas cidades é fundamental, não só para evitar os efeitos das alterações climáticas, mas também como um mecanismo para proteger e promover a saúde pública dos cidadãos e a paisagem das áreas urbanas, não permitindo que as mesmas se resumam a betão e a arranha céus, dado que “(...) a cidade são os homens e não as casas”¹⁰⁸. Como bem sustenta Alexandra Aragão, “Do lazer à prevenção de inundações, do entretenimento ao combate às ondas de calor, do convívio intergeracional ao sequestro de carbono, da inclusão de minorias ao fornecimento de alimentos, os espaços verdes trazem benefícios mensuráveis e até contabilizáveis, para os cidadãos nas cidades”, e quanto maior a proximidade entre estas áreas e as zonas urbanas, maiores serão as vantagens que se podem retirar para a comunidade¹⁰⁹.

Efetivamente, um dos maiores problemas das cidades prende-se com a emissão de um elevado volume de partículas e de gases que acentuam o efeito de estufa, como sejam o CO₂, o metano, os óxidos de azoto e os fluorocarbonetos, entre outros, que têm uma forte presença nas cidades devido ao contributo negativo gerado pelo tráfego automóvel e pelas industriais poluentes. Tendo em ponderação tal calamidade, nos termos do artigo 14.º, n.º 2, al. f) do Regulamento do PDM de Setúbal, deve proceder-se à plantação de espécies vegetais com maior capacidade de captura de carbono. Em Portugal, as árvores como o pinheiro-bravo e o eucalipto destacam-se pela sua capacidade de sequestro de carbono. A plantação destas espécies impulsiona a continuidade desta função e o efeito mitigador das alterações climáticas a curto prazo¹¹⁰. *In casu*, a Câmara Municipal de Setúbal tem dinamizado atividades com vista à plantação de árvores, sendo que será feita apenas uma referência às políticas mais recentes. Em março de 2022, os alunos de uma escola primária, em conjunto com os seus professores, procederam à plantação, no Parque da Algodeia, de várias espécies arbóreas, designadamente de sabugueiros, loureiros, lentiscos, azinheiras, carvalhos, ulmeiros, áceres, pinheiros, freixos e

¹⁰⁷ GREENWAYS, Association Européenne des Voies Vertes, www.aevv-egwa.org/greenways.

¹⁰⁸ Sermão de Santo Agostinho sobre a devastação de Roma após a invasão pelo Vândalos em 410.

¹⁰⁹ Aragão, 2022, p. 175.

¹¹⁰ Cf. <https://florestas.pt/saiba-mais/qual-a-capacidade-de-sequestro-de-carbono-das-especies-florestais>.

espinheiros¹¹¹. Em caminho idêntico, em abril do mesmo ano, através da iniciativa “Vamos Plantar Autóctones em Azeitão!”, que se iniciou em novembro de 2021, através de um grupo de voluntários que recolheu bolotas e as semeou dentro de pacotes de leite vazios com o objetivo de germinarem, ou seja, criar raízes e rebentos de árvores, que posteriormente foram plantadas no espaço público. As famílias foram convidadas a participar em tal iniciativa. Este projeto foi organizado por um grupo de cidadãos em parceria com a Câmara Municipal de Setúbal e a Junta de Freguesia de Azeitão, com o intuito de combater os efeitos das alterações climáticas através do desenvolvimento de medidas de descarbonização, da procura das melhores soluções sustentáveis e da criação de espaços verdes¹¹².

Por certo, é meritório concluir que as estratégias com cariz municipal de combate às alterações climáticas têm sido instigadas e incentivadas pela população do Município de Setúbal, o que exterioriza a informação que a mesma detém relativamente à crise climática e a consciencialização que possui sobre que tipo de postura deve ser adotada para prevenir e evitar os prejuízos decorrentes de tal fenómeno. Diante disso, é de enaltecer e louvar o comportamento ativo de tantos voluntários. O artigo 14.º, n.º 3 do PDM de Setúbal regula a resiliência do Município aos fenómenos meteorológicos extremos, no fundo, as consequências de um fenómeno meteorológico extremo variam consoante o nível de preparo, portanto, quanto maior a prevenção e a organização, menor será a dimensão dos danos de que dele podem advir¹¹³.

Dentro dos diversos efeitos nefastos das alterações climáticas, outro aspeto importante refere-se às cheias e às inundações no meio urbano. As cheias são provocadas por precipitações moderadas e permanentes ou por precipitações repentinas e de elevada intensidade, sendo que o excesso de precipitação provoca o aumento do caudal dos cursos de água, originando o extravase do leito normal e a inundação das margens e áreas circunvizinhas¹¹⁴. Nas cidades, “as causas de risco de cheias são mais complexas, o que está relacionado com um grande número de tipos de terrenos com diferentes usos, edifícios concentrados e um grande número de projetos nas cidades”¹¹⁵. Em tal caso, para além da concentração de água que cai em pouco tempo e da incapacidade de absorção dos solos, as cheias ocorrem, também, devido à existência de soluções urbanísticas que não estão aptas a responder a tais eventos, a sistemas de drenagem e escoamento insuficientes ou insuficientemente preparados para chuvas intensas e a erros de planeamento¹¹⁶.

¹¹¹ Cf. www.mun-setubal.pt/criancas-ajudam-a-plantar-arvores-no-concelho.

¹¹² Cf. www.mun-setubal.pt/azeitao-ganha-mais-verde-com-plantacao-de-arvores/.

¹¹³ Antunes, 2012, p. 89.

¹¹⁴ Cf. <http://www.prociv.pt/pt-pt/RISCOSPREV/RISCOSNAT/CHEIAS/Paginas/default.aspx>.

¹¹⁵ Li, et al., 2016.

¹¹⁶ Carvalho, 2023.

Na realidade, a cidade de Setúbal, devido à sua posição geográfica, que é caracterizada por uma planície de cheia para onde convergem várias ribeiras cujas respetivas bacias hidrográficas apresentam elevados declives, articulada com a fraca capacidade de retenção de água dos solos, leva a que precipitações intensas de curta duração originem caudais de elevada magnitude que afluem à baixa de forma concentrada, o que dá lugar a cheias que proporcionam avultados prejuízos ao nível humano, económico, ambiental e patrimonial¹¹⁷. A vulnerabilidade do Município de Setúbal à ocorrência de cheias é um problema que já foi devidamente identificado no seu PDM e apresenta como principal solução o planeamento urbanístico, na medida em que “o planeamento do território e as estratégias de gestão urbana devem ser concebidos para considerar, proteger e – sempre que possível – aumentar a capacidade dos ecossistemas para regular o fluxo de água e aumentar a resiliência urbana. O planeamento deve identificar os ecossistemas ou conceber novos espaços onde a água possa fluir, infiltrar-se ou ser armazenada durante um determinado tempo, antes de ser transportada através dos sistemas de drenagem ou entrando diretamente em riachos e rios”¹¹⁸. Uma das estratégias para prevenir a ocorrência de cheias passa pela criação de bacias de retenção, desde que não coloquem em causa o funcionamento do sistema hídrico e a conservação dos valores naturais [artigo 14.º, n.º 3, al. a) do Regulamento do PDM]. Têm como principal finalidade a regularização dos caudais e a melhoria da qualidade da água retida; no entanto, as bacias de retenção, em meio urbano, apresentam outros benefícios, como: a diminuição da poluição das águas pluviais, a melhoria do comportamento do sistema de drenagem e a criação de reservas de água para fazer face a necessidades agrícolas¹¹⁹. Em Setúbal, o projeto do Parque Urbano da Várzea teve a si associado um investimento de 3,6 milhões de euros, montante esse que foi aplicado precisamente na criação de bacias de retenção de água¹²⁰.

As inundações são a catástrofe natural que ocorre com maior frequência e que pode causar devastação generalizada. Desde 2000, as inundações estiveram na origem, na Europa, de, no mínimo, 700 mortes, da deslocação de cerca de meio milhão de pessoas e de pelo menos 25 mil milhões de euros de prejuízos económicos e que se têm vindo a agravar com a crise climática¹²¹. Em 2010, a ilha da Madeira foi assolada por inundações que alertaram para que “as práticas tradicionais de gestão de inundações devam ser reavaliadas, ou seja, os seus impactos projetados devem ser avaliados e geridos de acordo com a provável maior frequência e intensidade das tempestades (precipitação e

¹¹⁷ Cf. www.setubalambiente.pt/projetos/.

¹¹⁸ La Rosa & Pappalardo, 2020, p. 301.

¹¹⁹ Bichança, 2016, pp. 68-70.

¹²⁰ Cf. www.mun-setubal.pt/ministro-elogia-obras-da-varzea/.

¹²¹ Cf. <https://apambiente.pt/prevencao-e-gestao-de-riscos/inundacoes>.

tempestades), paralelamente com os efeitos decorrentes do aumento no nível do mar”¹²². É crucial a gestão e a planificação urbanística para fazer face a tal intempérie, o que poderá dar lugar a um novo desenho urbano, que possa estar apto a responder a tal fenómeno. Pense-se que os desvios na circulação da água superficial causados pela interseção de arruamentos ou pela presença de obstáculos (ex: automóveis) podem alterar a profundidade da água local ou a sua velocidade, o que resultará em inimagináveis prejuízos caso seja atingido um certo limiar de dano. Exemplificativamente, quando o nível da água atinge a entrada do edifício ou da garagem ou quando a velocidade do fluxo excede a magnitude da velocidade, é capaz de arrastar pessoas na enxurrada¹²³.

Neste quadro, prevê-se a libertação das áreas envolventes das linhas de água, leitos de cheia e áreas de risco de tsunamis e inundações [artigo 14.º, n.º 3, al. b)]. Tal medida visa proteger e garantir a segurança de pessoas e bens, tendo em consideração que as linhas de água, rios ou ribeiras que existem dentro dos aglomerados urbanos e que ligam as áreas urbanas aos de jusante são canais privilegiados de drenagem hídrica e de reativação biológica que auxiliam na proteção do funcionamento dos sistemas ecológicos. Caso contrário, se, por alguma razão, designadamente por falta de um adequado planeamento urbanístico, as linhas de água forem canalizadas, há a perturbação da função reguladora da drenagem hídrica, o que aumentará a probabilidade de ocorrência de inundações em áreas urbanas¹²⁴. Anualmente, a Câmara Municipal de Setúbal desenvolve operações de limpeza de vegetação no leito de valas e linhas de água, com a finalidade de preservar as condições de escoamento aquando da ocorrência de situações hidrológicas normais e extremas, garantindo a segurança das populações¹²⁵.

Neste instante, revela-se a preocupação de fomentar o aumento de áreas permeáveis em solo urbano e restringir a impermeabilização em locais que condicionem o funcionamento do sistema hídrico [artigo 14.º, n.º 3, al. c)]. A impermeabilização das superfícies contribui para o escoamento de águas da chuva, obstando à sua infiltração no subsolo que teria uma função essencial no suporte de vegetação e na recarga de aquíferos, reduzindo, em simultâneo, a evapotranspiração. Tal cenário corresponde a uma perda importante de água que, por não ser retida, é conduzida diretamente às redes de drenagem que, em caso de chuva extrema, num curto espaço de tempo, aumentará o risco de inundações, devido à falta de condições para funcionar eficazmente¹²⁶.

¹²² Silva & Costa, 2018.

¹²³ Paquier, Mignot, & Bazin, 2015.

¹²⁴ Fadigas, 2020, p. 223.

¹²⁵ Cf. www.mun-setubal.pt/abastecimentosaneamento/#1542130921574-54006fef-424c.

¹²⁶ Fadigas, 2020, p. 222.

Da mesma forma, devem ser desenvolvidas ações e soluções, construídas ou não, que contribuam para a segurança e a proteção de pessoas e bens na ocorrência de fenómenos extremos [artigo 14.º, n.º 3, al. d)]. Concretizando a situação descrita, os efeitos das alterações climáticas não são só perigosos para a vida humana, colocando também em risco todas as atividades urbanas e o seu normal funcionamento, logo, o planeamento urbanístico assume a responsabilidade de incorporar medidas capazes de reduzir os fatores de risco, de proteger as populações e tudo aquilo que por elas foi contruído. Esta preocupação enaltece-se no PDM de Setúbal, que dedica atenção, no seu capítulo II (artigo 15.º e ss.) do Regulamento, a “Áreas Sujeitas a Riscos Naturais, Mistos e Tecnológicos”.

Ora, o artigo 15.º é aplicável a tsunamis, cheias e inundações, prevendo, no seu n.º 1, que nas áreas sujeitas ao risco de inundação máxima provocado por efeito de um eventual “tsunami” é proibida a instalação de novos equipamentos hospitalares e de saúde, escolares, de reclusão e de gestão de emergência e de socorro, bem como de novos estabelecimentos industriais abrangidos pelo regime jurídico de prevenção de acidentes graves que estejam obrigados, por disposição legal, ao dever de comunicação e à apresentação de relatório de segurança, exceto quando se demonstre, através de estudo específico, a inexistência de soluções alternativas.

Noutra situação, o n.º 2 do mesmo artigo elenca práticas interditas nas áreas delimitadas como zonas inundáveis ou zonas ameaçadas por cheias, mencionando-se, a título de exemplo, a destruição do revestimento vegetal, ou a alteração do relevo natural, com exceção da prática de culturas tradicionalmente integradas em explorações agrícolas e das situações em que tais ações visem assegurar o controlo das cheias e a infiltração das águas, a execução de aterros que possam agravar o risco de inundação e a construção de edifícios sensíveis, nos termos do Regime Jurídico da Avaliação e Gestão dos Riscos de Inundação, como os equipamentos hospitalares e de saúde, escolares, lares de idosos, de reclusão (entre outros). Todavia, nos termos do artigo 15.º, n.º 6, permite-se que, em solo urbano, excecionalmente, ocorra a construção de novos edifícios e a ampliação de edifícios existentes em áreas delimitadas como zonas inundáveis ou zonas ameaçadas por cheias, desde que haja um parecer vinculativo da autoridade nacional da água e da autoridade nacional de emergência e proteção civil e a observância cumulativa dos seguintes pressupostos: esteja localizada em área onde a vulnerabilidade e risco para pessoas e bens é comprovadamente reduzida, a ampliação é permitida por uma única vez, não sendo autorizável o aumento da área de implantação, e apenas se admitem novas construções quando as mesmas correspondam à substituição de edifícios preexistentes, com ou sem realocização, mantendo o mesmo valor da área de implantação.

Por último, o artigo 14.º, n.º 3, al. e) visa garantir a recolha e o correto encaminhamento das águas pluviais. A gestão da água é uma questão essencial para a sustentabilidade urbana que tem de obrigatoriamente ser regulada pelo planeamento urbano. As quedas pluviométricas intensas obrigam a um esforço adaptativo por parte dos sistemas de drenagem. Para tal, contribui a presença ordenada de espaços verdes urbanos que incorporem condições físicas e funcionais capazes de prevenir, mitigar e controlar os efeitos das alterações climáticas, designadamente, cheias e inundações¹²⁷. Neste sentido, as árvores configuram uma medida de “controlo das águas pluviais especialmente atrativa porque proporcionam um conjunto de benefícios sociais, económicos e ambientais”¹²⁸. No entanto, assinalam-se algumas incertezas sobre a eficiência da medida a longo prazo, tendo de ser avaliadas as características do espaço em concreto e das espécies de árvores, fatores esses que podem fazer variar os resultados⁴¹. Certo é que a incorporação de árvores nos espaços urbanos promove a infiltração natural da água, mitigando, na medida do possível, o efeito das chuvas intensas¹²⁹.

Em síntese, o PDM de Setúbal incorpora medidas de prevenção e redução dos riscos associados às alterações climáticas, não se resumindo apenas a um instrumento destinado exclusivamente à racionalização dos fenómenos de expansão urbanística e de reorganização das estruturas urbanísticas e territoriais, pois uma política de ordenamento do território não poderá, em momento algum, ignorar os riscos naturais. Um incorreto planeamento urbanístico dará lugar a uma maior vulnerabilidade do território face às consequências das alterações climáticas; por outro lado, caso seja definida uma estratégia coerente, tal assegurará uma menor probabilidade de ocorrência de uma catástrofe com prejuízos incalculáveis.

5. Desafios à implementação da EEM

Importa considerar que, apesar de ser gritante a necessidade de articular o crescimento económico e o desenvolvimento das áreas urbanas com a proteção dos espaços verdes e da biodiversidade, na prática, este equilíbrio é bastante complexo.

Posto isto, a proteção de valores e de espaços naturais implica que determinadas áreas estejam apenas destinadas a este fim, não podendo ser edificadas de acordo com os interesses dos seus proprietários. Isto significa que há particulares que podem ver o seu direito de propriedade restringido, percecionando-se uma prevalência do interesse público, assente na premissa de que o ordenamento do território é a “arte de adequar as

¹²⁷ Fadigas, 2020, p. 220.

¹²⁸ Berland, et al., 2017.

¹²⁹ Berland, et al., 2017.

gentes e a produção de riqueza ao território numa perspetiva de desenvolvimento”¹³⁰. Como se depreende, o fenómeno de expansão das cidades é complexo, tendo o poder público de recorrer a mecanismos como a expropriação de propriedade privada e a obrigação de cedência de espaços verdes¹³¹.

A expropriação da propriedade privada só pode ser efetuada com base na lei (artigo 62.º, n.º 2 da CRP) e tem como fim a concretização de um interesse público. Configurando a expropriação uma medida de carácter ablatório, está subordinada ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo (artigos 18.º, n.º 2 e 266.º, n.º 2 da CRP). A expropriação é um ato de autoridade aniquilador ou destruidor da propriedade privada de conteúdo patrimonial motivado por razões de utilidade pública ou de interesse geral, que está sujeito ao princípio da necessidade¹³². Daqui decorre que a expropriação atua, somente, em *ultima ratio*, quando for efetivamente provado que, naquele preciso momento, não há outro meio para adquirir o bem, tendo a entidade pública tentado, anteriormente, adquirir o mesmo pela via do direito privado.

Por outra forma, o artigo 43.º, n.º 1 do RJUE estatui que os projetos de loteamento devem prever áreas destinadas à implementação de espaços verdes e utilização coletiva como ferramenta para obter um adequado ambiente urbano, porque “Só assim a cidade pode tornar-se um espaço de sã convivência e de bem-estar humano, podendo falar-se, com propriedade, da existência de uma política de ordenamento das cidades”¹³³. Complementarmente, de acordo com o artigo 44.º, n.º 1 do RJUE, podem ser cedidas, gratuitamente, para o domínio municipal, as parcelas destinadas a espaços verdes e equipamentos de utilização coletiva. Relativamente à ocorrência de cedências, tal possibilidade está sujeita a limitações jurídicas, que visam balizar a discricionariedade da Administração. Nesta temática, Fernanda Paula Oliveira explica que “(...) a atuação municipal, mesmo que discricionária, não equivale a uma atuação arbitrária, devendo as entidades municipais reger a sua intervenção neste domínio pelos princípios fundamentais que conformam a atuação da Administração, principalmente pelo princípio da proporcionalidade, (...) não exigindo a cedência de áreas que não sejam necessárias (...)”¹³⁴.

Como é sabido, a Administração só recorre à expropriação da propriedade ou à cedência da mesma para concretizar o interesse público e garantir o bem-estar da coletividade no seu todo, sendo que tal atuação resulta das prerrogativas de autoridade que lhe são conferidas e da ponderação de uma multiplicidade de interesses, públicos e

¹³⁰ Gaspar, 1996.

¹³¹ Carvalho, 2023.

¹³² Oliveira, 2021 a, pp. 210-212.

¹³³ Oliveira, Neves & Lopes, 2022, p. 388.

¹³⁴ Oliveira, Neves & Lopes, 2022, p. 396.

privados¹³⁵. Não obstante, parece que tais medidas podem prejudicar alguns particulares em detrimento de outros, designadamente aqueles que foram expropriados ou que foram obrigados a ceder a sua propriedade. É certo que a implementação da estrutura ecológica serve para mitigar os efeitos das alterações climáticas, para melhorar a qualidade de vida das populações, contribuindo para a produção de oxigénio e para a conservação da biodiversidade, e não mais certo é que muitos cidadãos não possuem informação suficiente para compreender a atuação da Administração e que, a seu ver, versa apenas numa limitação arbitrária do seu direito de propriedade. Neste tipo de situações, parece mais razoável e menos intransigente a definição de políticas públicas que incentivem os particulares a adotarem NBS nas suas propriedades.

Nesta perspetiva, Daniele La Rosa e Viviana Pappalardo defendem uma alteração no modo como se prossegue o interesse público neste contexto, sugerindo a criação de compensações e incentivos para que os privados incorporem, nas suas propriedades, mecanismos desta natureza¹³⁶, dando como exemplo a possibilidade de transferência de direitos e compra de direitos de desenvolvimento ou servidões de conservação. Note-se que, apesar de o expropriado ser devidamente indemnizado (artigo 62.º, n.º 2 da CRP), parece mais interessante o desenvolvimento de uma política pública que incentive os cidadãos a implementar medidas mais benéficas para o planeta e para a natureza, explicando os benefícios que daí poderão advir, ao invés de uma atuação que, para muitos, por falta de conhecimento, é tida como extremista e sem fundamento.

Na prática, pretende-se que as entidades públicas potenciem a adoção de soluções mais sustentáveis, que, a longo prazo, se irão repercutir na utilização mais eficiente dos recursos naturais, na proteção da biodiversidade, na valorização da eficiência energética, no aumento da qualidade de vida e na prevenção ou minimização do risco respeitante à ocorrência de catástrofes naturais.

Como exemplo de estratégias desenvolvidas para garantir a implementação de NBS temos o artigo 84.º do PDM de Lisboa, que define um sistema de incentivos que assenta na atribuição de créditos que têm por finalidade orientar o investimento dos privados no imobiliário por forma a fazer face às concretas necessidades que o município estabeleceu, entre as quais o investimento no centro da capital, que nos últimos anos tem sido preterido comparativamente com a periferia norte de Lisboa¹³⁷. Por esta via, pretende-se incentivar ou premiar iniciativas que permitam a integração de conceitos

¹³⁵ Almeida, 2022, p. 51.

¹³⁶ Rosa & Pappalardo, 2021.

¹³⁷ Oliveira, 2021 a, pp. 27-28.

bioclimáticos e de eficiência na utilização dos recursos e de eficiência energética nos edifícios, estruturas urbanas e espaços públicos¹³⁸.

Por outro lado, reconhece-se que a tarefa de acautelar, na medida do possível, os interesses dos particulares com o interesse público é, por si só, “diabólica”, uma vez que as medidas a definir terão de ser desenhadas para as diferentes regiões geográficas que compõem o território nacional e que apresentam características próprias e díspares entre si. Quer isto dizer que nos deparamos não só com a dificuldade de inserir soluções inovadoras nos planos, nas quais se inserem as NBS, mas também com a preocupação de as adaptar às diferentes regiões.

Neste domínio, será preponderante, como referimos *supra*, a participação da comunidade local no desenvolvimento das estratégias a implementar nos respetivos planos, por forma a garantir a ponderação dos diversos interesses¹³⁹.

Desta forma, diversos preceitos legais, em concreto, o artigo 3.º, n.º 1, alínea g) da LBPSOTU, o artigo 6.º do RJIGT e o artigo 65.º, n.º 5 da CRP consagram o direito de participação dos particulares no procedimento de formação dos planos, por forma a dar conhecimento aos órgãos administrativos competentes dos interesses da comunidade, que devem ser acautelados e justamente ponderados aquando da elaboração do plano¹⁴⁰.

De seguida, devem ser tidos em consideração fatores como a densidade populacional da área, os tipos de atividades económicas que aí são desenvolvidas e a implementação de NBS mais adequadas à realidade em concreto. Por conseguinte, o planeamento urbanístico revela-se como o meio primordial para flexibilizar e articular os vários interesses em apreciação¹⁴¹. Na verdade, o poder público regulamentar, mediante a utilização do seu poder de conformação autónoma e do poder discricionário que pauta toda a sua atuação, designadamente, no âmbito do planeamento urbanístico, deverá definir, consoante as especificidades e características das áreas em concreto, os mecanismos e as estratégias a adotar, que podem estar definidos em instrumentos mais imperativos ou mais reguladores. Contudo, por forma a garantir a flexibilidade e mutabilidade para melhor prossecução do interesse público, estes instrumentos necessitam de ser devidamente adaptados, revistos, flexibilizados ou alterados quando as circunstâncias assim o exigirem¹⁴².

¹³⁸ Como exemplos de outros incentivos à implementação de NBS temos o já referido Regulamento de Atribuição de Incentivos – Programa de Apoio a Edifícios Mais Sustentáveis e a Resolução da Assembleia da República n.º 86/2022.

¹³⁹ A elaboração do plano deve contar, obrigatoriamente, com participação dos interessados, que terão como função a prestação de informação que “contribua para a racionalização da atividade da Administração e para proteção dos administrados, antes da versão final, tudo ao serviço da solução justa” - Cf. Acórdão do STA, de 21/05/2008, processo n.º 01159/05, relator: Políbio Henriques, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

¹⁴⁰ Acórdão do TCA (N), de 10/02/2017, processo n.º 00165/10.3BEPRT, relator: Hélder Vieira, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

¹⁴¹ Aqui inserem-se não só os planos municipais, mas, também, os programas setoriais, especiais e até o plano nacional.

¹⁴² Carvalho, 2022.

Conclusão

A elevada concentração das populações nas cidades tem levantado questões relativamente ao seu desenvolvimento sustentável.

De facto, a rápida urbanização tem, em muito, contribuído para o agravamento dos efeitos atinentes às alterações climáticas, quadro este que é comprovado com a ocorrência de fenómenos climáticos extremos, com a perda de biodiversidade, com o agravamento da poluição do ar e da água, com a destruição paisagística e com o esgotamento de recursos naturais. Por consequência, tal realidade repercute-se na qualidade de vida e na saúde dos cidadãos.

Nesse sentido, a 01/01/2016 entra em vigor a Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável da ONU, constituída por 17 ODS, que corporiza uma agenda alargada e ambiciosa que aborda várias dimensões do desenvolvimento sustentável.

Como vimos, o 11.º ODS é respeitante às cidades e comunidades sustentáveis, sendo que, no presente texto, foi analisada a forma como a urbanização, mais precisamente através do planeamento urbanístico, é um fator determinante para a construção de *smart cities*, em outras palavras, cidades capazes de tratar de todos os complexos desafios que estão a si inerentes de forma integrada, fazendo-se valer de ativos e informações ao nível local para elaborar uma estratégia de desenvolvimento que contemple aspetos ambientais, urbanos, sociais e económicos¹⁴³.

De seguida, para depreender de que forma está a ocorrer, ao nível nacional, a concretização e o desenvolvimento de cidades ditas mais inteligentes e resilientes, recorreremos, para tal, à análise da EEM do recente PDM de Setúbal e quais as respostas que este dá no combate à crise climática.

Na verdade, o PDM de Setúbal estabelece medidas destinadas a reduzir e a prevenir os riscos decorrentes das alterações climáticas mediante a implementação de uma Infraestrutura Verde. A principal estratégia do Município para contrariar o cenário de calamidade vivido passa pela implementação de NBS, que permitam poupar água e garantir a conservação e expansão de espaços verdes, da vegetação autóctone, bem como de espaços públicos destinados à horticultura urbana. Nesta opção, são preponderantes o envolvimento e a consciencialização dos cidadãos sobre a crise climática e a postura que deve ser adotada para fazer frente à mesma, sendo que, no caso de Setúbal, foram apresentadas diversas iniciativas fomentadas pelos particulares para potenciar o desenvolvimento sustentável do Município.

Em conclusão, atento a tudo quanto se expôs, dúvidas não restam que num Estado de Direito Ecológico (artigo 66.º da CRP) devem ser implantadas estratégias que

¹⁴³ Fernandes, 2017, p. 20.

assegurem o desenvolvimento sustentável, designadamente através das NBS, que têm de ser adaptadas a cada território em particular. Para essa finalidade, é substancial e vantajosa a participação dos cidadãos, perspetivando-se, por vezes, como complexa a relação entre estes dois agentes, pois a pretensão do particular pode ser discordante e oposta ao interesse prosseguido pela entidade pública. A principal ferramenta para atenuar o conflito de interesses passa pela consciencialização e formação da população relativamente aos problemas ambientais e pela sua participação nas decisões atinentes ao planeamento urbanístico.

6. Bibliografia

- ALMEIDA, M. A. (2022). *Teoria geral do direito administrativo*. Coimbra: Almedina.
- AMARAL, D. F. (1994). Ordenamento do território, urbanismo e ambiente: Objeto, autonomia e distinções. *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*.
- ANTUNES, T. (2012). Os desastres naturais e as alterações climáticas - em especial, a resposta do ordenamento jurídico aos fenómenos meteorológicos extremos. In C. A. Gomes. *Direito(s) das catástrofes naturais*. Almedina.
- ARAGÃO, A. (2011). A natureza não tem preço... mas devia. O dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*.
- ARAGÃO, A. (2022). Direito da infraestrutura ecológica urbana: Soluções baseadas na natureza e serviços dos ecossistemas nas cidades. In F. P. Oliveira. *Atas do II Congresso de Direito do Urbanismo*. Almedina.
- ARTMANN, M. & SARTISON, K. (2018). *The role of urban agriculture as a Nature-Based Solution: A review for developing a systemic assessment framework*. <https://doi.org/10.3390/su10061937>.
- BENEVOLO, M. L. (1987). *Projetar a cidade moderna*.
- BERLAND, A., SHIFLETT, S. A., SHUSTER, W. D., GARMESTANI, A. S., GODDARD, H. C., HERRMANN, D. L. & HOPTON, M. E. (2017). *The role of trees in urban stormwater management*. DOI: 10.1016/j.landurbplan.2017.02.017.
- BICHANÇA, M. d. (2016). *Bacias de retenção em zonas urbanas como contributo para a resolução de situações extremas: Cheias e secas*.
- CANOTILHO, G. (2003). *Um Código do Urbanismo para Portugal?* Coimbra.
- CANOTILHO, J. G. & MOREIRA, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada, artigos 1.º a 107.º*. Coimbra Editora.
- CARVALHO, R. (2022 a). *Cidades sustentáveis e Direito do Urbanismo*. Faculdade de Direito - Escola do Porto.
- CARVALHO, R. (2022 b). Sustentabilidade na construção e soluções com base na natureza: O papel do planeamento municipal. *Encontro AD URBEM 2022, O direito da construção – questões e desafios*.
- CARVALHO, R. (2023). Cidades sustentáveis, planeamento e alterações climáticas. *no prelo*.
- CARVALHO, R., RIBEIRO, A. & MADUREIRA, L. (2020). Establishing urban gardens on vacant land while considering international good practices: A legal case study from Portugal. 10.1007/978-3-030-42630-9_35.
- CLOS, J. (2017). Sobre a urbanização sustentável e a nova agenda urbana. Em AA.VV, *Por uma estratégia de cidade sustentável: Expansão urbana planeada, quadro legal e financiamento autárquico*. Edições Afrontamento.
- COHEN-SHACHAM, G. W. (2016). *Nature-Based Solutions to address global societal challenges*. <http://dx.doi.org/10.2305/IUCN.CH.2016.13.en>.
- CONDESSO, F. d., & CONDESSO, R. A. (2022). *Direito do urbanismo e do ambiente*. Coimbra: Almedina.

- CORDEIRO, A. R. (2017). As condicionantes biofísicas como potenciadoras de um urbanismo e de um desenvolvimento sustentáveis. In F. P. Oliveira. *Ordenamento do território, urbanismo e cidades. Que rumo?*, vol. I. Almedina.
- CORREIA, F. A. (1999). *O planeamento urbanístico e o princípio da igualdade*. Almedina.
- CORREIA, F. A. (2005). *A tutela jurídica do meio ambiente: Presente e futuro*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- CORREIA, F. A. (2008). *Manual de direito do urbanismo*, vol. I. Coimbra.
- CORREIA, F. A., & Correia, J. A. (2021). *Regime jurídico dos programas e dos planos territoriais*. Almedina.
- CRISTINO, J. (2021). *A missão das cidades no combate às alterações climáticas*. Lisboa: Guerra e Paz.
- CUNHA, J. L. (2019). Programas sectoriais e especiais - os instrumentos de política sectorial no ordenamento do território. In F. P. Oliveira. *Atas do I Congresso de Direito do Urbanismo*. Almedina.
- EDMONDSON, J. L., CUNNINGHAM, H., TINGLEY, D. O., DOBSON, M. C., GRAFIUS, D. R., LEAKE, J. R., ... CAM, D. (2020). *The hidden potential of urban horticulture*. <https://doi.org/10.1038/s43016-020-0045-6>.
- EVANS, D., FALAGÁN, N., HARDMAN, C., KOURMPETLI, S., LIU, L., MEAD, B., & DAVIES, J. (2022). *Ecosystem service delivery by urban agriculture and green infrastructure – a systematic review*. Obtido de <https://doi.org/10.1016/j.ecoser.2022.101405>.
- FADIGAS, L. (2020). *Urbanização, espaços verdes e sustentabilidade- Do jardim à agricultura urbana*. Edições Sílabo.
- FAGERHOLM, N., EILOLA, S., & ARKI, V. (2021). *Outdoor recreation and nature's contribution to well-being in a pandemic situation - Case Turku, Finland*. Obtido de <https://doi.org/10.1016/j.ufug.2021.127257>.
- FERNANDES, S. (2017). *Smart cities: Inclusão, sustentabilidade, resiliência*. Glaciari.
- FERREIRA, J. C., MONTEIRO, R., & SILVA, V. R. (2021). *Planning a green infrastructure network from theory to practice: The case study of Setúbal, Portugal*. Obtido de <https://doi.org/10.3390/su13158432>.
- GASPAR, J. (1996). *O novo ordenamento do território - Geografia e valores*. Centro de Estudos Geográficos. Universidade de Lisboa.
- GAVIRIA, M. (1971). *Campo, urbe y espacio del ocio*. Madrid: Siglo XXI de España Editores.
- GILL, S., HANDLEY, J., ENNOS, R. & PAULEIT, S. (2007). *Adapting cities for climate change: The role of the green infrastructure*. Built Environment.
- GOMES, C. A. (2012). *Introdução ao direito do ambiente*. Lisboa: AAFDL.
- GOMES, C. A. (2018). *Introdução ao direito do ambiente*. Lisboa: AAFDL.
- GOMES, E. (2017). Do território e seu ordenamento: Uma conceção macroscópica. Noção, objeto e distinções. In F. P. Oliveira. *Ordenamento do território, urbanismo e cidades. Que rumo?* Vol. I. Coimbra: Almedina.

- KISHORE, P., BASHA, G., VENKAT, M., AGHAKOUCHAK, A., SUN, Q., VELICOGNA, I., & OUARDA, T. B. (2022). *Anthropogenic influence on the changing risk of heat waves over India*. 10.1038/s41598-022-07373-3.
- KULAK, M., GRAVES, A. & CHATTERTON, J. (2013). *Reducing greenhouse gas emissions with urban agriculture: A life cycle assessment perspective*. <https://doi.org/10.1016/j.landurbplan.2012.11.007>.
- LA ROSA, D. & PAPPALARDO, V. (2020). *Planning for spatial equity - A performance based approach for sustainable urban drainage systems*. <https://doi.org/10.1016/j.scs.2019.101885>
- LEHBERGER, M., KLEIH, A.-K. & SPARKE, K. (2021). *Self-reported well-being and the importance of green spaces-a comparison of garden owners and non-garden owners in times of COVID-19*. <https://doi.org/10.1016/j.landurbplan.2021.104108>.
- LI, C., CHENG, X., LI, N., DU, X., YU, Q. & KAN, G. (2016). *A framework for flood risk analysis and benefit assessment of flood control measures in urban areas*. <https://doi.org/10.3390/ijerph13080787>.
- LIMA, S. M., LOPES, W. G. & FAÇANHA, A. C. (2019). *Desafios do planejamento urbano na expansão das cidades: entre planos e realidade*. <https://www.scielo.br>.
- LIN, D., SUN, Y., YANG, Y., HAN, Y. & XU, C. (2022). *Urban park use and self-reported physical, mental, and social health during the COVID-19 pandemic: An on-site survey in Beijing, China*. <https://doi.org/10.3390/cli7100119>.
- MARQUES, T. S. (2019). Balanço dos 10 anos do PNPOT. In F. P. Oliveira. *Atas do I Congresso de Direito do Urbanismo*. Almedina.
- MIRANDA, J. (2012). *A função pública urbanística e o seu exercício por particulares*. Coimbra Editora.
- MIRANDA, J. & MEDEIROS, R. (2005). *Constituição Portuguesa anotada*, tomo I. Coimbra Editora.
- MOOR, P. (2006). La coordination: La solution des problèmes et les problèmes de la solution. *Les Cahiers du GRIDAUH*, no. 15.
- MORENO, R. d., BRAGA, D. R. & XAVIER, L. F. (2021). *Socio-ecological conflicts in a global south metropolis: opportunities and threats of a potential greenway in the São Paulo Metropolitan*. 10.3389/frsc.2021.706857.
- OLIVEIRA, F. P. (2011). *Novas tendências do direito do urbanismo*. Coimbra: Almedina.
- OLIVEIRA, F. P. (2012). Catástrofes naturais e direito do urbanismo. In C. A. Gomes. *Direito(s) das catástrofes naturais*. Almedina.
- OLIVEIRA, F. P. (2013). *Execução programada de planos municipais - As unidades de execução como instrumento de programação urbanística e o parcelamento urbano como figura pluriforme*. Almedina.
- OLIVEIRA, F. P. (2019). *Plano de desenvolvimento de carreira na área de ciências jurídico-políticas com ênfase na área do direito do urbanismo*.
- OLIVEIRA, F. P. (2020). *Regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial, Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio, comentado*. Almedina.

- OLIVEIRA, F. P. (2021). Como podem os planos urbanísticos promover cidades inclusivas? In *La gobernanza del territorio: Cooperación interadministrativa*.
- OLIVEIRA, F. P. (2021). *Direito do urbanismo. Do planeamento à gestão*. Associação de Estudos de Direito Regional e Local.
- OLIVEIRA, F. P., NEVES, M. J. & LOPES, D. (2022). *Regime jurídico da urbanização e edificação comentado*. Almedina.
- PAQUIER, A., MIGNOT, E., & BAZIN, P.-H. (2015). *From hydraulic modelling to urban flood risk*. <https://doi.org/10.1016/j.proeng.2015.07.352>.
- PAULEIT, S., AMBROSE-OJI, B., ANDERSSON, E., ANTON, B., BUIJS, A., HAASE, D., . . . CECIL. (2019). *Advancing urban green infrastructure in Europe: Outcomes and reflections from the GREEN SURGE project*. <https://doi.org/10.1016/j.ufug.2018.10.006>.
- PLANNING for spatial equity - A performance-based approach for sustainable urban drainage systems. (2020). <https://doi.org/10.1016/j.scs.2019.101885>.
- REBELO, F. (2003). *Riscos naturais e ação antropológica. Estudos e reflexões*. Imprensa da Universidade de Coimbra.
- ROSA, D. L. & PAPPALARDO, V. (2021). *Policies and planning of urban green infrastructure and sustainable urban drainage systems*. DOI:10.1007/978-3-030-75929-2_16.
- ROYER H., Y. J. (2023). Urban agriculture and its biodiversity: What is it and what lives in it? *Agriculture, ecosystems and environment*.
- SANTOS, Á. (2022). Reabilitação urbana e sustentabilidade das cidades. *Vida Económica*.
- SANTOS SILVA, J. P. A. (2020). Acordo de Paris 2015-2020. <https://www.portugal.gov.pt>.
- SILVA, M. M. & COSTA, J. P. (2018). *Urban floods and climate change adaptation: The potential of public space design when accommodating natural processes*. <https://doi.org/10.3390/w10020180>.
- STURIALE, L. & SCUDERI, A. (2019). *The role of green infrastructures in urban planning for climate change adaptation*. <https://doi.org/10.3390/cli7100119>.
- TAN, Y., JIAO, L., SHUAI, C. & SHEN, L. (2018). *A system dynamics model for simulating urban sustainability performance: A China case study*. <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2018.07.154>.
- TERRITÓRIO, C. N. (dezembro de 2020). PDM Go: Boas páticas para os planos diretos municipais.
- VALE, A. Q. (2019). Justiça territorial. In F. P. Oliveira, *Atas do I Congresso de Direito do Urbanismo*. Almedina.

Extreme pornography:
A criminalização da pornografia de violação
no ordenamento jurídico português

Laura Leal da Costa

Sob orientação do Professor
Doutor Pedro Miguel Fernandes Freitas

Aos meus pais!

Agradecimentos

Aos meus pais, que me mostraram o que é ser uma boa pessoa e um bom jurista. Um obrigada não é suficiente para agradecer o apoio, incentivo, preocupação e investimento na minha formação pessoal e académica.

Às minhas irmãs, especialmente à Ema, por ouvir as minhas lamúrias e por se mostrar sempre disponível a ajudar-me.

À minha avó, por ter sempre um lanchinho e colo pronto para me oferecer.

À minha família, por ser a minha rede de segurança e a minha claque pessoal.

Aos meus amigos Lira e Francisca, que me acompanharam no mestrado e fizeram dessa etapa uma das mais belas da minha vida.

À minha melhor amiga Ana, por me ensinar o verdadeiro significado de amizade.

Ao Bruno, por todo o amor que me mostra diariamente e por acreditar sempre em mim.

Por fim, ao meu orientador, agradeço toda a disponibilidade manifestada, toda a compreensão, todos os conselhos e, especialmente, o facto de ter acreditado nas minhas capacidades e ter aceitado participar nesta aventura.

A todos, obrigada!

Resumo

A presente dissertação pretende realizar uma análise crítica do crime de *extreme pornography*, especificamente na vertente de *rape pornography*, consagrado no ordenamento jurídico do Reino Unido, de forma a equacionar a possível transposição do tipo legal para a ordem jurídica portuguesa.

Consequentemente, iremos observar a génese da ofensa, tendo em conta o contexto social e político em que surgiu, procedendo à dissecação da Secção 63 do *Criminal Justice and Immigration ACT* de 2008 de forma a estudar os elementos que a constituem.

Posteriormente, iremos afunilar o nosso estudo, focando-nos no crime de *rape pornography*, analisando o bem jurídico que visa tutelar e as críticas que lhe foram tecidas aquando da sua criação e aplicação.

Uma vez compreendido o enquadramento jurídico do crime, iremos focar a nossa atenção no ordenamento jurídico português, relembrando os conceitos inerentes às finalidades da intervenção penal, nomeadamente o papel do bem jurídico no processo de criação de um novo tipo fundamental de crime.

Por fim, iremos oferecer possíveis propostas para a introdução do crime de pornografia de violação na nossa ordem jurídica, analisando algumas das críticas que lhes podem ser apontadas.

Palavras-chave: pornografia de violação; bem jurídico; ofensas sexuais; moral sexual; liberdade e autodeterminação sexual; crimes de perigo abstrato.

Abstract

The present dissertation intends to perform a critical analysis of the extreme pornography crime, specifically rape pornography, consecrated in the United Kingdom legal system, in order to consider its possible transposition to the Portuguese legal system.

Consequently, we will observe the genesis of the offence, taking into account the social and political context in which it arose, dissecting section 63 of the Criminal Justice and Immigration ACT 2008 in order to study the elements that constitute it.

Afterwards, we will narrow down our study, focusing on the crime of rape pornography, analysing the juridical asset it aims to protect and the criticisms that were made when it was created and applied.

Once the legal framework of the offence is understood, we will focus our attention on the Portuguese legal system, recalling the concepts inherent to the purposes of penal intervention, namely the role of the juridical asset in the process of creation of a new type of crime.

Finally, we will evaluate possible proposals for the introduction of the crime of rape pornography in our juridical order, weaving some of the criticisms that may arise.

Keywords: rape pornography; juridical asset; sexual offences; sexual morality; sexual freedom and self-determination; crimes of abstract danger.

Lista de siglas e abreviaturas

al./als.	alínea(s)
art.	artigo
arts.	artigos
BBFC	<i>British Board of Film Classification</i>
CJCA	<i>Criminal Justice and Courts Act 2015</i>
CJIA	<i>Criminal Justice and Immigration Act</i>
CJIB	<i>Criminal Justice and Immigration Bill</i>
CP	Código Penal
CPS	<i>Crown Prosecution Services</i>
CRP	Constituição da República Portuguesa
n.º	Número
OPA	Obscene Publications Act 1959
p.	página
pp.	páginas
S.	Secção
SOA	<i>Section 70 of the Sexual Offences Act 2003</i>
TIC	Tecnologias de Informação e Comunicação
UK	Reino Unido
v.	versus
vol.	volume

Índice

Introdução	9
Capítulo I – <i>Extreme pornography</i>	10
1. Introdução	10
2. Evolução legislativa	10
3. Noção de <i>extreme pornography</i>	13
3.1 Imagem pornográfica	13
3.2 “Extrema”	14
3.2.1 Ameaça à vida de pessoa ou sério dano no ânus, genitais ou mamas de uma pessoa...	15
3.2.2 Necrofilia e bestialidade	16
3.3 Posse	17
3.4 Imagens excluídas e extraídas	17
4. Defesa face à ofensa criminal	18
Capítulo II – <i>Rape pornography</i> no ordenamento jurídico do Reino Unido	19
1. Evolução legislativa	19
2. Dano cultural enquanto bem jurídico tutelado	20
2.1 Danos materiais ligados à pornografia de violação	21
2.2 Críticas à teoria do dano cultural	22
3. Criminalização da pornografia de violação	22
4. Estrutura do crime de pornografia de violação	23
4.1 Posse: Perpetradores e vítimas	23
4.2 Imagens excluídas	25
Capítulo III – Criminalização da <i>rape pornography</i> no ordenamento jurídico português	28
1. Introdução	28
2. Previsão do crime de pornografia de violação através da criação de uma nova agravação no artigo 177.º	29
2.1 Análise do crime de violação	29
2.2.1 Bem jurídico	29
2.2.2. Tipo legal de crime	30
2.2.3 Formas de agravação	32
2.3 Proposta e análise crítica	33
3. Crime de pornografia de violação autonomizado	36
3.1 Análise do crime de pornografia de menores	36
3.2 Proposta e análise crítica	38

4. Confronto entre propostas	41
Conclusão	44
Bibliografia	46

Introdução

Antes da entrada em vigor do “*Obscene Publications Act 1959*” (OPA) e do “*Criminal Justice and Immigration Act*” (CJIA) 2008, a pornografia, extrema ou não, não era punida no ordenamento jurídico do Reino Unido.

Com a introdução do OPA foi criminalizada a publicação, distribuição ou posse com fins lucrativos de material obsceno. Contudo, este diploma foi alvo de diversas críticas, pelo que no ano de 2008 foi aprovado o CJIA, que consagrou pela primeira vez o crime de *extreme pornography*, criminalizando a posse de imagens consideradas extrema pornografia.

O objetivo era que a ação conjunta dos dois diplomas combatesse a ineficácia do quadro legal existente impulsionado pelas novas tecnologias e quebrasse o ciclo de procura e oferta de extrema pornografia.

No entanto, o CJIA não surtiu o efeito pretendido, apontando-se-lhe como maior crítica o facto de não incluir no escopo punitivo imagens de violação e o facto de ter introduzido um limiar de obscenidade.

Face às críticas, em fevereiro de 2015, o Parlamento Inglês propôs a criminalização da posse de “*rape pornography*”, através da Secção 37 do “*Criminal Justice and Courts Act 2015*”, tendo por base legitimadora o bem jurídico “dano cultural”.

Dito isto, na presente dissertação faremos uma breve excursão pelos fundamentos legitimadores do Direito Penal português, nomeadamente a importância do bem jurídico no processo de criação de um novo crime, com o objetivo de responder à questão de saber se é possível, face às normas fundamentais da nossa ordem jurídica, criminalizar a pornografia de violação, dando duas possíveis propostas de introdução do mesmo e tecendo-lhes as necessárias críticas.

Capítulo I – *Extreme pornography*

1. Introdução

No sentido de compreender a criminalização da *extreme pornography*, iremos analisar os diplomas mais importantes relativos a esta matéria: o “Obscene Publications Act 1959” (OPA), cujo foco corresponde ao lado da oferta do material pornográfico, isto é, pune os agentes que participam no processo de produção, distribuição e posse para fins lucrativos deste material, e o “*Criminal Justice and Immigration Act*” (CJIA) 2008, que estabelece a criminalização da posse de *extreme pornography*, estando direcionado para o lado da procura. Sendo que este último diploma foi aprovado no seguimento do OPA, com o objetivo de suprir a lacuna legal que este previa, de forma a criminalizar todo o ciclo da extrema pornografia.

2. Evolução legislativa

O “*Obscene Publications Act 1959*” (OPA) prevê como ofensa criminal, punida com pena de até 3 anos de prisão, a publicação ou posse, com fins lucrativos, de material obsceno.

Assim, este diploma está direcionado para aqueles que produzem e disseminam materiais obscenos, sendo que a posse destes materiais para fins privados e pessoais não é punida pelo OPA.

Material obsceno, segundo este preceito, é definido como material que, se tomado no todo, tem tendência para perverter e corromper pessoas¹.

O foco deste diploma é, assim, a depravação e corrupção das pessoas, assinalando o carácter moralista do diploma. Não há qualquer exigência de demonstração do efetivo dano causado (exceto dano moral causado, presumidamente, ao consumidor), nem qualquer tipo de aclaração sobre que tipo de conteúdo produzirá este efeito danoso.

O guia do CPS (*Crown Prosecution Services*)² afirma que é impossível definir todos os tipos de atividades suscetíveis de acusação. No entanto, faz uma listagem das atividades mais comuns, como: atos sexuais e abusos que envolvam menores, incesto, sodomia envolvendo animais, violação, drogas, flagelação, tortura com uso de instrumentos, *bondage*, desmembração ou mutilação gráfica, canibalismo, atividades envolvendo perversão ou degradação (como ingerir urina ou espalhar excrementos no corpo de outra pessoa).

¹ OPA s.1. 1959.

² Cf. <https://www.cps.gov.uk/prosecution-guidance>.

O OPA foi alvo de múltiplas críticas, sendo de assinalar as três mais importantes³.

Primeiramente, afirmava-se que a ofensa em si era demasiado “opaca”. Isto é, ninguém sabia ao certo o que constituía material obsceno. Apenas uma decisão do “jury” declararia com certeza sobre a natureza do material, isto é, se passava no teste de obscenidade⁴, sendo que, em recentes anos, o número de julgamentos sobre estes casos foi reduzido drasticamente. Um exemplo da existência de fundamentação para esta crítica são os casos mediáticos R v. Walker (2009) e R v. Peacock (2012)⁵.

A segunda grande crítica relativa a esta legislação prende-se com o conteúdo do material obsceno em causa, que incluirá tanto pornografia extremamente violenta e misoginia, como material que retrata atividades perfeitamente normais e legais.

Assim, não há qualquer *ratio* por detrás da abordagem do que constitui material obsceno, sendo que os argumentos para que se inclua certos materiais advêm apenas de uma noção de ofensa e repugnância.

Um estudo levado a cabo por Susan Edwards⁶ mostrou que, para além de materiais que mostram atos ilegais e extremamente violentos, a acusação por obscenidades estava a ser feita em relação a atos completamente legais e tipicamente inofensivos⁷.

Por fim, a última crítica prende-se com o facto de a legislação relativa a obscenidade ser inspirada e sustentada numa ideia conservadora e convencional do que deverá ser a atividade sexual apropriada.

O âmbito e propósito do OPA têm sido constantemente debatidos. Devido às transformações sociais e ideais de sexualidade e às sucessivas alterações normativas, muitos autores consideram que o diploma é antiquado e irrelevante⁸.

Consequentemente, no ano de 2005, o Governo inglês recomendou uma proposta autónoma tendo por base o aumento da preocupação pública com a disponibilidade de *extreme pornography*, particularmente focada em atos de violência sexual contra mulheres, tendo como especial impulsionador o homicídio de cariz sexual de Jane Longhurst⁹.

As propostas originais para proibir a posse de *extreme pornography* destinavam-se a colmatar uma lacuna na legislação existente¹⁰.

³ McGlynn & Rackley, 2009.

⁴ Cabia ao jury decidir se certa imagem ou texto é capaz de corromper o visualizador.

⁵ Cf. <https://www.theguardian.com/law/2012/jan/07/obscene-publications-act-future-doubt>.

⁶ Edwards, 2018.

⁷ A autora deu como exemplo “fisting”.

⁸ Walters & Attwood, 2013.

⁹ Longhurst foi assassinada por Graham Coutts através de asfixia erótica. O homicida admitiu ter uma adição por pornografia e visualizava pornografia violenta com temas de estrangulação, violação e necrofilia. Coutts tinha feito download de imagens cujo conteúdo se prendia com mulheres mortas e estranguladas no dia antes de assassinar Longhurst.

¹⁰ Home Office, Consultation (n 15) [35]. <https://www.gov.uk/government/consultations/strengthening-the-law-enforcement-response-to-serious-and-organised-crime/consultation-document-accessible>.

Deste modo, o material que se visava criminalizar com a introdução do CJIA, a sua produção e disseminação já era ilegal segundo o OPA de 1959. Ao criminalizar a posse pretendeu-se seguir a abordagem tomada em relação às leis sobre imagens de abuso de crianças.

A infração visava responder à ineficácia do quadro legal existente que, devido aos avanços tecnológicos, não era suscetível de fazer um controlo eficaz de certas categorias de imagens pornográficas, que são produzidas fora do Reino Unido, mas adquiridas por utilizadores da Internet em Inglaterra e no País de Gales.

Esta proposta tinha como principais objetivos: a quebra do ciclo de procura e oferta de extrema pornografia; a mitigação do interesse neste material, uma vez que é considerado como fator de encorajamento ou reforço no interesse em atividades sexuais violentas e aberrantes; o desejo de proteger a sociedade e aqueles envolvidos no processo de criação de material pornográfico que contenha violência, crueldade ou degradação; o último objetivo consistia na transmissão da mensagem de que a extrema pornografia é condenável pela sociedade britânica¹¹.

Tem-se argumentado que não é fácil apoiar a introdução de um delito de posse, uma vez que permitiria a acusação de muitos que estão expostos ao material através da Internet. Esperava-se, contudo, que ao desencorajar o interesse pelo material em questão, a produção fosse interrompida e, portanto, ao quebrar o ciclo da procura e da oferta, o risco de os membros da sociedade serem expostos ao mesmo seria eliminado. Se o diploma atingisse o seu intuito, iria travar a aquisição de tais materiais pelos consumidores, ou qualquer outro tipo de posse, e conseqüentemente diminuir a produção deste tipo de material, transmitindo a mensagem de que a violência na pornografia é criminalizada.

Relativamente à justificação de proteção da sociedade, levanta-se a questão de saber se esse material cria danos ao moldar as atitudes e o interesse dos indivíduos em comportamentos sexuais aberrantes, questão esta que será analisada no capítulo *infra*.

Assim, em maio de 2008, o “*Criminal Justice and Immigration Act*” (CJIA) recebeu *Royal Assent*¹², tendo sido considerado uma mudança radical em relação ao anterior regime. Contudo continuou a usar termos antiquados como “disgust” e “obscenity”.

Apesar das ambições e objetivos do Governo com a criação do crime de *extreme pornography*, muitos autores afirmam que, quando a legislação foi adotada, esta ficou aquém da meta almejada, tendo diferido bastante da proposta original de 2005, da

¹¹ Morgan, 2012.

¹² Verifica-se quando o “Rei concorda formalmente em transformar o projeto de lei num Ato do Parlamento” (lei). <https://www.parliament.uk/about/how/laws/passage-bill/lords/lrds-royal-assent/>.

“amended version” de 2006 e da “*Criminal Justice and Immigration Bill*” (CJIB), proposta ao Parlamento em 2007.

Discursos conservadores, moralistas e de repugnância e preocupações com a liberdade de expressão dominaram o debate, evitando em grande medida objetivos de assegurar a igualdade e reduzir a violência contra as mulheres. As alterações à legislação proposta limitaram o seu âmbito, não incluindo, por exemplo, imagens de violação, e introduziram um limiar de obscenidade que mudou a base da legislação, confundindo e complicando o âmbito da lei¹³.

3. Noção de *extreme pornography*

Este crime está previsto na secção 63 do CJIA e determina que é uma ofensa a posse de uma imagem pornográfica extrema¹⁴.

Assim, no entender deste diploma, para que determinada conduta seja alvo de criminalização, tem de conter três componentes chave: imagem pornográfica, extrema e posse.

3.1 Imagem pornográfica

Uma imagem é aquela que está “em movimento ou imóvel”, ou sob a forma de dados capazes de serem convertidos em tal forma¹⁵, incorporando qualquer tipo de dados, incluindo os armazenados eletronicamente (como num disco de computador), capazes de serem convertidos em imagem. Isto abrange material disponível em computadores, telemóveis ou qualquer outro dispositivo eletrónico¹⁶. A imagem deve também ser “explícita e realista”¹⁷.

Considera-se uma imagem pornográfica se for razoável assumir que foi produzida, somente ou principalmente, com o propósito de excitação sexual. No processo de determinação é necessário tomar em consideração o contexto e narrativa em que a imagem se insere.

Na versão original, o carácter pornográfico da imagem baseava-se na intenção de quem a produziu. Contudo, o Governo alterou esta previsão, passando a ter como requisito que seja razoável assumir que o material tenha sido produzido com o propósito de excitação sexual. Esta alteração teve como *ratio* a dificuldade de averiguação da real intenção do produtor.

¹³ McGlynn, 2019.

¹⁴ CJIA S. 63 (1).

¹⁵ CJIA S. 63 (8), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/4/notes/contents>.

¹⁶ Explanatory Notes to Criminal Justice and Immigration Act, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/4/notes/contents>.

¹⁷ CJIA S. 63 (7), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/4/notes/contents>.

Assim, o “Jury”¹⁸ ou magistrado, aquando da averiguação do carácter da imagem, irá tomar em consideração, para além da intenção do produtor, o contexto geral do material, a natureza e forma de publicação, entre outros fatores.

O lado negativo deste método é a discrepância entre “juries” sobre o que é considerado uma imagem pornográfica.

3.2 “Extrema”

Uma imagem pornográfica somente será considerada “extrema” se preencher cumulativamente as seguintes condições: ser extremamente ofensiva, nojenta ou de carácter obsceno¹⁹.

Esta previsão foi adicionada na fase final do processo parlamentar face às críticas e foi considerada pelo parlamento como a mais importante alteração às propostas iniciais²⁰.

Esta cláusula tinha como objetivo a clarificação do nexó entre a ofensa formulada no CJIA e no OPA, garantindo que apenas o material que seria criminalizado pelo OPA o seria igualmente pelo novo Act²¹. Até à inclusão desta cláusula, apesar de o Governo já ter demonstrado esta vontade, não havia nenhuma ligação explícita a assegurar esta união.

Apesar das largas críticas feitas ao OPA já mencionadas, o CJIA continuou a usar a terminologia “carácter obsceno”, perdendo a oportunidade de mudar de uma abordagem baseada em nomenclatura de “disgust and offence-based” para uma terminologia baseada no dano²². A realidade é que estes termos são altamente subjetivos e vagos.

Assim, “disgust” é um termo inadequado para basear uma ofensa, tal como afirma Martha Nussbaum²³, considerando que o foco deveria ser em material danoso e não repugnante²⁴.

Para além de preencher os critérios supra estabelecidos, para ser considerada uma imagem extrema, tem de retratar de forma explícita e realista uma das seguintes condutas: a) ato que ameace a vida de uma pessoa; b) ato de que resulte, ou possa resultar sério dano no ânus, genitais ou mamas de uma pessoa; c) ato com o corpo de pessoa falecida (necrofilia); d) ato sexual, coito, sexo oral com animal; e) ato não consensual de penetração vaginal, anal ou oral usando pénis ou outras partes do corpo.

¹⁸ Definição de Jury – <https://www.law.cornell.edu/wex/jury>

¹⁹ CJIA S. 63 (4)m (5).

²⁰ Lord Hunt *apud* McGlynn & Rackley, 2009, p. 7.

²¹ Lord Hunt *apud* McGlynn & Rackley, 2009, p. 7.

²² McGlynn & Rackley, 2009.

²³ Bussbaum, 2004.

²⁴ McGlynn & Rackley, 2009.

Para que a imagem seja incluída nesta ofensa é necessário que o visualizador razoável tenha razões para crer que a pessoa ou animal em questão são reais, sendo que representações artísticas, ainda que consideradas pornográficas e obscenas, são improváveis de ser consideradas extrema pornografia.

Na determinação de conteúdos como *extreme pornography*, em princípio, não será admitida prova pericial, tendo essa classificação de ser feita pelos magistrados ou pelo “*jury*”.

3.2.1 Ameaça à vida de pessoa ou sério dano no ânus, genitais ou mamas de uma pessoa

Na *Consultation* de 2005²⁵ o Governo inglês fez várias propostas no sentido de combater “*serious violence in a sexual context*”, assim como “*serious sexual violence*”²⁶. Contudo, as críticas a estas propostas eram inúmeras, sendo a mais importante a falta de precisão.

Como tal, em 2006, o Governo fez alterações às suas propostas numa tentativa de melhor esclarecer o escopo desta ofensa.

Assim, o preceito que previa dano sério, debilitante e possivelmente fatal²⁷ alterou o seu conteúdo para imagens que retratassem atos que fossem considerados como possivelmente ameaçadores da vida humana em causa (contendo, por exemplo, temas de sufocação, decapitação ou enforcamento), ou atos que resultasse ou de que pudesse resultar sério dano (como a utilização e inserção de objetos afiados) no ânus, mamas e genitais, tendo sido eliminada a expressão “debilitante”²⁸.

Deste modo, apesar de a intenção dos intervenientes nestas atividades não ser a de colocar em risco a vida de outros ou a própria vida, essas imagens serão muitas vezes consideradas ameaçadoras da vida, uma vez que desses atos, efetivamente, pode ocorrer sério dano ou, até, resultar a morte.

O conceito de dano sério continuou sem uma definição precisa. Ainda assim, uma conclusão se impõe: apenas é dano sério se infligido no ânus, mamas e genitais, já não o sendo se for em qualquer outra parte do corpo.

Consequentemente, critica-se esta previsão por se referir apenas a certas partes do corpo humano, sendo que esta especificidade poderá conduzir a resultados algo ridículos, em que certas imagens são consideradas em detrimento de outras sendo que a

²⁵ Home office, *Consultation: On the Possession of Extreme Pornographic materials* (2005).

²⁶ Home office, *Consultation: On the Possession of Extreme Pornographic materials* (2005).

²⁷ Life-threatening and serious, disabling injury”,

²⁸ “Life-threatening images or those resulting (or likely to result) in serious (but no longer disabling) injury to the anus, breasts and genitals”.

única diferença é a parte do corpo em que ocorreu a lesão e não a natureza da imagem tendo em conta o contexto, narrativa, dano e impacto.

3.2.2 Necrofilia e bestialidade

Como foi suprarreferido, houve várias críticas e debates sobre os atos causadores de morte ou sério dano. No entanto, prestou-se pouca atenção às previsões relativas à necrofilia e bestialidade. Tal pode justificar-se pelo facto de o número de pessoas e imagens afetados ser pouco significativo.

A previsão relativa à necrofilia e bestialidade inclui atos que, por si, não são ilegais.

Relativamente à necrofilia, a Secção 70 do “*Sexual Offences Act 2003*” (SOA) mencionava a “penetração sexual de cadáver humano”. Por seu turno, a CJIA alarga este escopo incluindo qualquer “interferência sexual com cadáver humano”.

Em relação à bestialidade, o Act criminaliza a posse de material pornográfico que retrate relações sexuais ou sexo oral com animais (vivos ou mortos). Deste modo, vai mais longe que o SOA, que prescreve apenas penetração com pênis na vagina ou ânus de animal ou por animal vivo²⁹.

Ora, afirmar que é legal realizar atos sexuais com cadáveres ou animais, mas ilegal ver imagens da realização desses atos é algo que se pode configurar como algo estranho. É de criticar esta discrepância entre diplomas; o SOA deveria ter sido alterado, ou a legislação relativa à extrema pornografia deveria ter ido no sentido do SOA. Ora, a intenção do Governo parece ter sido a de que o diploma abrangesse o máximo de material pornográfico relativo a atos de necrofilia e bestialidade.

Na opinião de Clare McGlynn e Erica Rackley, os atos sexuais com animais podem ser vistos como repugnantes e considerados degradantes ou pervertidos por algumas pessoas, mas isto por si só não deveria ser suficiente para criminalizar a posse de tais imagens. Pode haver uma questão de crueldade animal, mas, na opinião das autoras, esta não deveria ser tratada pelas leis da pornografia.

Para além disso, afirmam que se o objetivo das novas medidas se justificar com base numa preocupação com a violência sexual, então nem sempre é claro que as disposições de bestialidade se enquadrem neste paradigma³⁰.

3.3 Posse

A secção 63 do CJIA é única, na medida em que criminaliza a posse de várias categorias de material pornográfico. A razão para visar a posse foi que, embora a

²⁹ SOA S. 69.

³⁰ McGlynn & Rackley, 2009.

produção e distribuição destas imagens seja proibida pelo OPA, esta lei não se aplica a conteúdos produzidos e alojados em sítios Web fora de Inglaterra e do País de Gales. A criminalização da posse foi assim enquadrada como o encerramento de uma lacuna legal criada pelo desenvolvimento da tecnologia da Internet.

No entanto, devido ao desenvolvimento das TIC, a tarefa de determinar se um indivíduo se encontra na posse deste material tornou-se extremamente árdua. O ponto base para a resposta a esta questão é saber qual a extensão da custódia e controlo que o indivíduo tem em relação ao material.

Consideramos que a posse deve ser analisada no caso concreto e tendo em conta o contexto e motivações do agente.

3.4 Imagens excluídas e extraídas

Relativamente às imagens excluídas, a secção 64 determinou que os filmes classificados pelo *British Board of Film Classification* (BBFC) se enquadravam nestas exclusões. Tal significa que, por exemplo, imagens de necrofilia expostas num filme classificado não serão qualificadas com pornografia extrema.

Isto acontecerá porque, ao ser classificado, o filme é analisado pelo BBFC, que determina se, pela natureza das imagens e pelo contexto em que se inserem, não tem natureza pornográfica ou contrária aos diplomas legais.

Relativamente a imagens extraídas, poderão cair no escopo da medida se a imagem de um filme classificado tiver sido extraída com um propósito pornográfico.

Saber se a imagem é ou não de carácter pornográfico será determinado através da análise do contexto em que esta aparece. Deste modo, muitos filmes classificados contêm imagens relativas a temas de necrofilia, bestialidade, entre outros, mas devido ao facto de ser um filme classificado não caberá no âmbito da legislação relativa à pornografia extrema. Não obstante, quando um excerto é extraído do filme e, particularmente, quando é junto a outros excertos com o mesmo conteúdo, a exceção não se aplicará e poderá cair sob o escopo do CJIA se se entender que o conjunto de imagens foi produzido com o intuito de excitação sexual. A realidade é que, sem contexto, certas imagens tornam-se ambíguas.

A saga “Cinquenta sombras de Grey” ganhou grande popularidade, retratando práticas de BDSM. A aceitação, pela maioria, destes livros é justificada pela possível abertura da sociedade inglesa à experimentação sexual³¹; a saga, ao mesmo tempo que menciona estes temas, salvaguarda os valores *mainstream* relativos ao sexo e sexualidade³².

³¹ Channel 4, 2013.

³² Downing, 2013.

4. Defesa face à ofensa criminal

A defesa desta nova ofensa é igual à aplicada em relação às imagens de abuso de crianças³³.

Assim, o CJIA s. 65 (2) estabelece-se como defesa: (a) que a pessoa tenha uma razão legítima para estar na posse dessas imagens; (b) que a pessoa não tenha visto as imagens e não tenha conhecimento, nem tivesse causas para suspeitar que seriam imagens de pornografia extrema; (c) que a pessoa (i) tenha recebido as imagens sem as ter solicitado; (ii) não tenha guardado as imagens por tempo pouco razoável.

O conceito de razão legítima para a posse de tais imagens foi criado para a proteção das forças policiais e magistrados enquanto cumprem os seus deveres profissionais.

Foi acrescentada uma nova defesa, abrangendo “participação em atos consensuais”. Esta defesa aplica-se quando o arguido participou nos atos descritos (excluindo imagens de bestialidade) e esses atos não envolveram a inflicção de qualquer “dano não consensual a qualquer pessoa” e que as imagens não sejam, de facto, um cadáver real.

³³ Criminal Justice Act 1988 s. 160 (2), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/33/contents>.

Capítulo II – *Rape pornography* no ordenamento jurídico do Reino Unido

1. Evolução legislativa

Como já foi referido, o CJIA de 2008 foi alvo de bastantes críticas, tendo sido considerado, por um lado, demasiado inclusivo, criminalizando a posse de imagens que representam condutas que se podem reputar dentro dos trâmites da lei¹ e, por outro, demasiado restritivo, uma vez que se propôs criminalizar todas as formas de representação de violência sexual, o que na realidade não se verificou.

Na sequência da promulgação do CJIA, Clare McGlynn e Erika Rackley (2009) publicaram uma crítica detalhada, centrada no seu fracasso em incluir representações pornográficas de violação. Argumentaram que tais imagens deveriam ser incluídas no âmbito da infração e delinearão uma fundamentação para a sua inclusão no termo “dano cultural”².

Simultaneamente, foi lançada uma campanha pela *Rape Crisis London* e *The End Violence Against Women Coalition*, que procurou “colmatar a lacuna da pornografia de violação”³. A 7 de junho de 2013, a Rape Crisis London escreveu uma carta aberta ao Primeiro-Ministro, destacando que a infração existente que criminaliza a posse de pornografia extrema deveria ser alargada para abranger representações de violação, incluindo atos sexuais “não consensuais” reais e simulados que envolvam penetração, uma vez que estas imagens promovem o abuso sexual de mulheres e raparigas.

O Governo citou explicitamente a influência do trabalho de Clare McGlynn e Erika Rackley na sua decisão de alargar a ofensa, e o *Joint Committee on Human Rights*, declarando que o dano cultural da pornografia extrema constitui uma forte justificação para uma ação legislativa.

Destarte, em fevereiro de 2015, o Parlamento Inglês propôs a criminalização da posse de *rape pornography* através da Secção 37 do *Criminal Justice and Courts Act 2015* (CJCA), alargando a já existente ofensa prevista no CJIA de 2008, de forma a incluir na definição de *extreme pornography*, imagens de violação e outras formas de penetração não consentida.

Segundo o *Joint Committee of Human Rights*, a base desta nova proposta era o “reforço dos direitos humanos”, e a criminalização da pornografia de violação era

¹ Com é o exemplo da *bondage*, dominação, sadismo e masoquismo consensuais (BDSM).

² Dano indireto que consiste no contributo da pornografia de violação para um clima em que a violência sexual não é levada a sério e em que ela pode ser encorajada ou legitimada.

³ House of Commons 5078, 7 January 2016.

justificada com base no dano cultural, abandonando os conceitos de repugnância e obscenidade⁴.

2. Dano cultural enquanto bem jurídico tutelado

Como suprarreferido, a teoria central de McGlynn e Rackley sobre o dano cultural afirma que a *rape pornography* normaliza a violência sexual⁵.

A utilização do conceito de dano cultural como fundamento para a criminalização da posse de *rape pornography* requer a aceitação da alegação de que esta é uma categoria distinta de material pornográfico que contribui de forma suficientemente significativa e prejudicial para o clima cultural para justificar a sua criminalização.

Assim, o fundamento principal dos defensores da extensão do CJIA para abranger imagens de violação reside no facto de normalizar a violência sexual através da retratação da *rape pornography* como geradora de excitação sexual, não causadora de dano sério, prazerosa e uma forma legítima de expressão sexual⁶.

No entendimento de Garner e Elvines⁷, uma das formas pela qual a pornografia de violação legitima a violência sexual é apresentando a violação como uma forma de entretenimento, o que minimiza a gravidade da violência sexual.

Não obstante, Feona Attwood e Clarissa Smith⁸ levantam duas críticas à asserção de que toda *extreme pornography* valoriza necessariamente a atividade sexual de penetração não consentida.

Em primeiro lugar, assume que os textos têm significados únicos e, em segundo lugar, ignora o papel da fantasia no próprio visualizador.

A *rape pornography* é apenas um de vários artefactos culturais que influenciam os pontos de vista sobre sexo e violência sexual e está aberta a interpretação, sendo o processo de criação de significado moldado pelo contexto, nomeadamente a estrutura social e a hierarquia de poder em que o texto é produzido e consumido.

Contudo, apesar de um texto ser suscetível de interpretação, encontra-se sempre circunscrito, sendo algumas interpretações mais plausíveis do que outras. Se aceitarmos que os indivíduos interpretam, utilizam e são afetados pela *rape pornography* de várias maneiras, então temos de aceitar que, para uma porção considerável dos visualizadores, a sua leitura das imagens alojadas em redes de *rape pornography* corresponde à ideia de que “a violação é sexy”.

⁴ Report: Legislative Scrutiny: (1) Criminal Justice and Courts Bill and (2) Deregulation Bill (11 June 2014) para. 1.41, 1.43, 1.50.

⁵ McGlynn, 2009.

⁶ Palmer, 2018.

⁷ Garner & Elvines, 2014.

⁸ Attwood & Smith, 2010.

As autoras destacam, igualmente, o papel que a fantasia comporta no consumo da pornografia.

Assim, podemos concluir que os visualizadores interagem com o texto de forma diferenciada, retirando diversas interações. Não obstante, não podemos retirar do facto que o texto, em si, contribui para esse processo de interpretação.

De acordo com a tese do dano cultural, a criminalização é justificada não apenas por a *rape pornography* enviar imagens não desejáveis, mas, igualmente, porque a absorção destas imagens pelo ambiente cultural pode facilitar vários danos materiais.

2.1 Danos materiais ligados à *rape pornography*

A alegação de que a *rape pornography* normaliza a ideia de violação não significa que a visualização deste material incite diretamente os indivíduos a cometer o crime de violação.

A tese do dano cultural não se baseia num modelo de “texto – efeito”⁹. Esta relação é mais complexa. Em vez de os textos influenciarem autónoma e diretamente o comportamento dos visualizadores, o que acontece é que o texto contribui para o clima cultural que molda as preferências sexuais dos indivíduos e remove barreiras à prática de violações.

A pornografia tem sido considerada por muitos como um instrumento para explorar e desenvolver a subjetividade sexual e resistir às expectativas sexuais normativas.

Por conseguinte, não se pode negar que a pornografia pode também influenciar alguns desenvolvimentos problemáticos nas preferências sexuais individuais, tais como um sentido de direito ao corpo dos outros ou um desejo de infligir dor.

Assim, o argumento base desta proposta é que a proliferação e a tolerância da *rape pornography* permite aos presumíveis violadores acreditarem que os seus desejos são amplamente partilhados e que não serão julgados ou sancionados se cometerem uma agressão sexual.

No entanto, uma abordagem do dano cultural não se limita a considerar a influência da pornografia de violação em potenciais violadores. O argumento do dano cultural não é simplesmente o de que a pornografia de violação encoraja os indivíduos a cometerem violações, mas sim que exacerba o dano das vítimas e facilita a prática de violação, tornando mais difícil a censura e punição.

Uma outra forma de como a *rape pornography* legitima a violência sexual é através da reificação do género e dos papéis sexuais, na medida em que influencia os consumidores sobre o comportamento sexual masculino e feminino apropriado.

⁹ Palmer, 2018.

Especificamente, ao retratar a coerção sexual das mulheres pelos homens, fornece um modelo de como os homens se podem relacionar com as mulheres num contexto sexual. A violência sexual contra as mulheres é assim apresentada como aceitável, ou porque elas gostam dela, ou porque elas e os seus desejos simplesmente não contam.

2.2 Críticas à teoria do dano cultural

As críticas à criminalização da *rape pornography* centraram-se principalmente na falta de provas de que esta causa danos¹⁰. Não obstante, como suprarreferido, algum material pornográfico de violação é culturalmente prejudicial.

A preocupação deve recair na forma como esse dano deve ser tratado, especificamente se a criminalização da posse é uma resposta apropriada. Paradoxalmente, algumas das reivindicações mais convincentes da tese do dano cultural minam os argumentos a favor de uma intervenção criminal.

Em primeiro lugar, os danos culturais são cumulativos por natureza. Os textos e imagens, individualmente, não conduzem diretamente ao dano, mas a proliferação de imagens semelhantes tem um efeito combinado de normalizar determinados comportamentos e formas de ser sexual. A repetição sistemática de temas, tais como o perpetrador masculino e a configuração de vítima feminina, aponta para desigualdades a um nível estrutural.

Em segundo lugar, a tese do dano cultural identifica a *rape pornography* como um entre qualquer número de fatores que normalizam a violência sexual. Assim, é necessária uma justificação para que este fator seja criminalizado, mas não outros.

3. Criminalização da *rape pornography*

O crime de posse de *rape pornography*, previsto na S. 63 (7A e 7B) do CJIA, estabelece que “uma imagem [se enquadra] nesta subsecção se retratar, de uma forma explícita e realista, um acto que envolva a penetração não consensual da vagina, do ânus ou da boca de uma pessoa por outra com o pénis da outra pessoa, ou um acto que envolva a penetração sexual não consensual da vagina ou do ânus de uma pessoa por outra com uma parte do corpo da outra pessoa ou qualquer outra coisa, e uma pessoa razoável, olhando para a imagem, pensaria que as pessoas eram reais”.

Ora, este preceito foi adicionado à referida secção pelo *Criminal Justice and Courts Act 2015*, tendo apenas ampliado a listagem de atos considerados extremos, sendo que

¹⁰ Attwood & Smith, 2010.

os pressupostos para que o crime de pornografia extrema se encontre verificado continuam a ser os mesmos previstos no CJIA de 2008, *supra* enunciados.

3.1 Estrutura do crime de *rape pornography*

A lei designa várias categorias de *extreme pornography* por referência aos atos específicos descritos. Assim, em vez de visar todos os materiais pornográficos que possam sexualizar a subordinação, identificaram inequivocamente um subconjunto – a *rape pornography*.

A abordagem por categorias funciona através da utilização de uma categoria relativamente clara como *proxy* para uma categoria mais complexa. Aqui, “imagens pornográficas de violação e agressão por penetração” representa a categoria “materiais que são culturalmente prejudiciais porque normalizam a violência sexual”.

A categoria relevante de imagens pornográficas extremas é definida na s. 63 (7A) da CJIA. Uma imagem é abrangida por esta subsecção se retratar, de uma forma explícita e realista, qualquer uma das seguintes: a) um ato que envolva a penetração não-consensual da vagina, ânus ou boca de uma pessoa por outra com o pênis da outra pessoa, ou, (b) um ato que envolva a penetração sexual não-consensual da vagina ou ânus de uma pessoa por outra com uma parte do corpo da outra pessoa ou qualquer outra coisa, e uma pessoa razoável que olhasse para a imagem pensaria que as pessoas eram reais.

A operacionalização desta categoria requer, portanto, que se analise se a imagem é explícita, se os atos físicos representados se enquadram nos acima especificados (ou seja, se se trata de penetração sexual consentida), e se as pessoas parecem ser reais.

3.2 Posse

Uma forma de se poder dizer que a posse de *rape pornography* é uma forma de conduta culturalmente prejudicial é alegar que os possuidores se expõem a material nocivo e, ao fazê-lo, deixam-se influenciar pelos seus temas.

Esta forma de compreender a erroneidade da posse, como Alex Dymock¹¹ observa, faz parte de uma tendência mais ampla de criminalização da perigosidade. De facto, McGlynn e Rackley¹² reconhecem abertamente que a ofensa visa o risco de dano.

Para que isto se justifique, é necessário que o risco de dano seja de um tipo e nível de severidade que justifique a criminalização caso se concretize, e que exista uma ligação suficientemente estreita entre a atividade a criminalizar e o dano arriscado, envolvendo-se nessa atividade¹³.

¹¹ Dymock, 2018.

¹² McGlynn, 2009.

¹³ Palmer, 2018.

A posse de *rape pornography* não cumpre estas duas condições. De acordo com a tese do dano cultural, o risco associado à posse de *rape pornography* é que fomenta um conjunto de atitudes perturbadoras sobre sexo e violência sexual, e que estas atitudes possam manifestar-se em condutas que são prejudiciais. Contudo, manter estas atitudes não é, por si só, um crime, nem o é expressá-las ou agir sobre elas da forma descrita. Se estas atitudes e comportamentos não são dignos de criminalização, ou seja, não atingem o limiar de ser suficientemente prejudiciais, não é apropriado punir uma pessoa que apenas se expõe ao risco de desenvolver tais atitudes.

Contudo, a tese do dano cultural, noutra vertente, determina que estas atitudes e comportamentos encorajados pela *rape pornography*, por sua vez, levam à ocorrência de mais violações e agressões sexuais.

Isto satisfaz o primeiro critério: a violação e a agressão sexual são claramente danos de um tipo e severidade que, *prima facie*, justificam a criminalização. Mas aqui o segundo critério não é cumprido.

O nexos entre a posse de *rape pornography* e a comissão de violação (pelo possuidor ou por um terceiro) não é suficientemente forte para justificar a punição do possuidor com base no risco de este contribuir para a proliferação do crime de violação na sociedade – não existe essa ligação direta.

A natureza difusa e indireta da relação entre a *rape pornography* e os incidentes de violação é central para o conceito de dano cultural e é precisamente o que a distingue da muito contestada alegação de que a visualização de pornografia leva diretamente os indivíduos a cometer violações. No entanto, o afastamento desta relação entre a conduta e o dano potencial relevante torna a criminalização uma resposta inadequada.

Criminalizar a posse com base no risco também levanta questões: quem é o autor deste risco e quem é a vítima? Dymock¹⁴ argumenta que a localização do risco de dano cultural dentro de consumidores individuais específicos de pornografia através da criminalização está em tensão com o enquadramento do dano cultural como um problema sistémico.

Identifica uma lógica de desvio subjacente à construção dos espectadores como excecional e, portanto, perigosa. Ao mesmo tempo, uma importante vertente do discurso anti pornografia de violação foca-se nos próprios consumidores, especificamente crianças e adultos vulneráveis.

Destarte, Palmer¹⁵ afirma que a preocupação com a criminalização da posse, então, não significa que não haja nenhum dano a ser tratado, pelo contrário.

¹⁴ Dymock *apud* Palmer, 2018.

¹⁵ Palmer, 2018.

A própria natureza do dano cultural significa que existe um nexo insuficientemente forte entre a conduta individual e a manifestação do dano que justifique a criminalização.

Além disso, existe o risco de criminalizar algumas das vítimas de danos culturais. Tal como a natureza difusa dos danos culturais torna difícil identificar indivíduos como especificamente responsáveis por esses danos, também apresenta desafios para identificar formas específicas de meios ou categorias de conteúdos que são excepcionalmente prejudiciais.

3.3 Imagens excluídas

Como já foi explorado no capítulo anterior, a infração em questão não proíbe representações de violação em todas as formas de meios de comunicação, aplica-se apenas a imagens pornográficas.

A tese do dano cultural não fornece uma justificação para estas inconsistências. Além disso, existem potenciais consequências negativas de se destacarem imagens pornográficas.

Uma das principais forças da tese do dano cultural é o reconhecimento de que as atitudes e práticas sociais são moldadas por uma vasta gama de meios de comunicação e outros artefactos culturais e pela interação entre eles.

No entanto, a Secção 63 destaca especificamente as imagens pornográficas, implicando que a sua contribuição para os danos culturais é, de alguma forma, única. Isto implica que a pornografia é uma entre várias formas de meios de comunicação que transmitem mensagens culturalmente prejudiciais sobre os papéis e a sexualidade do género.

Palmer¹⁶ dá o exemplo da popular série “*How I Met Your Mother*”. Muitas das piadas do programa giram em torno das táticas utilizadas pelo personagem Barney Stinson para persuadir as mulheres a terem sexo com ele. Estas incluem abordar mulheres que estão fortemente alcoolizadas (de tal forma que a sua capacidade de consentir pode estar comprometida), levando a cabo numerosos e elaborados esquemas, incluindo mentir sobre o seu género, alegar que “fazer sexo com ele era a única forma de salvar o mundo”, ou mudar de identidade, fingindo ser, por exemplo, Barack Obama Junior ou Ryan Goslin, qualquer dos quais anularia o consentimento para efeitos de uma acusação de violação na lei inglesa.

A ideia de que estas ações poderiam constituir agressão sexual nunca é explorada dentro do espetáculo. As ações de Barney são apresentadas como uma fonte de comédia tanto para as personagens como para o público. Entretanto, estas mulheres

¹⁶ Palmer, 2018.

são apresentadas como “bimbas” que receberam o que mereciam.

Outro exemplo recente é o filme “365 dias”m que explora a narrativa de Laura, que embarca numa viagem a Sicília. Conhece Massimo, um membro da máfia siciliana, que a rapta e lhe dá 365 dias para se apaixonar por ele. Uma das cenas descreve Laura presa numa cama por correntes e, apesar de Massimo não lhe tocar, expressa que, se desejasse, fazia o que quisesse com ela. Esta é apenas uma das cenas que retrata este género de interações. O filme termina com Laura a apaixonar-se por Massimo, parecendo minimizar o papel do rapto e dos abusos a que esta foi submetida.

Estes exemplos servem para ilustrar que as imagens que legitimam a violação, utilizando-a como forma de entretenimento, minimizando os seus danos e dificultando o reconhecimento da violência sexual como tal, não são exclusivos da pornografia.

Assim, coloca-se-nos a questão de saber o motivo pelo qual as representações pornográficas de violação devem ser tratadas como excepcionais.

Uma distinção óbvia entre o primeiro exemplo exposto e a *rape pornography* é que a primeira não retrata a atividade sexual em si, apenas personagens que a discutem, e não é explícita.

Coloca-se em causa se as imagens explícitas são necessariamente mais nocivas. O foco específico em materiais concebidos para a excitação sexual faz sentido dentro de um quadro de danos diretos, o que teoriza que a visualização de pornografia de violação condiciona os homens a serem sexualmente excitados pela violação e, portanto, torna mais provável que cometam violação.

Uma razão alternativa para o enfoque específico na pornografia poderia ser que enquanto a *rape pornography* representa esmagadoramente a violação de formas que banalizam e/ou promovem a violência sexual, as representações de violação noutros meios de comunicação social são mais variadas.

A violação no cinema e na televisão em geral varia desde retratos sensíveis do trauma da violência sexual e da resistência das vítimas, até à sua utilização como pouco mais do que um dispositivo de enredo tentador.

Pelo contrário, se a pornografia é, por definição, produzida para fins de excitação sexual, então as representações pornográficas de violação devem invariavelmente retratar a violação como excitante. Poder-se-ia, portanto, argumentar que toda a *rape pornography* transmite mensagens que são culturalmente prejudiciais, enquanto apenas algumas representações não pornográficas de violação o fazem.

Tal afirmação é difícil de conciliar com uma literatura que, como discutido acima, reconhece a heterogeneidade das representações pornográficas de sexo não consensual, tentando distinguir imagens BDSM de *rape pornography*.

Dado que o quadro de dano cultural não fornece uma base para distinguir as

representações pornográficas das não pornográficas de violação, poderia argumentar-se que todas as representações culturalmente nocivas de violação deveriam ser criminalizadas, e não apenas aquelas que são pornográficas.

Uma tal infração seria potencialmente muito abrangente, e seria pouco provável que atraísse a vasta coligação de apoio que foi mobilizada por detrás da criminalização da pornografia de violação.

Além disso, como explicado na secção anterior, haveria ainda um nexo insuficientemente estreito entre a posse de materiais culturalmente nocivos e a manifestação do tipo de danos que justificariam a criminalização.

Esta alteração relativa à *rape pornography* procura resolver este problema utilizando um conjunto de critérios sobre o tipo de material (explícito, pornográfico, imagens) e o seu conteúdo (violação ou assalto por penetração) como substitutos para identificar material culturalmente nocivo.

No entanto, destacar as imagens pornográficas não é uma forma eficaz de o fazer. Despreza muito material igualmente nocivo e implica que o desvio sexual, e não a desigualdade e a misoginia, são a raiz do problema.

Destacar imagens de violação e agressão por penetração ignora de forma semelhante outros materiais culturalmente nocivos e corre o risco de perpetuar estereótipos sobre o aspeto de uma “violação real”.

Capítulo III – Criminalização da pornografia de violação no ordenamento Jurídico Português

1. Introdução

O Direito é uma área que necessita de acompanhar as mudanças operadas a nível social de forma a proceder à renovação dos seus ditames, tendo em conta o desenvolvimento da conduta humana ao longo dos tempos.

O rápido avanço tecnológico tem produzido efeitos sensíveis nas mais variadas esferas, tanto positivos como negativos, tendo surgido novas formas de prática de crimes. Neste contexto, devem ser debatidos os modos como serão aplicadas novas técnicas de combate à criminalidade e a possível criação de novos modelos de regulação.

Chegados a este ponto, e feita a decomposição do crime de *extreme pornography*, em específico, a vertente da *rape pornography*, previsto no ordenamento jurídico do Reino Unido, coloca-se a questão de saber se é possível e se se justifica a criminalização no ordenamento jurídico português da pornografia extrema, mormente, da pornografia de violação.

Ora, para conseguirmos responder a esta questão há que ter em conta o conceito de bem jurídico enquanto alicerce do Direito Penal, sendo que uma conduta não poderá ser criminalizada se não for lesiva de um bem jurídico merecedor de dignidade penal.

Numa tentativa de encontrar solução para estas questões surgiram diversas teorias do crime: teoria positivista-legalista, teoria positivista-sociológica, moral (ético)-social. A teoria que atualmente é merecedora de concordância é a teoria teleológica – funcional e racional – de Figueiredo Dias¹⁷.

Como foi afirmado nos capítulos *supra* da presente dissertação, o bem jurídico que se visa tutelar com a criminalização da *extreme pornography* é o dano cultural enquanto tipo de dano que se manifesta na normalização de atitudes consideradas negativas, no caso específico da violação, na violência sexual.

Trata-se de um bem jurídico de carácter coletivo que se associa, portanto, aos sentimentos de uma moral sexual coletiva, revelando um carácter moralista e, como tal, não pode ser usado como bem jurídico fundamental para a criminalização de uma conduta, uma vez que no ordenamento jurídico português há uma falta de legitimidade para tutelar criminalmente a moral.

Para além disso, o crime de *extreme pornography* é composto por vários

¹⁷ Figueiredo Dias, 2003.

normativos distintos, pelo que, para que seja possível a sua criminalização no ordenamento jurídico, será necessária uma decomposição do crime tal como ele está previsto no ordenamento jurídico inglês.

Na presente dissertação, devido à complexidade do tema e da restrição de espaço, iremos focar-nos apenas nos últimos dois pontos, isto é, na criminalização da pornografia da violação.

Assim, na nossa ótica, apresentam-se duas possíveis hipóteses, nenhuma delas isenta de críticas: a criação de uma nova agravação no artigo 177.º do CP a partir do crime de violação, e a autonomização de um novo tipo legal de crime.

2. Previsão do crime de pornografia de violação através da criação de uma nova agravação no artigo 177.º do CP

2.1 Análise do crime de violação

Primeiramente, temos de analisar as nuances do crime de violação no ordenamento jurídico português.

Atualmente, o crime de violação encontra-se plasmado na secção I (crimes contra a liberdade sexual) do capítulo V (dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual do Título I (crimes contra as pessoas) do Livro II (Parte Especial), tendo consagração no artigo 164.º do Código Penal.

2.2.1 Bem jurídico

Nas palavras de Conceição Cunha¹⁸, “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”.

O Código Penal de 1995 alterou substancialmente a inserção dos crimes sexuais no Código Penal, que se repercutiu essencialmente na alteração do bem jurídico protegido nos crimes em causa.

Passou a tutelar um bem jurídico individual, assente na liberdade e autodeterminação sexual dos indivíduos, como parte integrante do direito geral da personalidade, decorrente da eminente dignidade humana¹⁹, em detrimento da tutela da honestidade e bons costumes ligados aos sentimentos de uma moral sexual coletiva.

Destarte, o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual, tendo consagração constitucional nos artigos 25.º e 26.º da CRP.

Como afirma Teresa Beleza, prende-se, no caso dos adultos, com a liberdade de

¹⁸ Cunha, 2017, p. 347.

¹⁹ Figueiredo Dias, 2012, p. 712.

se relacionar sexualmente ou não e com quem e, no caso das crianças/ adolescentes, com a “liberdade de crescer na relativa inocência até à adolescência até se atingir a idade da razão para aí se poder exercer plenamente aquela liberdade”.²⁰

Assim, importa referir que a liberdade sexual é protegida na sua vertente positiva, ou seja, no direito atribuído a cada sujeito de “dispor livremente da sua sexualidade e exercê-la (...) sempre sem prejuízo dos direitos de terceiros”, de acordo com Carmo Dias²¹; e, na sua vertente negativa, que segundo Ana Alfaiate constitui o “direito de cada sujeito a não suportar de outrem qualquer tipo de intromissão por meio de atos para os quais não tenha manifestado concordância”²², seja esta física ou moral.

2.2.2. Tipo legal de crime

Por força das diversas alterações legislativas que visaram acompanhar as transformações sociais, o autor e a vítima do crime de violação podem ser uma pessoa de qualquer género e idade. Assim, a vítima deste crime pode não ser necessariamente uma pessoa em fase adulta, mas também um menor²³.

A violação é um crime de dano cujo “tipo objetivo consiste no constrangimento da vítima a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, um ou mais atos sexuais de especial relevo: cópula, coito anal, coito oral²⁴, introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”²⁵⁻²⁶.

A atual redação do art. 164.º do CP, operada pela Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro, introduziu importantes alterações relativamente ao crime de violação, nomeadamente a reordenação do tipo legal.

Na redação de 2015 previa-se, no n.º 1 do art. 164.º, o crime de violação enquanto crime de execução vinculada, sendo meios de constrangimento típicos a violência, a ameaça grave ou a colocação da vítima na impossibilidade de resistir. Já no n.º 2 do mesmo preceito, por seu turno, encontrava-se previsto o crime de violação como crime de execução livre, prevendo-se, pois, a possibilidade de a vítima ser constrangida mediante qualquer outro meio de coação não previsto no n.º anterior.

²⁰ Beleza, 1996, p. 11.

²¹ Dias, 2008, p. 5.

²² Alfaiate, 2009, p. 86.

²³ Nos casos em que a vítima é menor, a pena prevista para o crime de violação em particular, é agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo se a vítima for menor de 16 anos e agravada em metade se for menor de 14 anos, de acordo com os n.ºs 6 e 7 do art. 177.º.

²⁴ Com as sucessivas alterações no sentido do alargamento da norma foi se equiparando a cópula ao coito anal, que consiste na penetração do ânus pelo pénis e posteriormente o coito oral, que consiste na penetração da boca pelo pénis.

²⁵ Trata-se da conduta punível mais recentemente (revisão de 2007) consistindo na penetração na vagina (não na vulva) ou no ânus de uma qualquer parte do corpo (um dedo, os lábios, a língua...) ou de um qualquer objeto, possua ele (pénis artificial, vibrador...) ou não (pau, ferro, fruto...) conotação sexual.

²⁶ Albuquerque, 2015, p. 654.

Foi então com a Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro, que se procedeu a uma inversão da ordem destes dois tipos legais. Pelo que o crime previsto no n.º 1 passou a ser um crime de execução livre e o previsto no n.º 2 um crime de execução vinculada, ao prever o constrangimento através de meios específicos: “violência, ameaça grave, depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir”.

No entender de Teresa Beza, a maneira como o preceito se encontrava redigido sugeria, antes da alteração imposta pela Lei n.º 101/2019, que a verdadeira violação era a conseguida por meio de violência ou ameaça, sendo que, se outra forma de conseguimento tivesse lugar, tratar-se-ia de um caso atenuado²⁷.

No nosso entendimento, esta alteração foi meritória, uma vez que o n.º 2 não deveria ser entendido como uma forma atenuante do crime de violação, mas sim qualificada, pelos meios empregados. Neste sentido afirma Pedro Caeiro, ao estabelecer que “o tipo fundamental de ambas as infrações consiste no constrangimento através de qualquer meio, sendo o emprego de violência ou ameaça grave uma qualificativa do ilícito (um tipo qualificado), que merece uma punição mais pesada”²⁸.

Outra alteração introduzida pelo diploma supramencionado verifica-se no n.º 3 do preceito, tratando-se de uma tentativa da definição de “constranger”, estabelecendo o seguinte: “entende-se como constrangimento qualquer meio, não previsto no número anterior, empregue para a prática dos atos nas respetivas alíneas a) e b) contra a vontade cognoscível da vítima”.

A conduta típica “constranger” traduz-se num ato de coação (constranger outra pessoa a adotar um determinado comportamento: praticar uma ação, omitir determinada ação, ou suportar uma ação), dirigido à prática, ativa ou passiva, de um ato sexual de relevo. No n.º 2 a coação é especializada através da sua finalidade, tendo de existir entre ela e o ato sexual uma relação meio/fim.

Neste caso, o agente constrange a vítima a sofrer ou a praticar ato sexual de relevo, também ele especializado, através das condutas de “violência”, “ameaça grave” e “tornar a vítima inconsciente ou pô-la na impossibilidade de resistir”.

Conceição Cunha²⁹ defende a existência de três teses diferentes. Aquela que exige uma verdadeira luta entre o agente e a vítima. Uma intermédia em que não se exige luta, mas os meios utilizados pelo agente devem ser idóneos a vencer a resistência da vítima³⁰. Por fim, uma mais liberal, que aceita que o dissentimento por parte da

²⁷ Beza, 2016, p. 24.

²⁸ Caeiro, 2019, p. 12.

²⁹ Cunha, 2016.

³⁰ Cunha, 2016, pp. 137 e 138.

vítima é suficiente para, no caso de o agente avançar, o tipo legal se encontrar preenchido.

A última tese é a que merece a nossa concordância, uma vez que compreende a vítima e o seu estado físico e emocional perante a agressão.

Quanto ao meio típico ameaça³¹ grave, não se pode tratar de uma “simples” ameaça, esta deve revestir-se de uma certa gravidade. A ameaça íntegra, ela própria, um tipo de ilícito, plasmado no artigo 153.º do Código Penal. Taipa de Carvalho³² aponta três características essenciais do conceito de ameaça: “mal”, “futuro”, “cuja ocorrência dependa da vontade do agente”. Acrescenta ainda que o mal tanto pode ser de natureza pessoal, como patrimonial e que este mal tem de ser futuro. Por fim, aponta o autor, a concretização futura do mal deve depender, ou pelo menos parecer depender, da vontade do agente.

2.2.3 Formas de agravação

O crime de violação prevê no seu n.º 1 a pena de 3 a 10 anos de prisão e, no seu n.º 2, a pena de 1 a 6 anos de prisão. Penas estas que podem ser agravadas, nos termos do artigo 177.º do CP, em um terço ou em metade dos seus limites mínimo e máximo, consoante o caso concreto.

A agravação da pena no valor de um terço nos seus limites mínimo e máximo acontece nos casos de existir relação de parentesco entre a vítima e o agente, nos casos de relações de dependência, no caso de o agente ser portador de doença sexualmente transmissível, no caso de participação e no caso de a vítima ser menor de 16 anos.

Por sua vez, agravam em metade os seus limites mínimo e máximo os casos em que, dos comportamentos descritos no artigo 164.º do CP, resulte gravidez, ofensa à integridade física grave, transmissão de agente patogénico que crie perigo para a vida, suicídio ou morte. Nestes casos, é imprescindível a existência de um nexo de causalidade entre o comportamento do agente e a produção de, pelo menos, um destes resultados.

Segundo a Autora Maria João Antunes, têm então de verificar-se três requisitos cumulativos: a prática dolosa do crime fundamental, a produção do resultado pelo menos a título de negligência e a imputação objetiva do resultado ao agente.

Segundo o n.º 7 deste normativo, “o concurso de circunstâncias agravantes previstas no artigo 177.º rege-se por um princípio de exasperação, de acordo com o qual a circunstância mais forte (ou seja, a que mais eleva o limite máximo da moldura)

³¹ A ameaça pode ser dirigida diretamente à vítima ou pode ser dirigida a um terceiro, quando este seja uma pessoa próxima e a lesão dos seus bens jurídicos afete a própria vítima.

³² Taipa de Carvalho, 2012, p. 555.

prefere às demais, funcionando as restantes na determinação concreta da pena. O concurso de circunstâncias agravantes previstas no artigo 177.º e de circunstâncias previstas noutros artigos rege-se pelo regime da acumulação entre estas e, posteriormente, pelo regime da exasperação”³³.

2.3 Proposta e análise crítica

Tendo em conta o *supra* exposto, chegamos à conclusão de que o ordenamento jurídico português consagra o crime de violação no artigo 164.º do CP, tendo a sua criminalização partido de uma necessidade de tutelar o bem jurídico liberdade sexual enquanto “direito de cada um de não suportar de outrem a realização de atos de natureza sexual, contra a sua vontade, qualquer que seja a forma que eles revistam”³⁴ e, na aceção inversa, trata-se da “livre disposição do sexo e do corpo para fins sexuais, ou seja, consiste na possibilidade que cada um tem de fazer as suas opções no domínio da sua sexualidade”³⁵.

Ora, o artigo 199.º, n.º 2 do CP prevê o crime de gravações e fotografias ilícitas, punindo quem fotografar ou filmar outra pessoa contra vontade, ou utilizar fotografias ou filmes. Posto isto, o bem jurídico protegido por esta norma consiste no direito de imagem enquanto manifestação da nossa personalidade, sobre a qual devemos ter o domínio possível, tendo por fonte de legitimidade constitucional o artigo 79.º da CRP³⁶.

Destarte, tendo em conta que o Código Penal já atribui dignidade pessoal a estas normas e bem jurídicos que os fundamentam, não nos parece descabida a introdução de um novo agravamento aquando de uma conduta que englobe um ato que se enquadre, simultaneamente, no crime de violação presente no artigo 164.º CP e no crime de gravação e fotografias ilícitas consagrado no artigo 199.º, n.º 2 do CP.

Imaginemos a seguinte situação: A, mulher de 20 anos, deslocava-se de um bar até à sua morada quando B e C, homens de 31 e 33 anos, respetivamente, a intersetaram, tendo B tentado convencer A a acompanhar os dois ao Motel onde permaneciam.

A recusou o pedido, tendo continuado o seu trajeto, de forma a afastar-se de B e C.

Seguidamente, B e C seguiram a mesma até à porta do seu prédio. Nesse local, B agarrou A, tendo levantado a sua saia e introduzido os seus dedos nos genitais de A apesar dos gritos de socorro de A e das tentativas de fuga da mesma.

³³ Albuquerque, 2015, p. 708.

³⁴ Natscheradetz, 1985, pp. 151-142.

³⁵ Ferreira Leite, 2004, p. 26.

³⁶ Albuquerque, 2015, p. 708.

Simultaneamente, C pegou no seu telemóvel começando a gravar os acontecimentos. Passados cerca de 5 minutos, C entregou o telemóvel a B, tendo o mesmo continuado a gravar enquanto C introduzia o seu pénis na boca de A, onde ejaculou. Ambos saíram do prédio, deixando a vítima no chão da entrada do edifício em choque e em estado de pânico.

Ora, no caso, ambos os agressores cometeram o crime de violação, tendo B, através da sua conduta, constrangido A a praticar atos de introdução vaginal com partes do corpo (dedos) e tendo C constrangido A a praticar consigo coito oral, preenchendo respetivamente o previsto na alínea b) e na alínea a) do n.º 1 do artigo 164.º do CP, punível com pena de prisão de um a seis anos.

Concomitantemente, praticaram o crime de gravações e fotografias ilícitas, tendo filmado outra pessoa contra a sua vontade, como prevê a alínea a) do n.º 2 do artigo 199.º do CP, punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias.

Ora, atualmente, para proceder à punição da conduta dos agentes, teríamos de nos socorrer do concurso de crimes, como previsto no artigo 30.º do Código Penal.

O problema do concurso em direito penal traduz-se em duas questões fulcrais: no começo, a de saber se um sujeito cometeu um ou mais crimes; depois, caso tenha praticado vários, a de estabelecer como deverá ser sancionado³⁷.

Dentro do concurso efetivo de crimes encontramos o concurso ideal e o concurso real.

O chamado, tradicionalmente, concurso ideal, correspondendo à forma de aparecimento do crime na qual a conduta do agente preenche, com uma só ação, várias normas incriminadoras (ou várias vezes a mesma), sempre que estas não se encontrem entre si em relação tal que uma delas afaste a outra ou as outras³⁸.

Pela circunstância da unidade de ação, diferencia-se do concurso real, onde à pluralidade de normas violadas (ou de violações da mesma norma) corresponde uma atividade igualmente plural do agente.

Do concurso efetivo de infrações distingue-se o concurso aparente ou impuro, em que a conduta do agente apenas formalmente preenche vários tipos legais, mas por via da interpretação das normas conclui-se que, por vezes, essa conduta é exclusiva e totalmente absorvida por um só tipo, de modo tal que todos os demais devem ceder. Há um feixe de normas legais em convergência, em concordância, de tal modo que em consequência de uma conexão entre elas, a aplicação de uma norma importa a exclusão de aplicação de outra, na observância das regras da especialidade, da consumpção, da

³⁷ Monteiro, 2013.

³⁸ Correia, 1996, p. 17.

subsidiariedade e do facto ulterior não punível, pois os diversos crimes podem mostrar-se conexions por essas diversificadas relações entre si³⁹.

No caso em apreço, em que temos um crime de violação em que, simultaneamente, gravaram os acontecimentos e, conseqüentemente, se preenche o crime de gravações e fotografias ilícitas, temos de concluir que se verifica um concurso de crimes efetivo, uma vez que os agentes violaram uma pluralidade de normas (artigos 164.º e 199.º do CP), a que corresponde uma atividade plural do agente (a violação de A e a gravação da sua conduta).

Em alternativa a esta estrutura de punição, propomos a introdução no artigo 177.º de um número 7, estabelecendo a agravação da pena prevista para o crime de violação (artigo 164.º CP) em um terço, nos seus limites mínimos e máximos, se o crime de violação for acompanhado pela gravação ou fotografia da vítima aquando da prática da conduta ilícita ou nos momentos imediatamente posteriores.

Esta introdução permitirá a tutela do bem jurídico da liberdade sexual e, simultaneamente, do direito à imagem e dignidade da pessoa humana.

Posto isto, os bens jurídicos tutelados com esta criminalização são embutidos de dignidade penal, sendo valores que o ordenamento jurídico tutela e com consagração constitucional.

Contudo, esta proposta comporta três grandes críticas, na nossa opinião: a impossibilidade de criminalizar a pornografia de violação simulada, e a impossibilidade de criminalizar a conduta do agente que participe no processo de produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição ou cedência do material pornográfico, e, ainda, a impossibilidade de criminalizar o agente que, intencionalmente, adquira, detenha, aceda a, ou obtenha o material pornográfico supramencionado.

Isto geraria uma lacuna legal no sentido em que, apesar de proteger o bem jurídico liberdade sexual e outros direitos eminentemente pessoais, não acautela o bem jurídico coletivo.

Protege a vítima no caso específico, mas não trava o problema na raiz, uma vez que continuarão a existir e a circular na internet imagens de pornografia de violação. Nomeadamente de pornografia simulada, em que não houve efetivamente a prática de um crime violação, uma vez que o indivíduo consentiu em participar na atividade sexual.

Não irá punir, idênticamente, as pessoas que participam no processo de produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição ou cedência do material pornográfico, uma vez que não participaram diretamente na conduta que

³⁹ ACSTJ de 22-09-2004.

consubstancia o ato de violação. Pelo que, se outrem violar uma pessoa e enviar o material pornográfico para ser distribuído, por exemplo, num site pornográfico, não será punido.

Assim, continuará a existir a transmissão de valores nocivos que podem levar à normalização da violência sexual e a moldar os desejos e impulsos sexuais dos visualizadores e, de alguma forma, contribuir para a vitimização de mais pessoas, especialmente mulheres, criando, na nossa opinião, um ciclo de violência sexual. Para além disso, não se travam as redes de pornografia, que lucram mediante o aproveitamento de abuso sexuais.

Neste sentido, coloca-se a questão de saber se há outra forma possível de criminalização da pornografia de violação que preveja todas as hipóteses e tutele os bens jurídicos feridos.

3. Crime de pornografia de violação autonomizado

O artigo 176.º do CP consagra o crime de pornografia de menores, tendo visado a tutela de bens jurídicos iminentemente pessoais, como a liberdade e autodeterminação sexual, assim como bens jurídicos supra individuais, tratando-se de uma solução neo-criminalizadora com o objetivo de combater as redes pedófilas dedicadas à exploração sexual de crianças.

Questionamos se há a possibilidade de criminalizar a pornografia de violação através da criação de um novo tipo legal que tenha por base os bens jurídicos tutelados pelo crime de pornografia de menores e a sua estrutura, uma vez que, apesar das críticas, já foi introduzido no ordenamento jurídico português e, como tal, passou pelos crivos constitucionais, considerando-se que o bem jurídico em causa é merecedor de dignidade penal.

3.1 Análise do crime de pornografia de menores

Numa perspetiva legal, podemos afirmar que a pornografia de menores consiste no material que, independentemente do seu suporte, representa menores, sejam estes reais, aparentes ou até virtualmente criados, em comportamentos sexualmente explícitos (estão aqui incluídos os menores em atividades sexuais, em exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou das partes púbicas ou em qualquer outro comportamento suscetível de causar estímulo sexual)⁴⁰.

O agente pode ser qualquer pessoa, desde que tenha 16 anos, por força do art. 19.º do CP, que estabelece a inimputabilidade por razão de idade,

⁴⁰ Costa, 2021.

independentemente do seu género ou orientação sexual. A vítima do crime terá de ser menor de 18 anos⁴¹, sendo irrelevante se esta já iniciou ou não a sua vida sexual.

O bem jurídico fundamental tutelado pelo crime de pornografia de menores é a autodeterminação sexual, traduzindo-se na capacidade do titular do bem jurídico de formar uma vontade livre e esclarecida, de poder optar pelos caminhos à sua disposição ou de formar o seu próprio.

Não obstante, este bem jurídico não pode ser tomado de forma completamente desvinculada da noção de liberdade sexual. A liberdade em consentir ou rejeitar a participação em atos sexuais pressupõe, inevitavelmente, a existência da aptidão e de condições para formar uma vontade séria, livre e informada sobre o alcance, significado e natureza de tais práticas, pelo que a autodeterminação sexual é uma concretização da liberdade, neste caso, sexual, do menor⁴².

Há que atentar na distinção entre utilização direta e utilização indireta de menores estabelecida por Tiago Caiado Milheiro e José Mouraz Lopes⁴³.

Na utilização direta é a atividade do agente que coloca o bem jurídico em perigo, além de que há aqui uma relação direta entre o agente e a vítima do crime. É o caso da utilização direta de menores, ou o seu aliciamento, para espetáculo pornográfico, fotografia, filme ou gravações pornográficas, criminalizada nas alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 176.º do CP.

A utilização indireta é constituída pelas condutas das alíneas c) e d) do n.º 1 do art. 176.º do CP. A sua incriminação é orientada por um bem jurídico supraindividual, a infância e a juventude, porque o desencorajamento do crescimento deste mercado tem como finalidade ulterior a proteção da menoridade, tendo as condutas criminalizadas o propósito primário de parar a disseminação de materiais de cariz pornográfico⁴⁴.

Sustenta-se que tais ações “não comportam uma violação direta do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual de um menor”. Inclusive, alguns autores falam numa “criminalização (...) que não pode deixar de ser iluminada por um bem jurídico supra individual diverso do da liberdade e autodeterminação sexual de uma pessoa. Por exemplo, Ana Alfaiate outorga ao art. 176.º do CP a função de tutela da infância e juventude. Para Figueiredo Dias, consiste na “criminalização do comércio de material pornográfico (...) havendo uma tutela demasiado longínqua e indeterminada do livre desenvolvimento sexual do menor”. Destarte, muitas têm sido as vozes que se insurgiram a favor da submissão de alguns destes comportamentos no quadro das proibições contraordenacionais.

⁴¹ O artigo 176.º, n.º 6 prevê uma exceção, estabelecendo a idade da vítima nos 16 anos de idade.

⁴² Alfaiate, 2009, p. 89.

⁴³ Lopes & Milheiro, 2015, p. 191.

⁴⁴ Lopes & Milheiro, 2015, p. 192.

O bem jurídico é, por isso, complexo nestas duas alíneas, tendo ainda como referência o pleno e livre desenvolvimento da personalidade do menor, em particular, na esfera sexual.

3.2 Proposta e análise crítica

Em relação à previsão do crime de pornografia de violação, sustentamos a posição de que este teria de ser um crime semelhante à formulação das alíneas c) e d) do artigo 176.º, na medida em que o que se visa punir são todos os intervenientes do tráfego de pornografia de violação e não o ato de violação em concreto, uma vez que este já tem consagração legal.

Consequentemente, podemos afirmar a possibilidade de prever um crime de pornografia de violação em que as condutas não atentem diretamente os bens jurídicos liberdade e autodeterminação sexual, mas que de forma indireta criem um ciclo de violência sexual e, para além destes bens jurídicos, bens de índole coletiva, como podemos depreender das palavras de Mouraz Lopes e Caiado Milheiro, quando estabelecem que há a possibilidade no ordenamento jurídico de criminalizar condutas que firam bens jurídicos supra individuais distintos da liberdade e autodeterminação sexual⁴⁵.

Deste modo, no nosso entender, o bem jurídico do crime de pornografia de violação será complexo, estando em causa diretamente a criminalização do comércio de material pornográfico lesivo, assim como a liberdade e autodeterminação sexual, na medida em que qualquer conduta que viabilize a circulação de matérias contendo abusos sexuais é uma incessante corrente de violação a estes bens jurídicos, pelo que só garantindo uma proteção a estes comportamentos se logrará atenuar os danos na esfera pessoal das vítimas que decorrem da sua associação ao mercado pornográfico.

Assim, propomos a introdução de um novo artigo, devendo este ser localizado no capítulo V, nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, devendo o mesmo ser introduzido na secção I (crimes contra a liberdade sexual), uma vez que o bem jurídico a tutelar é a liberdade sexual de qualquer indivíduo, independentemente da idade.

A formulação do artigo torna-se complicada na medida em que existem vários bens jurídicos a tutelar e diversas condutas cuja verificação consubstancia o crime, nomeadamente: pessoa que comete o crime de violação e grava os acontecimentos somente com o intuito de autossatisfação; pessoa que comete o crime de violação e grava os acontecimentos somente com o intuito de distribuição enquanto pornografia; pessoa que não participa no crime de violação *per si*, mas faz parte do processo de

⁴⁵ Lopes & Milheiro, 2019, p. 220.

produção, distribuição, exibição ou cedência; pessoa que não comete o crime de violação, nem participa ativamente no processo de criação e distribuição do material pornográfico, mas que o adquire.

Relativamente à primeira hipótese, na nossa opinião, não nos parece que se possa autonomizar esta situação. Destarte, consideramos que o agente deve ser punido mediante o concurso de crimes, nomeadamente, como foi supramencionado, o artigo 164.º, que prevê a violação, e o artigo 199.º, que prevê o crime de gravações e fotografias ilícitas.

Tal será porque, no exemplo prático acima descrito, os bens jurídicos lesados foram a liberdade e autodeterminação sexual, no ato de consumação do crime de violação, e o direito à imagem quando o agente gravou os acontecimentos sem permissão da vítima. Contudo, não tendo o objetivo de disseminar o material pornográfico, não se põem em risco outros bens jurídicos supraindividuais que apenas são feridos quando este material é colocado à disposição dos visualizadores, sendo que, se tal não acontecer, não se pode afirmar que haja efeitos nocivos e se alimente o mercado da pornografia gerador de violência sexual e, como tal, não será considerado pornografia de violação.

Relativamente às seguintes situações propomos que, primeiramente, se crie no n.º 1 um preceito que descreva o tipo de material criminalizado, determinando que uma imagem, vídeo ou qualquer tipo de material pornográfico se enquadra neste artigo se retratar, de uma forma explícita e realista, a conduta prevista no artigo 164.º do CP, nomeadamente o constrangimento de pessoa a praticar com outrem cópula, coito anal ou oral, introdução vaginal, anal ou oral de partes de corpo ou objetos.

Seguidamente, deve criar-se um n.º 2, que preveja as condutas dos agentes e a sua participação e respetiva punição.

Assim, na alínea a), consideramos que se preveja que quem produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio, os materiais previstos no número anterior, seja punido.

Por seu turno, na alínea b), reputamos que se preveja que quem adquira ou detenha os materiais previsto no n.º 1, com o objetivo de distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder os materiais no número anterior, seja punido.

Está a punir-se material que, independentemente do seu suporte, representa atos que preenchem os critérios do art. 164.º do CP, sejam estes reais, aparentes ou até virtualmente criados. Desta forma, assegura-se a punição quer da pornografia de violação real, quer simulada.

A pornografia de violação aparente consiste no material em que se encena um ato de violação, no entanto, o indivíduo deu o seu consentimento para os atos sexuais e gravação dos mesmos. Por seu turno, a pornografia de violação virtual será o resultado

de tecnologia gráfica e imaginação do autor, ou seja, é uma ficção/criação integral ou parcial de imagens que retratam um ato de violação.

Trata-se da criação de um crime de perigo abstrato, baseando-se na ideia de que as factualidades descritas são suscetíveis de lesar o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual. Ou seja, a lei estabelece uma presunção quase *iuris et iure* sobre a idoneidade, segundo as regras da experiência dos comportamentos previstos, para colocar em perigo aquele bem jurídico, dispensando prova.

Seguidamente, propomos que se preveja um n.º 3 para a punição de agentes que, apesar de não terem participado no processo de produção ou distribuição dos materiais, os detenham, punindo quem intencionalmente adquirir, detiver, aceder, obtiver ou facilitar o acesso através de sistema informático ou qualquer outro meio aos materiais referidos no n.º 1.

Esta criminalização pode considerar-se algo controversa, no sentido em que constitui uma antecipação da tutela de bens jurídicos cujo fundamento se baseia na premissa de que a posse de determinados objetos cria um perigo de lesão daqueles.

Costa Andrade expressou, relativamente à mera posse de pornografia de menores, que estamos na presença de comportamentos que “só de forma longínqua e desproporcionada – e, como tais, desprovidos de dignidade penal – se podem ainda associar à proteção da liberdade e autodeterminação sexual”⁴⁶.

Este entendimento pode ser transposto para a posse de pornografia de violação, podendo considerar-se parte do conjunto de tendências reconduzíveis à “expansão do direito penal, a absolutização da eficácia, o retorno à inocuidade, a resolução de problemas processuais através de novos tipos penais, a emergência de um direito penal do inimigo e a própria autoproteção do Estado”⁴⁷.

A realidade é que a posse deste material por um indivíduo não é, *per si*, lesiva ao direito de liberdade e autodeterminação sexual, sendo que o dano é consumado no momento da produção e distribuição do material pornográfico. Podendo, deste modo, afirmar-se que um direito penal fundado no princípio da culpa não pode ser conivente com a punição de condutas que só fomentarão a indústria pornográfica quando massificadas.

Não obstante, na nossa opinião, os consumidores, apesar de não serem parte ativa na máquina da pornografia de violação, tiram proveito da mesma, mesmo que não seja económico, e são os principais impulsionadores desta economia. Nas palavras de Ferreira Leite, “é porque existe quem esteja disposto a pagar para consumir material pornográfico (...) que surgem verdadeiras associações especializadas na produção e

⁴⁶ Costa Andrade, 2009, p. 34.

⁴⁷ Albergaria & Lima, 2010, p. 198.

distribuição de tal material”⁴⁸, pelo que a criminalização da posse pode levar à diminuição exponencial da produção deste material e, conseqüentemente, da violência sexual que este expõe, para além de transmitir a ideia de que estes atos sexuais não são vistos como normais e aliciantes, mas sim nocivos.

Relativamente às situações em que o crime de violação ocorre com o propósito de criação de material pornográfico, isto é, quando as pessoas responsáveis pelo processo de disponibilização do material pornográfico são, igualmente, o agente do crime de violação, coloca-se a questão de saber se fará sentido a punição autónoma destas situações ou se deve haver um concurso entre os crimes de violação e gravações ilícitas.

A conduta do agente considera-se mais gravosa do que as anteriores. Para além de atentar os bens jurídicos liberdade e autodeterminação sexual indiretamente, também o faz diretamente, pelo que a sua punição deve refletir este atentado à ordem axiológica.

Consideramos que, neste caso, deve haver um concurso de crimes. O agente deve ser punido pelo crime de violação (art. 164.º do CP) e pelo crime que neste capítulo propomos.

Esta solução parece ser a mais viável pelo facto de tutelar, por um lado, os bens jurídicos eminentemente pessoais, pelo facto de a vítima ter suportado de outrem a realização de atos de natureza sexual contra a sua vontade e de ter sido privada da possibilidade de fazer as suas opções no domínio da sua sexualidade e, por outro lado, por outros bens jurídicos supraindividuais, ao ter colocado no tráfego material que se considera lesivo da ordem social e instigador da violência sexual.

4. Confronto entre propostas

De tudo o que foi dito resulta que as propostas analisadas expõem pontos a favor e contra a criminalização da pornografia de violação.

A proposta da introdução de um novo agravamento no artigo 177.º do CP traz a vantagem da maior facilidade de conceitualização, justificação e aplicação.

Não requer a introdução de um tipo legal de raiz, nem a discussão dos bens jurídicos a serem tutelados. O que está em causa é a prática de um crime de violação que, por si só, já é punido pelo art. 164.º, com vista a tutelar o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual. Sendo que o agravamento proposto se prende com circunstâncias exteriores à conduta de violência sexual.

No nosso entendimento, não há razão justificativa para que ao ato de gravação do crime de violação não deva corresponder uma agravação na punição do agente, uma vez que há a dupla violação de consentimento. Por um lado, na prática do constrangimento

⁴⁸ Ferreira Leite, 2004, p. 60.

da vítima à prática de atos de cariz sexual, privando-a do seu direito de livre disposição do seu corpo e sexualidade e, por outro, pela utilização da sua imagem sem permissão, tendo ainda em consideração que os atos que estão a ser gravados são um atentado à sua dignidade, não constituindo atos do quotidiano que, já em si, constituem uma violação do direito à imagem, mas uma intromissão na sua esfera íntima, podendo ainda constituir devassa da vida privada.

Não obstante, esta proposta não está isenta de críticas. Consideramos que o facto de só permitir a punição de pornografia de violação real e direta será uma lacuna legal grave.

A criação do crime de pornografia de violação, para além de ter como intuito a tutela dos bens jurídicos liberdade e autodeterminação sexual das vítimas diretas do crime de violação, tem outros propósitos subjacentes, como a mitigação do tráfego do mercado de pornografia que comporta material descritivo de violência sexual.

Apesar desta punição já ser um passo na direção certa, consideramos que não deve ser a meta final, uma vez que vem apenas como apêndice ao crime de violação, sendo deixados em segundo plano os intervenientes da cadeia da pornografia de violação, que produzem e distribuem este material, assim como os indivíduos que o possuem não serão punidos pela sua participação, uma vez que não tiveram um papel ativo no crime de violação.

Assim, esta proposta poderia ser tomada só ou complementada com a introdução de um novo crime autónomo de pornografia de violação.

A criação de um crime sexual totalmente novo não é tarefa fácil, especialmente no que concerne à sua justificação a nível da ordem de valores.

Consideramos que, na teoria, a criação deste crime seria benéfica enquanto trave de suporte para crimes de violência sexual, transmitindo a ideia de que os atos de violação e conexos são alvo de estigma pela sociedade civilizada.

Não obstante, a nossa opinião varia de acordo com a conduta a ser criminalizada. Consideramos justificada a punição dos agentes que participam no processo de produção e distribuição do material pornográfico, uma vez que têm um papel ativo na difusão de conteúdo que se considera lesivo à sociedade.

Contudo, expomos que tal punição não seria nem simples, nem célere, uma vez que a fonte principal da pornografia atualmente é a internet, nomeadamente os sites pornográficos, tornando difícil a identificação dos agentes e a extensão transnacional das redes pornográficas e a facilidade de anonimato conferida pelo ciberespaço.

Relativamente à punição de agentes que, apesar de não serem intervenientes no processo de produção e distribuição do material pornográfico, são possuidores do mesmo, consideramos ser uma questão de grande controvérsia.

Por um lado, sabemos que é devido à procura e visualização deste material que o mercado da pornografia com conteúdos de violência sexual é tão lucrativo, contudo, por outro lado, ao punirmos a visualização deste conteúdo podemos estar a criar uma conduta de censura, em que as pessoas não podem expressar de forma saudável os seus apetites e apetências sexuais sem colocar em risco direitos de terceiros; podemos ainda estar a reprimir minorias sexuais como a comunidade de BDSM e comunidades conexas.

Destarte, não podemos afirmar que, com a elaboração da presente peça, tenhamos obtido todas as respostas relativas à criminalização da pornografia de violação. Contudo, no nosso entender, a punição no ordenamento jurídico português de alguns dos comportamentos enunciados conduziria, certamente, à mitigação da noção de que a violência sexual é algo que deva suscitar excitação sexual, podendo levar à proteção das vítimas, sendo estas especialmente mulheres, mostrando o ato de violação como ele é, e não como uma fantasia considerada sensual. Podendo este gerar um movimento cíclico de diminuição dos crimes de violência sexual em geral.

Conclusão

No princípio desta dissertação propusemo-nos responder à questão da viabilidade da criminalização da *rape pornography* no ordenamento jurídico português.

Na tentativa de solucionar a mesma, explorámos o tipo legal fundamental de *extreme pornography* consagrado na ordem jurídica do Reino Unido. Para tal, analisámos os diplomas relevantes e as transformações político-sociais que estiveram na génese da sua criação, assim como o bem jurídico que se visa tutelar e as condutas que compõem a ofensa.

Posteriormente, fizemos uma análise comparativa entre o direito anglo-saxónico e o direito continental de forma a equacionar a transposição do crime de *rape pornography* para a nossa ordem jurídica.

Consequentemente, realizámos duas propostas de transposição: a introdução de uma nova agravação no artigo 177.º a partir do crime de violação; e a autonomização de um novo tipo legal de crime.

Relativamente à primeira conceção, preconizámos a introdução no artigo 177.º de um n.º 7, estabelecendo a agravação da pena prevista para o crime de violação (artigo 164.º CP) num terço, nos seus limites mínimos e máximos, se o crime de violação for acompanhado pela gravação ou fotografiação da vítima aquando da prática da conduta ilícita ou nos momentos imediatamente posteriores.

Contudo, esta proposta comporta três grandes críticas, na nossa opinião – a impossibilidade de criminalizar a pornografia de violação simulada, a impossibilidade de criminalizar a conduta do agente que participe no processo de produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição ou cedência do material pornográfico e, ainda, o agente que intencionalmente, adquira, detenha, aceda ou obtenha o material pornográfico supramencionado.

No que concerne à segunda proposta, sugerimos que se criasse um n.º 1, que descreva o tipo de material criminalizado, determinando que uma imagem, vídeo ou qualquer tipo de material pornográfico se enquadra neste artigo se retratar, de uma forma explícita e realista, a conduta prevista no artigo 164.º do CP, nomeadamente o constrangimento de pessoa a praticar com outrem cópula, coito anal ou oral, introdução vaginal, anal ou oral de partes de corpo ou objetos.

Relativamente ao n.º 2, considerámos que deve prever as condutas dos agentes e a sua participação e respetiva punição. Na alínea a) considerámos que se preveja que quem produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder a qualquer título ou por qualquer meio, os materiais no número anterior, seja punido. Por seu turno, na alínea b) reputámos que se preveja que quem adquira ou detenha materiais previsto no n.º 1 com

o objetivo de distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, os materiais no número anterior, seja punido.

Por fim, propusemos que se preveja um n.º 3 para a punição de agentes que, apesar de não terem participado no processo de produção ou distribuição dos materiais, os detenham, punindo quem intencionalmente adquirir, detiver, aceder, obtiver ou facilitar o acesso através de sistema informático ou qualquer outro meio aos materiais referidos no n.º 1.

Ora, através deste artigo, conseguir-se-ia criminalizar todo o ciclo de pornografia, desde o lado da oferta, punindo os produtores e distribuidores, ao lado da procura, punindo os consumidores.

Contudo, esta hipótese coloca alguns entraves, nomeadamente no que concerne à criminalização da posse do material pornográfico pelos consumidores.

Destarte, não podemos afirmar que com a elaboração da presente peça tenhamos respondido de forma definitiva à questão colocada.

Contudo, no nosso entender, a punição no ordenamento jurídico português de alguns dos comportamentos enunciados conduziria, certamente, à diminuição da procura deste material, o que poderia gerar um movimento cíclico de mitigação da produção e distribuição e, conseqüentemente, levar ao corte da transmissão da mensagem de que a violência sexual é algo visto como normal na sociedade.

Somos da opinião de que não se deveriam criminalizar todas as condutas simultaneamente, mas fazer uma introdução faseada da ofensa, possivelmente começando pela agravação e analisar os resultados que advêm da mesma.

Bibliografia

- ALBERGARIA, P.S. & MENDES LIMA, P. (2010). O crime de detenção de pseudopornografia infantil – evolução ou involução? *Revista Julgar*, n.º 12, pp. 195-220.
- ALFAIATE, A.R. (2009). *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANDRADE, M.C. (2009). *Bruscamente no verão passado: A reforma do Código do Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ATTWOOD, F. & SMITH, C. (2010). Extreme concern: Regulating “dangerous pictures” in the United Kingdom. *Journal of Law and Society*.
- BELEZA, T.P. (2016). Consent as simple as tea: Notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação. In *Combate à violência do género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*. Universidade Católica Editora.
- CAEIRO, P. (2019). Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica (em apreciação no Grupo de Trabalho – Alterações Legislativas – Crimes de Perseguição e Violência Doméstica da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias. <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleAudicao.aspx?BID=112563>.
- CORREIA, E. (1996). *A teoria do concurso*. Coleção Teses de Doutoramento, Almedina.
- COSTA, F. (2021). Breves considerandos sobre o crime de pornografia de menores. In *Observatório Almedina – de especialistas para especialistas*.
- CUNHA, M.C. (2017). Crimes sexuais contra crianças e adolescentes. *RJLB*, n.º 23.
- DIAS, J.F. (2007). *Direito Penal: Parte Geral I. Questões Fundamentais*, 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- DYMOCK, A. (s.d). The doubling of the offence? ‘Extreme pornography’, murder, and ‘cultural harm’. In BOUKLI & KOTZE (eds). *Zemiology: Reconnecting crime and social harm* (Palgrave Macmillan, forthcoming).
- EASTON, S. (2011). Criminalising the possession of extreme pornography: Sword or shield? *Journal of Criminal Law*, vol. 75, pp. 391-413.
- EDWARDS, S. (2018). *Pornography, the Law, and freedom of speech*.
- FERGUSON, C.J. & HARTLEY, R. (2009). The pleasure is momentary... the expense damnable? The influence of pornography on rape and sexual assault. In *Aggression and violent behavior*.
- FIGUEIREDO DIAS, J. (2012). *Comentário conimbricense do Código Penal*. Tomo I, 2.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- GARNER, M. & ELVINES, F. (2014). The cultural harm of pornographic depictions of rape: Creating a conducive context for violence against women and girls. Rape Crisis South London – Rape & Sexual Abuse Support Centre (rasasc.org.uk).
- GENTRY, C. S. (1991). Pornography and rape: An empirical analysis. *Deviant Behavior*, vol. XII, pp. 277-288. <http://dx.doi.org/10.1080/01639625.1991.9967879>.

- JOHNSON, P. (s.d). Law, morality and disgust: The regulation of 'extreme pornography' in England and Wales. *Social & Legal Studies*, vol. IX, pp. 147-163.
- JONES, S. (2016). 'Extreme' porn? The implications of a label. In *Porn Studies*. Department of Media and Communication Design, Northumbria University. UK. dx.doi.org/10.1080/23268743.2016.1196011.
- LEITE, I.F. (2004). *Pedofilia: Repercussões das novas formas de criminalidade na Teoria Geral da Infracção*. Coimbra: Edições Almedina.
- LOPES, J.M. & MILHEIRO, T.C. (2015). *Crimes sexuais: Análise substantiva e processual*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MCGLYNN, C. & BOWS, H. (2019). Possessing extreme pornography: Policing, prosecutions and the need for reform. *The Journal of Criminal Law*, vol. 83.
- MCGLYNN, C. & RACKLEY, E. (2009). Criminalising extreme pornography: A lost opportunity. *Criminal Law Review*.
- MONTEIRO, L. (2013). Do concurso de crimes ao 'concurso de ilícitos' em direito penal. Tese de doutoramento em Direito apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- MORGAN, J. (2012). Extreme pornography and obscenity legislation. Joyce Durham Essay Contest. *Women's and Gender Studies*, no. 16. https://ecommons.udayton.edu/wgs_essay/16.
- NATSCHERADETZ, K. (1985). *O direito penal sexual: Conteúdo e limites*. Coimbra: Edições Almedina.
- NUSSBAUM, M. (2004). *Hiding from humanity – Disgust, shame and the law*. Princeton University Press.
- PALMER, T. (2018). Rape pornography, cultural harm and criminalization. *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 69, pp. 37-58.
- TAIPA DE CARVALHO, A. (2016). *Direito Penal, Parte Geral: Questões Fundamentais / Teoria Geral do Crime*, 3.^a ed. Porto: Universidade Católica Editora.
- WALTERS, C. & ATTWOOD, F. (2013). Fifty Shades and the law: Regulating sex and sex media in the UK. *Sexualities*, vol. 16, pp. 974-979.
- WOODHOUSE, J. (2016). Briefing paper number 5078, House of Commons. <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/sn05078/>.

Legislação

Código Penal de 1886, <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>.

Constituição da República Portuguesa, <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>.

Criminal Justice and Courts Act 2015, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/2/contents/enacted>.

Criminal Justice and Immigration Act 2008, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/4/contents>.

Criminal Justice and Immigration Bill, <https://bills.parliament.uk/bills/137>.

Criminal Justice Act 1988, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/33/contents>.

Obscene Publications Act 1959, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/7-8/66>.

Section 70 of the Sexual Offences Act 2003, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/notes/division/5/1/56>.

Empréstimos participativos:
Uma verdadeira fonte de financiamento
alternativa ao crédito bancário?

Margarida Rodrigues de Matos

Sob orientação da Professora
Doutora Maria Daniela Farto Baptista Passos

Resumo

A discussão sobre as principais características dos hodiernos instrumentos de capitalização das sociedades comerciais do setor não financeiro, apoiando-se em conceitos e entendimentos de vários quadrantes do nosso ordenamento jurídico, reveste-se de pertinência científica e atualidade. A presente dissertação apresenta como *leitmotiv* a análise, crítica, do Regime Jurídico dos Empréstimos Participativos, em vigor na ordem jurídica nacional, desde 13 de janeiro de 2022, com a aprovação do Decreto-Lei n.º 11/2022, de 12 de janeiro. Para que se possa compreender a *ratio legis* do presente Regime Jurídico, invocar-se-á, brevemente, a razão pela qual as pequenas e médias empresas figuram como as principais entidades visadas, e beneficiadas, com a sua aprovação. A i(nova)ção trazida pelos instrumentos financeiros de quase-capital *in casu* reclama a apresentação e a estruturação de raciocínios encadeados, dotados do desejável nível de clareza. Assim, o presente estudo guiar-se-á pela sistemática legal adotada pelo legislador nacional na construção do Decreto-Lei n.º 11/2022. Uma vez percorrida a estrutura legal do Decreto-Lei *sub judice*, discutir-se-á se a almejada finalidade do Regime Jurídico dos Empréstimos Participativos, *rectius*, se a diversificação do portefólio das fontes de financiamento das sociedades comerciais do setor não financeiro foi alcançada. Caso se conclua pela sua concretização, ver-se-ão abertas as portas do mercado de capitais, possibilitando-se o princípio do fim do elevado grau de dependência das pequenas e médias empresas relativamente ao crédito bancário.

Palavras-chave: Decreto-Lei n.º 11/2022, de 12 de janeiro; regime jurídico dos empréstimos participativos; pequenas e médias empresas; instrumentos financeiros de capitalização; fontes de financiamento alternativas; mercado de capitais; dependência bancária.

Abstract

The discussion about the main characteristics of modern capitalization instruments for commercial companies in the non-financial sector, based on several juridical concepts and understandings, is scientifically relevant and contemporary. This dissertation presents as leitmotiv a critical analysis of the Legal Regime of Participating Loans, in force in the national legal system since January 13th, 2022, with the approval of Decree-Law no. 11/2022, of January 12th. To understand the ratio *legis* of this legal regime, we will briefly discuss why small and medium-sized companies are the main entities targeted and benefited from its approval. The i(nnova)tion brought by quasi-equity financial instruments *in casu* calls for the presentation and structuring of chained reasoning, endowed with the desirable level of clarity. Therefore, this study will be guided by the legal system adopted by the national legislator in the construction of Decree-Law no. 11/2022. Once the legal structure of the Decree-Law sub judice was reviewed and analysed, we will discuss whether the desired purpose of the Legal Regime of the Participating Loans, *rectius*, the diversification of the financing sources portfolio of the commercial companies in the non-financial sector, has been achieved. Reaching such conclusion, we could hypothesize that the opening of the capital market is in view, possibly allowing for a turning point in the degree of bank credit dependence of small and medium-sized companies.

Keywords: Decree-Law no. 11/2022 of 12 January; legal regime of the participating loans; small and medium-sized companies; financial capitalization instruments; alternative financing sources; capital market; bank dependence.

Lista de siglas e abreviaturas

AEVMM	Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados
Al.	Alínea
Art.(s)	Artigo(s)
BP	Banco de Portugal
CC	Código Civil
CCm	Código Comercial
Cfr.	Confrontar
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
Coord.	Coordenação
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CVM	Código dos Valores Mobiliários
DL	Decreto-Lei
MPME	Micro, Pequena e Média Empresa
MUS	Mecanismo Único de Supervisão
N.º	Número
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
Org.	Organizado
P(p).	Página(s)
PME	Pequenas e Médias Empresas
RGICSF	Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras
RGOIC	Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo
RJEP	Regime Jurídico dos Empréstimos Participativos
Ss.	Seguintes
TSE	Tribunal Supremo Espanhol
UE	União Europeia
UMC	União dos Mercados de Capitais

Índice

1. Introdução	6
2. Uma breve incursão pelos antecedentes da regulamentação dos empréstimos participativos	7
2.1 Formas de financiamento alternativas ao crédito bancário	7
3. O Decreto-Lei n.º 11/2022, de 12 de janeiro. Uma breve análise do regime jurídico dos empréstimos participativos	13
3.1. O âmbito de aplicação objetivo: uma definição do objeto (in)compreensível?	13
3.2. O âmbito de aplicação subjetivo	20
3.3. A forma e a contratação	24
3.4. A remuneração e o reembolso: uma questão de gestão de risco	26
3.5. O almejo da construção de uma figura jurídica i(nova)dora	30
5. Conclusão	33
6. Referências bibliográficas	35

1. Introdução

A presente dissertação tem como objetivo primordial proceder a uma breve análise crítica do RJEP, consagrado no DL n.º 11/2022, de 12 de janeiro¹⁻².

A pertinência do estudo que nos propomos a realizar reside, em primeira instância, na intenção de se despoletar, no seio da doutrina e jurisprudência nacionais, a discussão sobre as principais características destes instrumentos de capitalização das sociedades comerciais do setor não financeiro, convocando-se, para o efeito, conceitos e entendimentos de outros quadrantes do nosso ordenamento jurídico já firmados. A este propósito, revelar-se-á de reputada relevância a navegação por outros ordenamentos jurídicos no âmbito dos quais a figura jurídica em estudo não seja, de todo em todo, desconhecida, como é o caso, concretamente, do ordenamento jurídico espanhol.

Assim, conscientes dos desafios que a inserção de qualquer figura jurídica no ordenamento jurídico nacional acarreta, e que, *in casu*, se exacerba pela inovação propiciada, guiar-nos-emos pela estrutura sistemática adotada pelo legislador nacional no supramencionado DL, analisando sempre com maior detalhe as normas cuja interpretação se releve mais sinuosa.

Nesta senda, cremos que, a final, e após se identificar a *ratio legis* da presente iniciativa legislativa, bem como se delinear a arquitetura dos empréstimos participativos, reforçada em certos pontos, mas debilitada em tantos outros, estaremos em condições de ajuizar sobre a finalidade atribuída *ab initio* pelo legislador nacional a estes instrumentos financeiros. No fundo, todos os passos serão dados no sentido de se averiguar se estes empréstimos contribuem verdadeiramente para a diversificação das fontes de financiamento externo, nomeadamente através da facilitação do acesso ao mercado de capitais, e, bem assim, para a diminuição da dependência das sociedades comerciais relativamente ao financiamento bancário, *rectius*, à concessão do tradicional (e oneroso) crédito bancário.

¹ Os artigos ulteriormente referidos sem indicação do diploma legal a que pertencem integram o presente DL.

² Em vigor na ordem jurídica nacional desde 13 de janeiro de 2022.

2. Uma breve incursão pelos antecedentes da regulamentação dos empréstimos participativos

2.1 Formas de financiamento alternativas ao crédito bancário

Como bem sabemos, e retomando as considerações tecidas a título introdutório, a figura jurídica cujos contornos nos propomos analisar surge, essencialmente, da necessidade de

[C]ontinuar a apostar na diversificação das fontes de financiamento das empresas e na redução da sua dependência do financiamento do sistema bancário, com estruturas de capital mais equilibradas, nomeadamente facilitando o acesso das PME ao mercado de capitais³.

Primeiramente, releva evidenciar que a referência às PME⁴ não é, de facto, despicienda. É do conhecimento geral que, em Portugal, proliferam PME. Se não, vejamos. Em 2018, existiam quatrocentas e quarenta e sete mil, seiscentas e sessenta e uma PME, representando estas, à data, 99,7% do universo das empresas portuguesas. De entre estes números, 89% correspondiam a microempresas, 9,2% a pequenas empresas e apenas 1,5% deste universo era constituído por empresas médias. Ademais, é de notar que, no ano de 2017, as PME portuguesas foram responsáveis por 58,1% do volume de negócios e 70,2% da força de trabalho das empresas não financeiras⁵⁻⁶.

Não obstante a importância, em qualquer economia desenvolvida, da proliferação das PME, em setores cruciais, é particularmente relevante realçar o facto de estas apresentarem uma maior vulnerabilidade⁷ a choques exógenos, sobretudo os económicos e sociais, que se agudiza na presença de restrições no acesso ao financiamento externo⁸.

³ Estas necessidades encontram-se expressamente identificadas no Programa do XXII Governo Constitucional, para o quinquênio 2019-2023, p. 157, disponível *in* www.potugal.gov.pt.

⁴ Para estes efeitos, entende-se por PME as empresas que empreguem menos de duzentas e cinquenta pessoas e cujo volume de negócios anual não exceda cinquenta milhões de euros ou cujo balanço anual não exceda quarenta e três milhões de euros. Este conceito, devidamente estabilizado, é o adotado pelo DL n.º 372/2007, de 6 de novembro, que cria a certificação eletrónica do estatuto de MPME e que corresponde, aliás, à definição prevista na Recomendação n.º 2003/361/CE, da Comissão Europeia, de 6 de maio de 2003, disponível *in* <https://eur-lex.europa.eu>.

⁵ De acordo com o Estudo *O financiamento das PME portuguesas: a crise e a recuperação entre 2008 e 2018*, 2022, de Raposo, Custódio & Bonfim, p. 8, no âmbito das iniciativas adotadas pela Fundação Francisco Manuel dos Santos.

⁶ Ressalve-se o facto de a escolha dos anos em apreço se dever à presença de fatores exógenos, anormais, verificada a partir do final do ano de 2019, que, caso fossem por ora considerados, alterariam, irrealisticamente, este cenário.

⁷ A este propósito, *vide* Augusto & Mateus, 2021.

⁸ Aliás, Catarina Serra clarifica as fragilidades destas empresas, designadamente, das micro e pequenas empresas, apontando a dimensão, a forma jurídica, o modelo de governação e, sobretudo, a estrutura de

Conscientes, assim, do impacto causado pelas PME no tecido empresarial português, incompreensíveis se afiguram as dificuldades com que estas se deparam ao terem de transpor todas as (quase inultrapassáveis) barreiras edificadas aquando do acesso ao mercado de capitais⁹⁻¹⁰, após, note-se, não raras vezes, envidarem os seus melhores esforços na obtenção de crédito, indispensável ao custeio do seu crescimento, através de variados investimentos e operações, junto de entidades do setor bancário¹¹.

financiamento das mesmas como as principais características que propiciam e exponenciam a sua vulnerabilidade. Serra, 2022, pp. 452 e 453.

⁹ Como o evidenciam Ryan, O’Toole & McCann, 2014, pp. 495 a 505. No estudo em que se propõem a analisar, designadamente, o (elevado) grau de dependência existente entre as PME e o sistema bancário como limite aos financiamentos externos alternativos, os Autores concluem que as PME são sensíveis, aquando da realização de operações de investimento, à (in)disponibilidade de fundos internos, constituindo-se, assim, o cenário ideal para profusão e ascensão do poder de mercado das instituições bancárias. Por sua vez, esta dependência bancária exacerba a produção dos efeitos do poder de mercado dos bancos sobre as restrições de financiamento. Finalmente, os Autores referem, ainda, que a clara tendência para o aumento dos requisitos de capital e para promoção de uma maior estabilidade bancária, à luz do conjunto de reformas comumente referido como “*Basileia III*”, conduziu à amenização das pressões competitivas no setor da banca e, conseqüentemente, à deterioração do acesso das PME ao financiamento. Como tal, premente será, numa jurisdição como a nossa, a adoção, pelos decisores políticos, de medidas que visem, essencialmente, o desenvolvimento de fontes de financiamento alternativas, não bancárias. Estas considerações em tudo convergem com as palavras proferidas pela Comissão Europeia, através das quais se conclui que “[E]m comparação com outras regiões, as empresas europeias continuam fortemente dependentes dos bancos para o seu financiamento e relativamente menos dos mercados de capitais. Mercados de capitais mais robustos desempenhariam um papel complementar ao dos bancos como fonte de financiamento, e permitiriam: mobilizar mais investimento para todas as empresas, em especial as PME, e para projetos de infraestruturas, atrair mais investimentos estrangeiros para a UE e tornar o sistema financeiro mais estável a diversificar a gama de fontes de financiamento.” Livro Verde da Comissão Europeia para a “Construção de uma União do Mercado de Capitais”, de 18 de fevereiro de 2015, disponível in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0063&from=NL>.

¹⁰ As PME enfrentam, igualmente, sérias dificuldades aquando da tentativa de obtenção de linhas de crédito junto da banca, em resultado da opacidade do ativo que representam. Esta opacidade advém da «(...) liberdade de “construção” da informação contabilística, raramente auditada e não notada (por agências de notação de risco) e com múltiplos esquemas de apresentação de contas», dificultando o seu financiamento. Miguel Neves Matias, 2009, p. 22. Além disso, as PME têm tendência para apresentar os financiamentos bancários anteriormente concedidos como uma espécie de prova da capacidade financeira que possuem para a assunção de financiamentos úteis ao desenvolvimento de novos projetos e investimentos. Peterssen & Rajan, 1994, p. 4. No entanto, essas evidências poderão não assumir a relevância necessária para a obtenção de um financiamento com reduzidas taxas de juros e com garantias menos onerosas. Há, assim, um círculo vicioso, tendo-se de atribuir alternativas à situação de impasse gerada. É neste sentido que a Comissão Europeia também se pronuncia, na Comunicação 2014/C, de 19 de abril, no âmbito da qual apresenta orientações relativas aos auxílios estatais que visam promover os investimentos de financiamento de risco, ao afirmar que no âmbito das dificuldades no acesso ao financiamento, particularmente nas fases iniciais do seu desenvolvimento, “(...) reside um problema de informação assimétrica: as PME, especialmente quando recentes, não conseguem em muitos casos demonstrar aos investidores a sua fiabilidade creditícia nem a solidez dos seus planos de negócios.(...) Assim, independentemente da qualidade dos seus projetos e potenciais de crescimento, essas PME não conseguirão provavelmente aceder ao financiamento, pois não têm um historial comprovado nem dispõem de garantias suficientes. Em resultado desta informação assimétrica, os mercados financeiros empresariais podem deixar de fornecer o capital ou crédito necessário às PME recém-criadas e às PME com elevado potencial de crescimento, resultando numa falha persistente do mercado de capitais que impede que a oferta satisfaça a procura a um preço aceitável para ambas as partes, o que afeta negativamente as perspetivas de crescimento das PME”, disponível in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A52014XC0122%2804%29>.

¹¹ Em Portugal, a adoção e a promoção de novas formas alternativas de concessão de crédito às empresas europeias assume particular relevância, tendo em conta as restrições legais impostas pelo RGICSF às atividades de concessão de crédito a título profissional, derivadas, sobretudo, do princípio da exclusividade, consagrado no art. 8.º do RGICSF. Segundo este princípio, a referida atividade apenas pode ser desenvolvida por entidades autorizadas e reguladas pelo BP.

De facto, o financiamento apresenta-se como um dos maiores problemas das PME¹², figurando, aliás, o crédito bancário rodeado de penosos termos e condições¹³.

Não obstante, são notórias as sinergias geradas pelo poder político e decisor em torno da adoção de medidas e estratégias capazes de minorizar o referido constrangimento, permitindo às PME financiar-se, externamente, através de estruturas alternativas aos empréstimos bancários¹⁴ (que, na língua inglesa, são, habitualmente, designados por *alternative lenders*), entrando-se, como tal, num terreno historicamente reservado aos bancos.

No que toca ao plano europeu, e desde o eclodir da grande crise de 2007 e 2008 como dos avanços da reforma institucional no domínio da União Bancária, nos anos de 2012 a 2014, a Comissão Europeia levou a cabo um ambicioso projeto¹⁵ de construção de um Mercado Único de Capitais, *i.e.*, uma União dos Mercados de Capitais, tendo como *leitmotiv* a criação de um *market based finance* complementar ou alternativo ao *bank based finance*¹⁶. De entre as várias medidas apresentadas para a concretização do referido objetivo, é de se destacar aquela que prevê o fomento

de outros meios de financiamento (vg. através do capital de risco), sobretudo de PMEs e de start ups em momentos de constituição e de lançamento e expansão dos projetos, e constituindo plataformas de negociação (trading venues) específicas para a captação de capital e para a sua negociação (este funding escalator é considerado essencial pela importância das PMEs na economia portuguesa)¹⁷⁻¹⁸.

¹² Como o afirma, expressamente, Coutinho de Abreu, 2017, p. 399.

¹³ Retomando as considerações tecidas na nota de rodapé n.º 10, as PME, por vezes, não conseguem financiar-se através da obtenção de um crédito bancário, sendo que, aquelas que o conseguem, “(...) ficam com os sócios, nas relações com os bancos, em situação similar (mas agravada) à dos sócios das sociedades em nome coletivo e com a gestão fortemente condicionada”. Coutinho de Abreu, 2017, p. 400. Tal traduz-se na necessidade de prestação de fianças ou avales cambiários pelos sócios e, ainda, na aposição de cláusulas de salvaguarda (*covenants*) nos contratos de crédito bancário. *Op. cit.*, p. 401.

¹⁴ A literatura económica evidencia que a falta de acesso a financiamento representa, em geral, um dos maiores constrangimentos enfrentados pelas PME. Vide Cressy & Olofsson, 1996, pp. 179 a 192.

¹⁵ Plano disponível in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0468>.

¹⁶ O desenvolvimento de fontes de financiamento alternativas ou complementares ao financiamento bancário foi reconhecido como uma emergência, também, por diversas instituições internacionais como o Financial Stability Board e o Banco Mundial. Gabriela Figueiredo Dias evidencia, ainda, como o confinamento geral e prolongado determinado pela crise pandémica incrementou o volume da poupança, “(...) poupança [que] continua a ser canalizada sobretudo para depósitos, que respondem ao objetivo de neutralização do risco das aplicações mas [que] se traduzem em formas menos produtivas de aplicação da poupança – (...) para a economia, dado que o volume de poupança aplicada em depósitos chega apenas parcialmente às empresas sob a forma de financiamento, dadas as restrições que o financiamento bancário hoje enfrenta”. Figueiredo Dias, 2021, p. 734. A este propósito *vide* Figura A.154 do *TRV Statistical Annex, ESMA Report on Trends, Risks and Vulnerabilities, 2020*, disponível in <https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma>.

¹⁷ Catarino, 2021, p. 659.

¹⁸ A este propósito é relevante invocar o paralelismo existente entre o MUS e a UMC, através do poder de supervisão direta exercido pela AEVMM. Ademais, é, ainda, de salientar que “(...) a convergência da área bancária com o mercado de capitais pode ajudar os bancos com os problemas causados pelos créditos não

No fundo, este Plano identificou a promoção de organismos de investimento alternativo especializado, como fundos de créditos e de capital de risco, como uma medida adequada e conveniente a uma maior diversificação no domínio da intermediação de crédito e no aumento das oportunidades de financiamento das PME¹⁹.

Assim, o Plano de Ação da Comissão Europeia para a UMC, enquanto plano político, viria a ser apoiado pelas demais instituições constitucionais da União Europeia, conforme expresso na Resolução do Parlamento Europeu de 19 de janeiro de 2016²⁰, no que à implementação e regulamentação fosse necessário fazer para um quadro mais eficiente do mercado de capitais europeu, contribuindo-se para a desejada harmonização regulatória. Desde então, intensificou-se a regulação financeira da União Europeia, havendo uma importante profusão legislativa e normativa²¹. A breve trecho foram, conseqüentemente, materializando-se instrumentos legislativos de implementação e continuidade de iniciativas já tomadas no âmbito da UMC, como é o caso do Regulamento (UE) 2021/523 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de março de 2021, criador do Programa InvestEU²²⁻²³.

produtivos (os denominados NPLs, que têm impacto negativo sobre a rentabilidade dos bancos e a sua capacidade de concessão de crédito)”. Catarino, pp. 671 a 672 e 662, respetivamente. De facto, foi neste momento de reabilitação da saúde económico-financeira da União Europeia que o Comité de Supervisão Bancária de Basileia “(...) implementou um conjunto de medidas para reforçar o sistema financeiro Europeu (o conhecido “Basileia III”), que incluiu a Diretiva 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento (denominada *Capital Requirements Directive*). Esta Diretiva, entre outras medidas, veio impor requisitos de capital que levaram, após a sua implementação, a uma generalizada procura de desalavancagem pelas instituições de crédito europeias”. Marques & Lago, 2021, p. 642.

¹⁹ Aliás, como bem o evidencia o Plano, na Secção 1.4, ao referir que se “trata (...) potencialmente de uma importante fonte de crédito não bancário no futuro”.

²⁰ Disponível in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0006_PT.html.

²¹ Talvez uma das mais relevantes da última década. Sobre o fenómeno regulatório que, a certo momento, se abateu sobre a União Europeia, vide Catarino & Peixe, 2016, pp. 120 a 233.

²² Uma vez mais, pode ler-se no preâmbulo do referido Regulamento que “[N]a União, as PME dependem em grande medida dos bancos e do financiamento da dívida sob a forma de descobertos e empréstimos bancários ou de locação financeira. É necessário apoiar as PME que enfrentam estes desafios, simplificando o respetivo acesso ao financiamento e diversificando as suas fontes de financiamento, de modo a aumentar a sua capacidade para financiar a respetiva criação, crescimento, inovação e desenvolvimento sustentável, assegurar a sua competitividade e resistir a choques económicos, aumentando assim a resiliência da economia e do sistema financeiro face a períodos de contração económica (...)”. Como tal, é implementado um programa que prevê a concessão de uma garantia da União Europeia para o apoio de operações de financiamento e investimento realizadas pelos parceiros de execução.

²³ Não obstante a anterioridade temporal ao frenesim legislativo que emergia, ter-se-á de evidenciar a vigência no ordenamento jurídico europeu do Regulamento (UE) 2015/760 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2015, relativo aos Fundos Europeus de Investimento a Longo Prazo, na medida em que estes “(...) proporcionam financiamento de duração prolongada de vários projetos de infraestruturas, de empresas não cotadas em bolsa ou de pequenas e médias empresas (PME) cotadas que emitam instrumentos de capital próprio ou de dívida para os quais não existem compradores facilmente identificáveis. Mediante a disponibilização de financiamento para estes projetos, os ELTIF contribuem para o financiamento da economia real da União e para a execução das suas políticas”. Ademais, o Conselho comunicou, a 24 de maio de 2022, a sua intenção em encetar negociações com o Parlamento Europeu com vista à obtenção de um acordo sobre uma versão final do texto do Regulamento acima referido, que facilite o investimento a longo prazo na economia real, desbloqueando-se o potencial inexplorado de capital para o financiamento de projetos a longo prazo, conforme comunicado de imprensa disponível in

Descendo, por ora, ao plano nacional²⁴, têm, igualmente, sido adotadas medidas de políticas públicas que, no seguimento da implementação das medidas europeias supramencionadas, têm em vista a diversificação do portefólio de financiamentos das PME²⁵. Neste âmbito, é relevante salientar a aprovação do DL n.º 144/201, no seio do qual o legislador nacional classificou, expressamente, os fundos de créditos²⁶⁻²⁷ como organismos de investimento alternativo especializado, apresentando no preâmbulo do diploma o propósito da referida alteração legislativa²⁸, que se coaduna, uma vez mais, com o espírito da UMC. Assim, inexistindo, até então, um regime europeu harmonizado quanto a este tipo de organismos, e caso o legislador nacional nada tivesse feito, a regulamentação desta figura ficaria assegurada tão só pelo RGOIC, previsto na Lei n.º 16/2015, de 24 de fevereiro. Louva-se, assim, a posição adotada pelo nosso legislador.

Levantado o véu que cobre o ambiente fervoroso em que surgiu a criação e regulamentação dos empréstimos participativos, torna-se evidente a tentativa dos legisladores europeu e nacional em permitir e, conseqüentemente, em facilitar, a entrada das PME (portuguesas) no mercado de capitais, almejando-se romper com a relação de dependência existente entre o desenvolvimento daquelas, enquanto organizações que visam a criação e a distribuição de lucros pelos sócios (*shareholder capitalism*)²⁹⁻³⁰, e o financiamento bancário.

<https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2022/05/24/european-long-term-investment-funds-council-adopts-its-position/>.

²⁴ Não é de somenos importância referir que, em 2018, Portugal era o país da OCDE onde a maior percentagem do financiamento concedido a PME provinha de bancos, ultrapassando 85%. Clara Raposo, Cláudia Custódio & Diana Bonfim, *Op. cit.*, p. 23.

²⁵ Ao logo dos tempos foram lançadas várias linhas de crédito especialmente orientadas para as PME, que diferem nas suas características, tendo em conta a dimensão e o setor de atividade da empresa. Ademais, foram também disponibilizadas várias linhas de crédito garantidas, através do, à data, Sistema Português de Garantia Mútua, que se integra nos designados *Government Credit Guarantee Schemes* assentes na lógica típica da concessão de garantias, com a especificidade da posição do garante ser ocupada pelo Estado.

²⁶ Referimo-nos a fundos de crédito, como termo genérico, por ser a denominação histórica da figura, não obstante o facto de tais organismos de investimento coletivo poderem, na prática, revestir a natureza de fundo ou de sociedade, tendo em conta o disposto no art. 5.º da Lei n.º 16/2015, de 24 de fevereiro.

²⁷ É de notar que referida alteração legislativa teve como *conditio sine qua non* a eliminação das barreiras existentes aquando da concessão de crédito por estes veículos. Assim, o DL n.º 144/2019 aditou a al. g) ao n.º 4 do art. 8.º do RGICSF, que prevê, precisamente, as exceções ao princípio da exclusividade, já neste estudo referido.

²⁸ “É prevista, neste Regime, a criação dos fundos de créditos, tendo em vista a dinamização do mercado de capitais e a diversificação das fontes de financiamento das empresas. A criação destes fundos permite colmatar falhas de mercado na procura e oferta de financiamento e melhorar a complementaridade com o setor bancário e os setores do capital de risco e de titularização de créditos”.

²⁹ Nesta senda, referimo-nos ao “fim da sociedade” legalmente previsto no n.º 1 do art. 6.º do CSC, na medida em que este tende, em primeira linha, a ser identificado com o seu escopo lucrativo, no âmbito do enquadramento das sociedades comerciais como espécie do género “sociedade” previsto no art. 980.º do CC. Este entendimento é o defendido por Alexandre de Soveral Martins, 2002, p. 472. Em oposição ao ora defendido, *vide* Pedro Pais de Vasconcelos, 2009, pp. 65 a 70, 92 e 175, e 2006, pp. 15 a 30.

³⁰ Sem prejuízo, claro está, da marcada tendência para a criação de um conceito de empresa cuja construção parte da referida finalidade e que se ergue com o objetivo de gerar “(...) valor para outros grupos de interesse que gravitam em torno da sociedade, vocacionando a empresa para a realização de um propósito (‘stakeholder capitalism’)”. A este propósito *vide* Figueiredo Dias, pp. 741 e 742.

Neste seguimento, e por tudo quanto vem sendo exposto, dever-se-á referir a analogia esboçada por Paulo Lameiras Martins, perfeitamente representativa do “(...) dilema atual do mercado de capitais português”. Segundo esta,

[N]a natureza, a evolução nos ecossistemas dá-se como resultado de um conjunto de fenómenos que vão ocorrendo ao longo do tempo, e não propriamente como consequência de um único evento. Este processo de evolução é chamado de Sucessão Ecológica, em que novas espécies se vão instalando, enquanto umas se adaptam e outras desaparecem definitivamente. (...) Tal como na natureza, para sobreviver, o ecossistema financeiro tem que permitir aos vários participantes que encontrem o seu espaço de intervenção e, pela sua ação, “alimentem” outros. Investidores privados, institucionais, supervisores, Estado, empresas privadas, analistas financeiros, bancos de investimento, corretores, etc, todos eles fazem parte de uma cadeia e cada um deles tem um papel fundamental em todo o processo³¹.

Imbuídos pela elucidativa imagem criada pelas palavras *supra*, analisemos uma das atuações do legislador nacional “(...) no sentido de criar condições para que o ecossistema financeiro possa ter uma sucessão ecológica e não uma extinção”³², *rectius*, a criação da figura jurídica dos empréstimos participativos.

³¹ Martins, 2021, p. 775.

³² *Ibidem.*, p. 776.

3. O Decreto-Lei n.º 11/2022, de 12 de janeiro

Uma breve análise do regime jurídico dos empréstimos participativos

3.1. O âmbito de aplicação objetivo

Uma definição do objeto (in)compreensível?

Posto isto, e à semelhança do já mencionado nas considerações introdutórias, estruturaremos a análise do RJEP segundo a ordenação sistemática apresentada pelo legislador nacional no DL n.º 11/2022. De facto, a letra da lei assumirá o protagonismo do presente estudo.

Nesta senda, essencial será, como ponto de partida para qualquer desenvolvimento ulterior, definir o que se entende por “empréstimo participativo”, *rectius*, definir o âmbito de aplicação objetivo do instrumento jurídico que se apresenta como um novo instrumento de capitalização das sociedades comerciais não financeiras.

Ora, este instrumento consiste

(...) num contrato de crédito oneroso, sob a forma de mútuo ou sob a forma de títulos representativos de dívida³³, cuja remuneração e reembolso ou amortização dependem, ainda que parcialmente, do resultado da atividade do mutuário e cujo valor em dívida pode ser convertido em capital social do mutuário³⁴.

Confrontados com estas primeiras linhas, é legítimo afirmar que não se vislumbram traços inovatórios em face das figuras já consagradas e proficuamente

³³ Neste estudo, centrar-nos-emos na modalidade de contrato de crédito sob a forma de mútuo oneroso. Não obstante, refira-se, apenas, que na modalidade de contrato de crédito sob a forma de emissão de títulos representativos de dívida dever-se-á respeitar o regime aplicável à emissão de valores mobiliários, consagrado nos arts. 39.º a 107.º do CVM *ex vi* n.º 1 do art. 4.º do DL.

³⁴ É desta forma clara e objetiva que o legislador define o instrumento jurídico *sub judice*, no n.º 1 do art. 2.º do DL.

estudadas no nosso ordenamento jurídico³⁵⁻³⁶. Contudo, tal afirmação não coincide com a realidade, na medida em que são duas, essencialmente, as características fundamentais que permitem diferenciar e destringer de outras a figura jurídica *in casu*. Referimo-nos, pois, e por um lado, à existência de um contrato de crédito oneroso, sob a forma de mútuo, cuja remuneração e reembolso ou amortização dependem, ainda que parcialmente, do resultado (distribuível, leia-se) da atividade do mutuário e, por outro lado, à conversão de o valor em dívida em capital social do mutuário, nas condições expressamente previstas no DL n.º 11/2022³⁷.

Uma vez conhecida a definição legal de empréstimo participativo, indiscutível será a conclusão de que estamos, *prima facie*, diante de um verdadeiro contrato de mútuo oneroso, na medida em que se trata, a final, de um contrato através do qual uma das partes se obriga a entregar à outra dinheiro, gerando-se a obrigação de restituição de um outro tanto do mesmo género ou qualidade, obrigação essa que pode, em princípio, cumprir-se, ainda, com o pagamento de juros fixos, a título de retribuição do mútuo celebrado. Nestes termos, o presente contrato reconduz-se perfeitamente à modalidade especial de mútuo legalmente prevista nos arts. 394.º e 395.º do CCm³⁸. Não obstante, as características e particularidades destes empréstimos,

³⁵ Como é o caso das obrigações convertíveis em ações representativas do capital social da sociedade emitente, enquanto valores mobiliários híbridos que, para além de consistirem em “(...) instrumentos financeiros representados num título ou registo em conta, que consubstanciam posições jurídicas homogêneas e fungíveis e que são suscetíveis de negociação em mercado organizado (...)”, são dotados da particularidade de combinarem elementos de dois ou mais valores típicos matriciais, revestindo, todavia, autonomia em relação àqueles. Engrácia Antunes, 2019, p. 73. As obrigações convertíveis, nas palavras de Fátima Gomes, podem, numa análise preliminar, ser definidas como “(...) direitos de crédito dos titulares sobre a sociedade emitente, em regra de montante equivalente ao valor da subscrição, que lhes conferem, para além do direito ao recebimento de juros periódicos, a faculdade de optarem, em certas condições e num determinado prazo, entre o reembolso, total ou parcial, do capital investido na subscrição de obrigações e a aquisição da qualidade de acionistas da sociedade emitente, sem que para o efeito tenham de despende recursos financeiros adicionais (faculdade de conversão)”. Gomes, 1999, p. 15. A final, a particularidade do instrumento *in casu* que o poderia aproximar da figura ora em estudo traduzir-se-ia no poder do titular deste valor mobiliário, no período fixado nas condições de emissão, proceder à conversão da sua obrigação em ação ou em outro valor mobiliário emitido pela sociedade emitente. Contudo, e sem se desvendar o alcance das seguintes páginas, o certo é que não estamos diante de figuras totalmente similares, sendo alguns os pontos que as distanciam. Talvez os principais se reconduzam não apenas à impossibilidade de as sociedades comerciais por quotas acederem a financiamentos externos através da emissão de obrigações convertíveis, como também à distinta classificação, mormente, contabilística atribuída aos instrumentos em comparação. A este respeito, e a título meramente exemplificativo, no Direito francês prevê-se a possibilidade de se incorporar os empréstimos participativos na ampla categoria dos “títulos participativos”, que se apresentam, aqui sim, como um tipo de obrigações com taxa de juros variáveis. Sobre estas “formas híbridas de financiamento”, *vide* Perestrelo de Oliveira, 2015, p. 151. Discutindo sobre as vantagens associadas às obrigações convertíveis, *vide*, ainda, Laurent, 2005.

³⁶ De resto, este instrumento é já conhecido em outros ordenamentos jurídicos, como é o caso do espanhol, em que os *préstamos participativos* surgem tratados no Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junho, e, ainda, do francês, no âmbito do qual o regime jurídico dos *prêts participatifs* se encontra previsto nos arts. L313-13 a L313-20 do Código Monetário e Financeiro.

³⁷ E que analisaremos em seguida, tornando-se, como tal, mais evidentes as diferenças assinaladas.

³⁸ O contrato de crédito celebrado sob a forma de mútuo oneroso assume, naturalmente, natureza comercial, tendo em conta a finalidade perseguida com a sua celebração, distanciando-se, portanto, da figura geral do mútuo civil, legalmente consagrada no art. 1142.º do CC. É este o entendimento da maioria da doutrina

para além de servirem o propósito de fixar o RJEP, determinam, também, a sua própria tipicidade. Nestes termos, a particularidade de maior relevo reside, e tal como a própria designação o faz antever, no facto de este contrato consistir num pacto de participação nos benefícios da sociedade mutuária, com a produção, assim, de consequências que operam, não ao nível da natureza jurídica do contrato, mas antes geram uma modificabilidade parcial do regime jurídico regra daquele tipo contratual. Pois bem, entendemos assim que o contrato *in casu* se assume como um contrato cuja base da construção jurídica assenta num contrato de mútuo comercial, ao qual se encontrará acoplado um pacto onde se convencionam as particularidades e especialidades que caracterizam a figura dos empréstimos participativos³⁹.

Ora, analisada a sua natureza jurídica, e do ponto de vista conceptual, o empréstimo participativo constitui uma figura de financiamento híbrida, *i.e.*, um instrumento de quase-capital, situado algures entre o capital próprio e a dívida. Ademais, trata-se de um empréstimo sujeito a um certo nível de risco, distinto daquele que a instituição bancária corre ao conceder um tradicional empréstimo, na medida em que a remuneração e reembolso ou a amortização dependem sempre dos resultados da atividade do mutuário, produzindo-se, assim, um acréscimo do risco para o mutuante. Contudo, e como contrapartida, assinala-se a vantagem de o valor em dívida poder ser convertido em capital social do mutuário, contribuindo-se, assim, para a sua respetiva capitalização, objetivo primordial do legislador, descortinado, desde logo, através de uma simples leitura do preâmbulo do DL n.º 11/2022.

Ora, o facto do valor concedido através da celebração de um contrato de empréstimo participativo constituir, de imediato, capital próprio visa, como de resto já se referiu, incrementar a estrutura de capitais próprios das sociedades mutuárias, tornando-as menos dependentes do financiamento bancário. E, não obstante a

espanhola, que, indo mais longe, afirma que o contrato de crédito sob a forma de mútuo oneroso não pode ser assimilado ao contrato de sociedade. *Vide* Faure, 1998, p. 210 e Pont, 1984, pp. 267 e ss.

³⁹ Cujas validade deriva, cremos, do princípio da autonomia da vontade das partes, na vertente da liberdade contratual, consagrado no art. 405.º do CC. Uma vez que esta temática é sobejamente tratada no ordenamento jurídico espanhol, *vide* a decisão proferida pelo TSE, a 9 de maio de 1994, que reconhece a validade dos pactos que se acoplam ao contrato do qual surge a figura do empréstimo participativo. Assim, no entender desta instância superior, os preceitos legais que regulamentam o contrato de mútuo oneroso apenas impõem ao mutuário a obrigação, por um lado, de devolver um outro tanto da mesma espécie e qualidade do capital mutuado e, por outro lado, de pagar os juros, convencionados entre as partes, e vencidos sobre o capital, não se proibindo, nesta senda, a possibilidade de, por convenção das partes, se agregar àquele um pacto acessório e de garantia. *Apud* García Villaverde, 1994, pp. 1087 e 1088. A reforçar este entendimento *vide* a sentença proferida pela Audiência Provincial de Barcelona, de 25 de junho de 2015, disponível *in* <https://vlex.es/vid/579144414>, no âmbito da qual se qualifica o contrato de empréstimos participativos *in casu* como civil, pelo facto de a remuneração contratualizada não ter sido subordinada à evolução económico-financeira da sociedade nem, tão pouco, figurar nas contas da sociedade como fundos próprios.

versatilidade dos empréstimos participativos, em grande medida gerada por esta especificidade, o certo é que a redação conferida ao n.º 2 do art. 2.º do DL n.º 11/2022 é um tanto enigmática. Como tal, relevante será entender o propósito do legislador ao afirmar que os empréstimos participativos são considerados capital próprio para efeitos da legislação comercial, sempre que a respetiva remuneração dependa dos resultados do mutuário e o respetivo reembolso ou amortização dependa do cumprimento dos critérios previstos nos arts. 32.º e 33.º do CSC⁴⁰.

Assim, e em primeira instância, dever-se-á procurar definir o conceito de “capital próprio”⁴¹ adotado no ordenamento jurídico nacional e, em face da definição desenhada, evidenciar a relevância da robustez da estrutura de capitais próprios⁴². Pois bem, as sociedades dispõem, no desenvolvimento da sua atividade comercial, de fundos cuja proveniência, natureza e função se distanciam. Assim, tais fundos poder-se-ão qualificar como capital próprio (*equity finance*) ou como capital alheio (*debt finance*)⁴³. Por um lado, o capital próprio agrega toda a receita obtida mediante contribuições dos sócios, que poderão ser realizadas diretamente, designadamente a título de entradas ou de prestações acessórias ou suplementares, ou indiretamente, através de, por exemplo, deliberações do grémio societário no sentido da não distribuição de lucros aos sócios⁴⁴. Ademais, o capital próprio detém uma natureza definitiva, na medida em que é concedido com carácter perene, não se encontrando associada qualquer obrigação de reembolso e de retribuição certa através do vencimento de uma determinada taxa de juro previamente definida. Finalmente, estando-se diante de capital próprio, os sócios apenas serão reembolsados pelo prestado à sociedade aquando da liquidação total do capital alheio. Por outro lado,

⁴⁰ *Rectius*, do cumprimento dos limites legais impostos à distribuição de bens, lucros e reservas aos sócios.

⁴¹ Importará apenas notar que a terminologia utilizada, por referência a “capitais próprios”, não é uniforme: a expressão “capitais próprios” é empregue no domínio contabilístico, ao passo que a expressão “fundos próprios” é já empregue no domínio financeiro e, finalmente, é o legislador societário quem frequentemente lança mão de expressões como “situação líquida” ou “património líquido”. Esta última opção foi a adotada pelo legislador espanhol ao referir-se a *capital neto* no Real Decreto-Ley 7/1996. Sobre a noção, a composição e a disciplina juscontabilística do capital próprio, *vide* Engrácia Antunes, 2008, pp. 93 a 116.

⁴² Importância essa que, de antemão, se antevê de reputada relevância, tendo em consideração as disposições normativas do CSC construídas sob a égide da viabilidade financeira e da capacidade de compensação das perdas sofridas através de um capital próprio sólido. Ademais, e doutamente, Engrácia Antunes evidencia que a seguinte distinção não releva apenas no plano taxinómico ou hermenêutico, mas, sim, no plano legal. De entre os exemplos apresentados pelo Autor, a fim de demonstrar a relevância jurídico-positiva da distinção, surgem os suprimentos, enquanto figura híbrida situada entre o capital próprio e o capital alheio e, bem assim, o capital de risco. Ora, decerto que, nesta senda, a figura jurídica dos empréstimos participativos poderia, também, ser apresentada como um “empréstimo substitutivo do capital próprio”. Engrácia Antunes, 2023, pp. 375 e 376.

⁴³ A propósito da margem de liberdade dos sócios no financiamento das sociedades num ordenamento jurídico em que inexistente uma qualquer obrigação ou dever geral legal de os sócios financiarem, de forma sustentável, a sociedade, *vide* Mota Pinto, 2002, e Perestrelo de Oliveira, 2015.

⁴⁴ Conduzindo-se à retenção na sociedade de tais fundos, sob a forma de resultados transitados ou de reservas.

e efetuando um raciocínio *a contrario sensu*, o capital alheio advém, como o próprio nome o faz antever, da concessão de financiamentos externos cujos financiadores são, não raras vezes, instituições do setor bancário e investidores que capitalizam a sociedade emitente de obrigações, por via, precisamente, do recurso a esse instrumento financeiro. Em consequência, o capital alheio assume, naturalmente, uma natureza transitória, em virtude dos prazos fixados para o reembolso do valor do crédito prestado e, eventualmente, para a retribuição desse empréstimo, prazos esses que, dependendo das circunstâncias típicas de cada situação, assumirão maiores ou menores delongas. Em face do exposto, conclui-se, então, que o capital próprio assume uma função garantística do capital alheio⁴⁵.

Nesta senda, caso não se dispusesse, legalmente, no sobredito sentido, os empréstimos participativos seriam sempre e em qualquer caso considerados puros instrumentos de dívida, desvinculados, por isso, do capital próprio. Com efeito, os empréstimos participativos integram, e incrementam, claramente, o capital próprio das sociedades comerciais mutuárias, ainda que apenas para efeitos da legislação comercial⁴⁶.

Ora, bem se entende que o legislador nacional visou acautelar os interesses do mutuário, designadamente, interesses de índole patrimonial, na medida em que, sendo considerado o capital mutuado, nos termos do RJEP⁴⁷, capital próprio, o cumprimento dos rácios de solvabilidade acautelados por várias disposições normativas comerciais⁴⁸ se afigura, profusamente, mais facilitado⁴⁹. Caso não fosse

⁴⁵ Sobre a supramencionada destrição, entre capital próprio e capital alheio, *vide* Freire Almeida, 2015, pp. 838 a 842.

⁴⁶ É de notar que o Regulamento (CE) n.º 1606/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de julho, que consagra as Normas Internacionais de Informação Financeira, para além de ambicionar a facilitação da comparação da informação económico-financeira das sociedades cujos títulos são negociados publicamente, teve em vista harmonizar o conceito de capital próprio, enquanto património líquido da sociedade. Afinal, a intenção seria sempre a de preservar o capital social e as garantias dos credores sociais, mediante a elaboração de um conceito especial e novo de património líquido para efeitos, apenas, de certas operações comerciais, designadamente, de distribuição de lucros, de redução obrigatória do capital social e de dissolução por perdas registadas. Nestes termos, cremos que o legislador nacional poderia e deveria ter adotado uma redação, por referência à atual redação do n.º 2 do art. 2.º do DL, mais concreta e individualizada. Sobre este fenómeno de harmonização europeia *vide* Viñuelas Sanz, 2010, pp. 429 e ss. Foi, precisamente, neste sentido, que a Terceira Disposição Adicional ao Real Decreto-Ley classificou o capital concedido a título de empréstimos participativos como património líquido e, ademais, restringiu tal conceito às situações em que as sociedades, devido a uma acumulação de perdas, se encontram obrigadas a reduzir o capital social ou entrar em processo de liquidação e dissolução. *Vide*, assim, Albos, 1997, pp. 276 e 277.

⁴⁷ Sem prejuízo de desenvolvimentos ulteriores, atente-se ao facto de o n.º 3 do art. 2.º do DL dispor no sentido da obrigatoriedade de menção expressa, no contrato de empréstimo participativo ou na emissão dos títulos representativos de dívida, à sujeição do mesmo ao regime jurídico dos empréstimos participativos aprovado pelo presente DL.

⁴⁸ Como é o caso, por exemplo, da norma contida no art. 35.º do CSC.

⁴⁹ Aliás, o BP aponta a autonomia financeira como um relevante indicador da capitalização das empresas, na medida em que esta corresponde ao rácio entre o capital próprio e o ativo, refletindo, como tal, a proporção dos ativos de uma empresa financiados por capitais próprios. Assim, o seu incremento percentual

esta a solução legal adotada, poder-se-ia estar a contribuir ativamente para a degradação da situação económico-financeira da sociedade, que, note-se, demonstrou já carências, de tal natureza, aquando do pedido de concessão de crédito, através da contratualização de empréstimos participativos.

Uma vez mais, constata-se que a *ratio* da solução legal vai ao encontro do mote já apregoado, e que move (estes) fundos: necessidade de criação de novas formas de financiamento, não apenas no âmbito do capital alheio⁵⁰, como também no âmbito do capital próprio. Assim, não obstante a celebração de um contrato de empréstimos participativos e, por isso, o recurso a uma forma de financiamento, indubitavelmente, externa, o certo é que o mutuário opta, em última instância, por reforçar os seus capitais próprios⁵¹. Alcança-se, em princípio, um dos objetivos reiteradamente apregoado.

Contudo, a bondade⁵² do legislador nacional poderá, como, de resto, qualquer ato de bondade o pode, potenciar estratégias e manobras ardilosas por parte da sociedade mutuária beneficiada. Tal é bem evidenciado por Mota Pinto, ao afirmar que

repugna a um elementar sentido de justiça que alguém possa constituir uma sociedade subcapitalizada⁵³, exercer a sua atividade com financiamento de terceiros e, requerendo (ou esperando que requeiram) a falência da sociedade, deixar os credores a braços com a quase totalidade dos custos empresariais, enquanto o(s) descuidado(s) empreendedor(es) se preparam para constituir uma nova sociedade⁵⁴.

será sempre sugestivo de um reforço da capitalização das empresas através do recurso a capitais próprios. Para uma reflexão sobre o tema, *vide* o artigo do BP disponível *in* <https://bpstat.bportugal.pt/conteudos/sabia-que/1372>.

⁵⁰ Nomeadamente, através de operações em mercado de capitais e/ou com capital de risco.

⁵¹ Analisando o gráfico disponibilizado pelo BP, disponível *in* <https://www.bportugal.pt/QS/qsweb/Dashboards>, apercebemo-nos de que as PME, desde 2017, têm vindo a apostar no incremento dos seus capitais próprios, tendo em conta a tendência crescente refletida no referido gráfico.

⁵² Na medida em que o mutuário não terá, impreterivelmente, de recorrer a operações comerciais drásticas, como é o caso da redução do capital social e da dissolução e liquidação da sociedade, no caso de se registarem graves perdas no exercício social transato ou em curso.

⁵³ A situação de subcapitalização não pode ser definida *tout court*, como se de um conceito geral e abstrato se tratasse. De facto, encontrar-se-á em situação de subcapitalização a sociedade que dispõe de fundos, sejam eles próprios ou de capital alheio, insuficientes para a manutenção do seu funcionamento e prossecução da atividade comercial. Assim, a constatação de uma situação de subcapitalização dependerá da análise da estrutura concreta da sociedade e do respetivo objeto social. Ademais, a subcapitalização não terá de ocorrer, necessariamente, numa fase de constituição da sociedade, podendo verificar-se num momento superveniente, distinguindo-se, assim, e habitualmente, entre as modalidades de subcapitalização originária e superveniente. Sobre os casos em que a situação de subcapitalização se afigura especialmente gravosa, por tornar manifestamente impossível a realização do seu objeto, *vide* Coutinho de Abreu, 2011, pp. 38 e 39, e Tarso Domingues, 2004, pp. 57, 74 e 243.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 123 e 124.

Nestes termos, deveremos ser consciencializados de que as sociedades que se financiam externamente através do instrumento de quase-capital em estudo, e para efeitos da legislação comercial, nomeadamente, para efeitos das operações de redução de capital social e de dissolução e liquidação da sociedade⁵⁵, estão, afinal, a reforçar a estrutura de capitais próprios, estrutura essa que poderá já apresentar-se frágil, gerando-se, como tal, uma falsa, e indesejável, aparência de estabilidade económico-financeira e, em última instância, uma utópica sensação de segurança daqueles com quem a sociedade negocia no tráfego jurídico⁵⁶⁻⁵⁷. Ademais, é de notar que a criação de um novo conceito de capital próprio para fins comerciais e, sobretudo, a introdução de um novo e distinto enfoque nos balanços e contas da sociedade mútua, pode, certamente, desvirtuar a garantia conferida pela correspondência entre o capital e o património sociais, pelo menos, no âmbito das PME, as quais, recorrerão (assim se espera) ativamente a esta nova forma de financiamento⁵⁸.

⁵⁵ Apesar de o legislador nacional não definir, concretamente, quais as disposições da legislação comercial que, nesta senda, relevam, o legislador espanhol fá-lo. Ora, bem se conhecendo as similitudes matriciais existentes entre o ordenamento jurídico nacional e o ordenamento jurídico espanhol e tendo em conta que o atual e novo RJEP em muito se inspirou na arquitetura do Real Decreto-Ley 7/1996, será relevante atentar nas disposições legais aí consagradas. Nesta senda, os empréstimos participativos consideram-se capital próprio, enquanto património líquido, para efeitos de redução do capital social e de liquidação de sociedades previstos na legislação comercial. Margarita Viñuelas Sanz evidencia que esta solução legal em tudo se acha relacionada com o espírito preventivo subjacente aos *préstamos participativos*, na medida em que se confere ao mutuário uma margem de manobra adicional para ultrapassar dificuldades económicas, evitando-se a adoção de medidas mais severas, como são exemplo a redução do capital social ou a dissolução e liquidação da sociedade. Aliás, esta é a solução que cumpre as exigências previstas no parágrafo primeiro dos motivos do Real Decreto-Ley 8/1983, no âmbito do qual se exigia, já à altura, a criação de instrumentos financeiros que não implicassem um aumento do endividamento das sociedades, nem, tão pouco, uma redução da possibilidade de estas obterem outros empréstimos, créditos ou linhas de desconto, a favor da sua refluência. Viñuelas Sanz, 2017, pp. 331 e 332.

⁵⁶ A doutrina espanhola perfilha o mesmo entendimento. De facto, não será de somenos importância evidenciar que a presente opção legal altera a correspondência entre o capital social e o património da sociedade, pois permite evitar a redução do capital social ou a dissolução da sociedade quando, caso não houvesse sido prestado o empréstimo participativo, deveriam ser levadas a cabo, podendo, como tal, gerarem-se situações de utilização abusiva deste instrumento. Tais situações de abuso podem, ainda, não raras vezes, assumir um carácter especialmente gravoso, como, por exemplo, a situação em que uma sociedade com um ativo inexistente sustém um capital próprio acima de metade do capital social única e exclusivamente por conta da concessão de um empréstimo participativo. A este propósito, *vide* García Villaverde, 1997, p. 20; Colino Mediavilla, 2011, pp. 345 a 350 e 2014, pp. 11 e ss. Não obstante, a doutrina espanhola defende que o sobredito risco poderá ser amenizado nos casos em que se adota uma prática negocial avisada e prudente de concessão de empréstimos participativos, como, por exemplo, aquela que dita que o capital próprio terá de ser superior, ou, pelo menos, igual ao montante do capital mutuado. *Vide* Bustos Contell, 2006, p. 97.

⁵⁷ Apesar de as suas palavras surgirem a propósito da responsabilidade bancária aquando da concessão de crédito, mas atenta a lucidez e pertinência das mesmas, a elas se deverá atentar. Almeno de Sá afirma que a concessão de crédito acrítica e imponderada poderá causar graves danos a terceiros não relacionados com o banco, e, em especial, aos credores do cliente, na medida em que os créditos concedidos a empresas cuja situação económica se encontre “fortemente comprometida” facilmente criam uma aparência de “dignidade de crédito” ou de solvabilidade, “susceptível de vir a afetar a posição dos credores”. Sá, 1998, pp. 114 e 115. Alberto Luís classifica mesmo o crédito, nestas circunstâncias concedido, como “nocivo”. Luís, 1985, p. 70. No mesmo sentido, *vide* Leite Campos, 1986, p. 50. Sobre estes temas *vide*, ainda, Menezes Cordeiro, 2018, pp. 420 a 450 e 2018, pp. 5 a 46.

⁵⁸ Alertando para este risco *vide* Viñuelas Sanz, 2017, p. 336.

Em face do sobredito risco, poder-se-ia gerar o pensamento de que o legislador nacional, ao implementar um novo conceito de capital próprio, estaria, sobremaneira, a contradizer-se, porquanto subvertida pareceria ser a *ratio legis* dos empréstimos participativos. Pois bem, assim não o entendemos. Cremos, ao invés, que a intenção do legislador foi, efetivamente, a de, sopesando os pratos da balança, alavancar as estruturas de capitais próprios das sociedades comerciais que se encontrem numa fase económico-financeira que assim o exija⁵⁹. Nesta senda, o legislador nacional, contrapondo o risco de aproveitamento, já mencionado, às perspectivas de crescimento futuras da sociedade financiada, entendeu que estas últimas apresentavam vantagens de tal modo significativas⁶⁰ ao ponto de minorarem, relativizando, os perigos gerados pela eventual ocorrência de tal risco. Assim, cremos que a presente opção legislativa compatibilizou a finalidade de reforço de capitais próprios com a produção de um risco de aproveitamento pelas entidades beneficiadas até onde tal compatibilização se afigurou possível, sobrepondo, a partir daí, o reforço da estrutura de capitais próprios⁶¹.

3.2. O âmbito de aplicação subjetivo

Uma vez definido o âmbito de aplicação objetivo do contrato *sub judice*, o passo subsequente a ser dado consiste em definir, por ora, o seu âmbito de aplicação subjetivo.

Nestes termos, é no art. 3.º do DL que o legislador nacional define as partes do contrato de crédito sob a forma de mútuo, apresentando no n.º 1 deste preceito os sujeitos que poderão conceder empréstimos participativos e no n.º 2 os sujeitos que poderão assumir a posição de mutuários. Começando por analisar aquela primeira categoria, importa, *ab initio*, evidenciar o carácter taxativo do rol de entidades que assumirão as vestes de mutuantes, pelo que, apenas essas, e tão só essas, estarão habilitadas a negociar e contratualizar o instrumento jurídico em estudo. Como tal, veda-se de antemão, e por completo, a possibilidade de outros investidores, que não os aí expressamente previstos, contratarem este tipo de empréstimos. Não obstante a incisividade desta solução legal, a limitação da contratação a um conjunto muito

⁵⁹ A fim de, cremos, o empréstimo participativo não impactar, excessivamente, o rácio dívida-capital.

⁶⁰ Aliás, a mencionada alavancagem financeira, conseguida através do reforço da estrutura de capitais próprios da sociedade, poderá fomentar um desenvolvimento que, no futuro, lhe permitirá obter financiamentos diversos do ora *in casu*, como, por exemplo, o bancário, tendo em conta o atrativo ativo que representará.

⁶¹ Enquanto finalidade última da presente iniciativa legislativa.

limitado de investidores parece ter sido, de facto, o propósito final do legislador nacional⁶².

Pois bem, se tal opção peca por um lado, compreende-se por outro. Se não, vejamos. Efetivamente, a presente iniciativa legislativa, na sua globalidade, surge com o propósito de diversificar as formas de financiamento disponibilizadas às PME, sociedades por ora contempladas, e, bem assim, de contribuir para o investimento no seu capital social quando, pelas mais variadas razões, se encontrem num cenário de maior fragilidade económico-financeira. E, tendo em conta o presente propósito, dir-se-ia, facilmente, que a opção legislativa *in casu* entra em clara rota de colisão, ao não dotar a contratualização dos empréstimos participativos da flexibilidade almejada, contribuindo, *a contrario*, e em certa medida, para a perpetuação das dificuldades das PME em aceder a novas formas de financiamento externo e, sobretudo, ao mercado de capitais⁶³. Ademais, a prática em outros ordenamentos jurídicos evidencia que as entidades de crédito não acedem de forma generalizada à concessão deste tipo de financiamento, em virtude do risco consideravelmente alto que assume o mutuante. Consequentemente, a busca pela compensação deste risco e da rentabilidade mínima da operação conduz à fixação, pelas entidades mutuantes, de elevadas taxas de juro fixas como forma de retribuição, que, habitualmente, pressupõe uma carga financeira dificilmente suportável pelos mutuários.

Nesta senda, cremos que o legislador nacional, consciente das sinuosidades do meio em que se move, apresentou um leque de entidades mutuantes dotado da necessária versatilidade, tentando abarcar todos os grupos que, nesta senda, se revelam adequados. Assim, no elenco taxativo previsto no n.º. 1 do art. 3.º do DL não figuram apenas as (previsíveis) instituições de crédito⁶⁴ e as sociedades

⁶² Marta Boura afirma, claramente, que tal elenco colheu a sua particular surpresa, em especial, atenta «(...) a evolução da designada “democratização do acesso ao mercado de capitais” – em linha, aliás, com as recentes orientações europeias –, seria, talvez, de esperar que o legislador contemplasse um conjunto mais diversificado de potenciais mutuantes que pudessem igualmente aproveitar uma posição privilegiada de investimento nestas sociedades”. Boura, 2022, p. 131. Também Ferreira Malaquias & Reymão Nogueira partilham do mesmo estado de espírito ao afirmarem que não entendem a presente opção legislativa “(...) por muitas e diversas razões, pois que a natureza híbrida e subordinada deste instrumento seria certamente um fator de captação de interesses junto de outro tipo de investidores e serviria para alargar o leque de instrumentos alternativos similares ao dispor dos investidores, como sejam as obrigações convertíveis ou as obrigações com juro indexado aos lucros da sociedade emitente, previstas nos artigos 360.º e ss. do Código das Sociedades Comerciais”. Ferreira Malaquias & Reymão Nogueira, 2022, p. 168, disponível *in* https://www.uria.com/documentos/publicaciones/8022/documento/58_Foro_actualidad_PT_1.pdf?id=12914&forceDownload=true.

⁶³ Cremos que poderá aqui residir a razão pela qual o legislador espanhol optou por não definir, expressamente, as entidades concedentes de empréstimos participativos, permitindo, como tal, às pessoas coletivas em geral a concessão deste crédito, através do emprego da expressão *entidades*, no art. 20.1, a do Real Decreto-Ley 7/1996.

⁶⁴ Sabendo-se que os bancos assumem particular relevância no elenco previsto no art. 3.º do RGICSF, e não obstante a natureza *sui generis* do instrumento jurídico objeto do presente estudo, é importante lembrar que a responsabilidade pela concessão do crédito, enquanto tema clássico da responsabilidade bancária, não

financeiras, prevendo-se, também, entidades que se prestam, de facto, à expansão e diversificação das opções de financiamento oferecidas às sociedades comerciais. Referimo-nos, concretamente, aos organismos de investimento alternativo especializado de créditos, de capital de risco e de empreendedorismo social, bem como às sociedades de investimento mobiliário. Neste quadrante, é, ainda, importante fazer notar que o substancial incremento do nível de risco assumido pelos mutuantes aquando, especialmente, da operação de inversão do capital mutuado em capital social, acoplado à presença de assimetrias, no plano da informação relativa à viabilidade económico-financeira do investimento, entre as sociedades mutuárias e os potenciais investidores mutuantes, tem vindo a incrementar a intervenção do Estado. Esta intervenção reflete-se, nomeadamente, na criação de programas específicos de fundos de capital e de quase capital, com vista à potenciação da participação pública⁶⁵ em operações de capitalização de empresas viáveis, com elevado potencial de crescimento, ao ponto de ser atrativo o investimento ou o financiamento de operações de capital, de quase capital e de dívida. Nesta senda, atentado nos poderes mitigadores de choques externos cuja prossecução ao Estado incumbe, bem se entende a presença do Fundo de Capitalização e Resiliência no elenco das entidades mutuantes⁶⁶.

Finalmente, e ainda como contraponto às críticas inicialmente tecidas, será relevante evidenciar que o carácter taxativo do elenco legal em estudo não se encontra, afinal, rigorosamente fechado. De facto, o legislador nacional não fechou, por completo, as portas, consagrando, como tal, e de forma expressa, uma cláusula geral, capaz de dotar o elenco legal da flexibilidade e diversidade ideais. Assim, no termos da cláusula prevista na al. e), do n.º 1 do art. 3.º do DL, as entidades habilitadas a conceder crédito a título profissional poderão, sempre, assumir a qualidade de mutuantes.

Por ora, no que diz respeito às sociedades mutuárias, algumas considerações devem ser tecidas. Quanto à definição da amplitude do âmbito subjetivo, a letra da lei é clarividente⁶⁷ ao referir-se às sociedades que estas vestes assumem como

poderá aqui ser afastada. Afinal, os empréstimos participativos podem resultar da celebração de um contrato de crédito oneroso, cujo mutuante poderá, entre outros, ser um banco.

⁶⁵ Note-se, estritamente temporária.

⁶⁶ Tal entendimento deriva do facto de ao Fundo de Capitalização e Resiliência, criado pelo DL n.º 63/2021, de 28 de julho, ter sido acometida a finalidade de recuperar, ágil e eficazmente, a solvência das empresas, maioritariamente, das pequenas e médias empresas. Desta forma, procurando-se um “(...) equilíbrio entre o risco, o rendimento e a utilização de recursos públicos para apoiar projetos viáveis (...)”, “(...) o Estado poderá participar nos lucros futuros das empresas (...)”.

⁶⁷ Tal clarividência poderá, em certa medida, advir do facto de, não obstante a elas se referir no art. 20.1, a do Real Decreto-Ley 7/1996 como *empresas prestatarias*, o legislador espanhol definir as entidades beneficiárias, no art. 20.1.d, do mesmo diploma, como *sociedades previstas en la legislación mercantil*.

“sociedades comerciais do setor não financeiro”⁶⁸, pelo que se dúvidas houvesse quanto à possibilidade de aqui se abrangerem sociedades civis⁶⁹, bem como outras pessoas coletivas⁷⁰, estas encontram-se, naturalmente, dissipadas. Uma vez conhecidas as sociedades que poderão assumir a posição de mutuário, é conveniente advertir-se o leitor para o seguinte: não obstante a centralidade assumida, no âmbito do RJEP, pelo capital próprio, enquanto resultado líquido próprio, e pelo capital social, também as sociedades comerciais cuja estrutura organizativa se afigura primária e simplificada, onde os sócios desempenham um papel absolutamente primordial, devem ser, nesta senda, consideradas. Referimo-nos, mormente, às sociedades em nome coletivo e às sociedades em comandita simples, *rectius*, às sociedades de pessoas⁷¹. De facto, entendemos que a natureza *intuitus personae* das sociedades ora identificadas em nada poderá obstar à sua inclusão na categoria das “sociedades comerciais do setor não financeiro”, na medida em que, para além de figurarem no mapa jurídico-positivo do nosso ordenamento, dispõem de um verdadeiro património social autónomo e de um correspondente capital social,

⁶⁸ Quanto à definição de “sociedade financeira”, que aqui se revela essencial para esclarecer, *a contario*, o âmbito do conceito de “sociedade do setor não financeiro”, *vide* o disposto na al. qq), do n.º 1 do art. 2.º-A do RGICSF, nos termos do qual as sociedades financeiras constituem as “(...) empresas, com exceção das instituições de crédito e das empresas de investimento, [que] tenham como atividade principal exercer, pelo menos, uma das atividades permitidas aos bancos, com exceção da receção de depósitos ou outros fundos reembolsáveis do público”.

⁶⁹ A este propósito conveniente será atentar no seguinte. O n.º 4 do art. 1.º do CSC estabelece que “as sociedades que tenham exclusivamente por objeto a prática de atos não comerciais podem adotar um dos tipos (...)” da lei societária. Ora, é nesta senda que José Engrácia Antunes evidencia que este “híbrido societário”, não obstante a sua natureza civil, fica sujeito ao regime aplicável às sociedades comerciais e, bem assim, ao restante quadro regulatório pertinente às sociedades comerciais, concluindo, como tal, que a tarefa de distinção entre as verdadeiras sociedades comerciais e as ora sociedades civis sob a forma comercial se afigura especialmente artificial. Engrácia Antunes, 2023, pp. 88 e 89. Atenta a dificuldade de diferenciação entre as figuras jurídicas *in casu*, cremos que as sociedades civis sob a forma comercial poderão, legitimamente, ser abarcadas pelo conceito legal de “sociedades comerciais do setor não financeiro” e, assim, aceder à figura dos empréstimos participativos.

Nesta senda, quiçá, as cooperativas poderão também ser incluídas no círculo dos mutuários, se se atentar, por um lado, «(...) na questão controversa que faz oscilar a doutrina nacional entre a sua qualificação como associação, como pessoa coletiva “sui generis”, e até como sociedade» e, por outro lado, na remissão expressamente incita no art. 9.º do Código Cooperativo, aprovado pela Lei n.º 199/2015, de 31 de agosto, nos termos do qual se define o CSC como direito subsidiário. José Engrácia Antunes, 2023, pp. 101 e 102. A este propósito note-se que Jorge Pinto Furtado é uma das vozes que defende a natureza societária das cooperativas. Pinto Furtado, 2004, pp. 152 e ss.

⁷⁰ Como são exemplo as fundações e as associações, enquanto pessoas coletivas de direito privado, que têm em vista a prossecução de um fim não lucrativo. De facto, estas não são consideradas sociedades à luz da lei societária, lei essa que, nem tão pouco, lhes é aplicável, analogicamente.

⁷¹ A propósito dos tipos doutrinários e jurisprudenciais “(...) que pretendem organizar a compreensão do fenómeno societário de acordo com determinadas linhas de força essenciais” e, em concreto, da classificação tradicional que divide as sociedades comerciais em sociedades de pessoas e sociedades de capitais, *vide* José Engrácia Antunes, 2023, pp. 155 a 158.

tornando-se irrelevante o facto de, pelas obrigações sociais, os bens pessoais dos sócios responderem subsidiariamente⁷² e de forma ilimitada⁷³.

3.3. A forma e a contratação

Ora, em matéria de forma e contratação destes empréstimos participativos, existem, também, alguns pontos cuja relevância dita a sua abordagem no seio deste estudo.

Apesar de nos centrarmos, ao longo da nossa exposição, numa das modalidades legalmente previstas para a contratualização dos empréstimos participativos⁷⁴, no presente subcapítulo pronunciar-nos-emos sobre ambas as formas. Assim, nos termos do disposto no n.º 1 do art. 4.º do DL, a contratualização dos empréstimos participativos pode assumir duas formas distintas. Por um lado, quando celebrados sob a forma de mútuo, estes devem assumir a forma escrita; por outro lado, quando celebrados através da emissão de títulos representativos de dívida, deverão seguir o regime aplicável à emissão de valores mobiliários. Ora, quanto à primeira modalidade de contratação, as exigências formais bastam-se com a redação a escrito do contrato, nada mais sendo requerido. Cremos que tal exigência, como de resto seria expectável, advém de preocupações atinentes à preservação da segurança jurídica no seio do mundo jurídico-negocial, dotando-se, ademais, os contraentes de um meio probatório do contrato entre si celebrado. Claro está que, quanto à segunda modalidade, não se exige o cumprimento de tal formalidade, uma vez que o valor jurídico protegido se encontra, outrossim, de antemão acautelado pela emissão de um título, físico, no qual se incorpora o empréstimo participativo⁷⁵.

Quanto à contratação destes empréstimos, importa, desde logo, referir que as regras de contratação se aplicam, indistintamente, a ambas as modalidades e, por isso, a qualquer uma das formas que aqueles venham a assumir. Ora, dispõe o n.º 2 do art. 4.º do DL que a contratação dependerá sempre de uma prévia, expressa e favorável deliberação da assembleia geral da sociedade mutuária⁷⁶. Contudo, nada mais é dito.

⁷² Uma vez que os bens que integram o património social respondem, primeiramente, pelas obrigações sociais.

⁷³ Relativamente ao nascimento da responsabilidade comercial ilimitada, *vide* Pais de Vasconcelos, 2020, pp. 1094 a 1099.

⁷⁴ Posição adotada *ab initio* no subcapítulo 3.1 do Capítulo III da presente dissertação.

⁷⁵ Aliás, tendo em conta que no ordenamento jurídico espanhol a contratualização de empréstimos participativos não depende do cumprimento de exigências formais, a doutrina espanhola sugere, a fim de se obter um meio de prova ou uma garantia de cobrança, o recurso a letras de câmbio e a obrigações, convertíveis ou não. No primeiro sentido, *vide* Martínez Sánchez, 1987, pp. 168 e 169. No segundo sentido, *vide* Jiménez de Parga, 1986, pp. 7 e 60 a 61.

⁷⁶ Nestes termos, evita-se, assim, e de forma evidente, uma tomada de assalto da sociedade pelo credor mutuante, na medida em que a contratualização dos empréstimos participativos, nomeadamente, dos seus

Diante desta precariedade da letra da lei, é legítimo questionarmo-nos sobre a maioria exigida para efeitos desta deliberação, dado que, claro está, a lei geral societária a esta não se refere, em concreto. Ainda assim, atentando na particularidade⁷⁷ da figura jurídica *in casu*, designadamente, na atribuição, ao mutuante, do direito de conversão do empréstimo participativo em capital social do mutuário, concluímos que, com a efetivação de tal conversão, as participações sociais dos titulares do capital social do mutuário que não tenham previamente participado no aumento de capital deste serão, proporcionalmente, reduzidas. Ora, neste seguimento, é possível que, com a conversão, haja lugar a uma eventual alteração⁷⁸ da estrutura acionista do mutuário, pelo que cautelas adicionais devem ser adotadas.

Ora, tendo em conta a potenciação de situações de desequilíbrio gerada, cremos que se justifica a aplicabilidade, nesta senda, de exigências de maioria idênticas às que se encontram legalmente estipuladas na lei geral societária para efeitos da aprovação de alterações ao contrato de sociedade. Aliás, se percorrermos o plano legal jurídico-societário, concluímos que na grande maioria das situações legalmente tipificadas de alteração da estrutura acionista se exigem semelhantes quóruns. No que concerne ao regime jurídico da emissão de ações com direito ao voto plural nas sociedades anónimas (cotadas), inovadoramente previsto no art. 21.º-D do CVM, o legislador nacional previu, designadamente, no seu n.º 3, que a deliberação de aumento de capital através da emissão desta categoria de ações carece de aprovação pela maioria legalmente prevista para a alteração do contrato de sociedade das sociedades anónimas⁷⁹. Já relativamente à deliberação de emissão de obrigações convertíveis, prevista no art. 366.º do CCS, o legislador nacional entendeu ser necessário fixar como limiar mínimo da maioria necessária à sua aprovação o previsto para a deliberação de aumento de capital por novas entradas⁸⁰. Também no que à emissão de obrigações com *warrant* diz respeito, cujo regime se encontra legalmente consagrado nos arts. 372.º-A e 372.º-B do CSC, se exige referida maioria, se atentarmos, desde logo, ao disposto no n.º 5 do artigo 372.º-B do CSC⁸¹. Finalmente, é ainda relevante notar que, mesmo nos casos em que o aumento de capital mediante a realização de entradas em dinheiro é validamente deliberado pelo órgão de administração, se exige o cumprimento da maioria necessária para a alteração

termos, se encontra, *ab initio*, dependente de uma deliberação do grémio societário do mutuário. Encontra-se, assim, acautelada a posição jurídica dos sócios.

⁷⁷ Que a dita, aliás, da inovação já referida.

⁷⁸ Apenas na proporção do valor do empréstimo participativo não pago.

⁷⁹ Devendo tal deliberação respeitar o princípio do igual tratamento previsto no n.º 2 do art. 344.º do CSC. Olavo Cunha, 2022, p. 217.

⁸⁰ Cfr. n.º 1 do artigo 366.º do CSC.

⁸¹ A disposição legal *in casu* remete expressamente para a norma consagrada no art. 366.º do CSC.

do contrato de sociedade⁸². De facto, tanto a previsão de tal possibilidade no contrato de sociedade, como a renovação de tais poderes, dependerão, sempre e em todo o caso, de deliberação da assembleia geral adotada em cumprimento da maioria exigida para a alteração do contrato de sociedade.

Em face do supramencionado, facilmente se entende que o legislador nacional, perante alterações à estrutura do capital social, e bem assim, à composição do grémio societário, adotou uma posição mais conservadora, exigindo que tais mudanças sejam ajuizadas por uma maioria qualificada⁸³. Com efeito, sempre que a conversão do empréstimo participativo em capital social do mutuário seja idónea a provocar a alteração da sua estrutura acionista, a deliberação do grémio societário deste deverá ser adotada pela maioria legalmente exigida para a introdução de alterações ao contrato de sociedade.

Aqui chegados, cumpre-nos, finalmente, referir qual(is) a(s) finalidade(s) da contratação da figura jurídica em análise. De facto, o DL, no seu art. 5.º, adianta, a título meramente exemplificativo⁸⁴, algumas delas, tais como o financiamento de investimentos, o reforço de fundo de maneo ou o reembolso de dívida anterior. Todavia, e uma vez mais, atribui-se, neste âmbito, uma considerável margem de conformação às partes, na medida em que se admite a atribuição de uma qualquer outra finalidade que nenhuma das legalmente previstas, caso nisso as partes tenham acordado e desde que se coadune com o objeto social do mutuário ou, quando aplicável, com a política de investimento do mutuante e do mutuário⁸⁵.

3.4. A remuneração e o reembolso

Uma questão de gestão de risco

Por ora, cabe-nos analisar alguns dos artigos do Capítulo II do DL em estudo, nomeadamente, os mais relevantes para uma compreensão integrada do funcionamento dos empréstimos participativos.

Como já se adiantou, para efeitos do DL, estes empréstimos apresentam um carácter oneroso, pelo que será relevante, primeiramente, procurar saber em que consiste tal remuneração. Ora, entende-se por “remuneração”

⁸² Cfr. n.º 4 do artigo 456.º do CSC.

⁸³ Consciente, assim, da importância que tais mudanças assumem no seio da vida societária.

⁸⁴ Tal conclusão parece ser inequívoca, na medida em que o legislador, no prómio da norma, se refere à necessidade de as partes fixarem, expressamente, no contrato de empréstimo participativo, a finalidade com o que mesmo é celebrado, independentemente de a finalidade indicada figurar, ou não, no elenco legal desenhado. Ademais, a ulterior utilização do advérbio “designadamente” reforça este mesmo entendimento.

⁸⁵ Cfr. al. d) do art. 5.º do DL.

(...) quaisquer contrapartidas, total ou parcialmente, indexadas aos resultados da sociedade mutuária e que sejam acordadas no contrato de empréstimo participativo ou nas condições de emissão dos títulos representativos de dívida (...) ⁸⁶.

De acordo com a presente definição, a participação nos resultados poderá consistir numa percentagem fixa ou crescente dos resultados apurados ou, pelo contrário, ser proporcional ao peso do valor nominal do empréstimo participativo no capital próprio da sociedade mutuária ⁸⁷. Por seu turno, a participação, independentemente da forma que revista, será aferida através de qualquer indicador financeiro previsto na demonstração de resultados da empresa, demonstração essa que reflita, claro está, a evolução da sua situação financeira ⁸⁸. Nesta senda, o legislador nacional exemplificou quais os indicadores relevantes, mencionando, para tal, o volume de negócios, o resultado operacional ou o resultado líquido ⁸⁹⁻⁹⁰. Apesar de menos frequente, tendo em conta a finalidade do instrumento de capitalização do tecido empresarial português *sub judice*, a remuneração poderá ter ainda uma componente adicional de taxa de juro fixa ⁹¹, independente, assim, dos resultados da sociedade mutuária, garantindo-se, desta forma, ao mutuante uma rentabilidade mínima. Esta possibilidade advém, em grande medida, do facto de a sociedade mutuária apenas proceder ao pagamento da remuneração caso apresente resultados distribuíveis, cuja constatação emergirá das informações, pela sociedade mutuária prestadas, necessárias ao apuramento da respetiva remuneração, através, nomeadamente, da apresentação da demonstração de resultados ⁹²⁻⁹³. Contudo, tal

⁸⁶ Cfr. n.º 1 do art. 8.º do DL.

⁸⁷ Cfr. n.º 2 do art. 8.º do DL.

⁸⁸ Apesar de se permitir, objetivamente, a participação do mutuário nos resultados provenientes da boa marcha dos negócios da sociedade, não se lhe atribui a qualidade de sócio, não podendo este intervir na gestão societária. Como tal, os empréstimos participativos não constituem títulos representativos do capital, pelo que não poderão ser submetidos ao regime da transmissão de participações sociais.

⁸⁹ Cfr. n.º 4 do art. 8.º do DL.

⁹⁰ Tendo em conta que idêntica solução legal é a consagrada, atualmente, no ordenamento jurídico espanhol, Elisabeth Bustos Contell alerta para o facto de a amplitude legal empregada na concretização do critério que determina a evolução do mutuário submeter a remuneração do empréstimo a variáveis que podem, de facto, existir independentemente da perceção de resultados, como acontece com o recurso ao indicador conferido pelo volume de negócios do mutuário. Bustos Contell, 2006, p. 94. Este risco talvez não se produziria, ou seria amenizado, caso a remuneração fosse determinada por referência a uma participação direta nos lucros distribuíveis auferidos pela sociedade mutuária. Aliás, Diogo Pessoa defende que, em caso de perceção de lucros, a remuneração deveria ser obrigatoriamente paga. Pessoa, 2022, pp. 10 e 11.

⁹¹ Assim, a participação do mutuante nos resultados da sociedade mutuária, e, bem assim, na sua positiva evolução financeira, assume um carácter imperativo, pelo que a aferição da remuneração por aquela se guiará. Em contrapartida, a fixação de uma taxa de juro apresenta, apenas, um carácter facultativo, na medida em que será sempre fixada de forma independente dos resultados da sociedade mutuária. Tal conclusão advém, desde logo, da própria denominação atribuída aos empréstimos (participativos) *in casu*.

⁹² Cfr. n.º 5 do art. 9.º do DL.

⁹³ Apesar de a relação jurídica proveniente da contração dos empréstimos em análise reclamar elevados padrões de transparência, tendo em conta as suas particularidades, o legislador permitiu, ainda assim, ao mutuante exigir a realização de uma auditoria, a ser conduzida por um auditor externo e independente do

risco encontra-se, de facto, mitigado, na medida em que, caso o mutuário não proceda ao pagamento da acordada remuneração, o mutuante terá o direito à conversão do empréstimo em capital social⁹⁴, nos termos e para os efeitos do disposto no Capítulo III do DL⁹⁵.

Nestes termos, o carácter variável da remuneração dos empréstimos participativos oferece, por um lado, ao mutuário, um financiamento flexível, habitualmente de médio-longo prazo⁹⁶, com amplos períodos de carência⁹⁷, durante os quais os juros eventualmente fixados poderão ser pagos apenas no momento do reembolso do capital, *i.e.*, na data de vencimento prevista no contrato⁹⁸, contribuindo-se, assim, para uma situação de maior liquidez; por outro lado, o mutuante tem a possibilidade de obter uma forma de rentabilidade média-alta, diretamente relacionada com o potencial crescimento do mutuário, na sua vertente económico-financeira⁹⁹, impulsionando-se, como tal, concessões de créditos mais rentáveis e, acima de tudo, mais ponderadas e criteriosas.

Não obstante, e em todo o caso, o DL¹⁰⁰ determina que, em situação de insolvência do mutuário, os empréstimos participativos se consideram créditos

mutuário, “(...) sempre que tenha dúvidas quanto à informação prestada pelo mutuário”, como resulta expresso no n.º 6 do art. 9.º do DL. A este propósito cabe-nos atentar nas palavras de Marta Boura, segundo as quais a sobredita possibilidade “(...) não é, na verdade, sindicável pelo mutuário já que a expressão utilizada pelo legislador não permite concretizar a razão de ser dessas ‘dúvidas’: aqui caberão dúvidas por eventuais discrepâncias e/ou insuficiência da informação disponibilizada ou, tão-só, porque o mutuante pretende obter informação por meio de auditoria para melhor se certificar do apuramento da remuneração do mutuário”. Boura, 2022, p. 132. De facto, bem se compreende a razão de ser do presente entendimento: conhecendo-se já o risco em que incorre o mutuante aquando do recurso a esta nova figura jurídica, não se poderia, em caso de fundadas suspeitas de prestação de informações falsas ou incorretas pelo mutuário, deixá-lo à mercê de tal conduta, impossibilitado, pois, de haver a correspondente remuneração do empréstimo concedido.

⁹⁴ Sem prejuízo da possibilidade de cessação dos créditos emergentes do empréstimo a terceiros, prevista no art. 6.º do DL.

⁹⁵ Bem como ao acionamento das garantias que, eventualmente, possam ter sido exigidas pelo mutuante e prestadas pelo mutuário. Efetivamente, não cremos que contenda com o espírito da lei a prestação de garantias pelo mutuário, sempre que o risco incorrido pelo mutuante assim o imponha. Thierry Bonneau afirma mesmo que, no seio do ordenamento jurídico francês, o original RJEP explica alguma da relutância dos mutantes, excetuando, precisamente, os casos em que os mutuários concedem garantias suplementares. Bonneau, 2017, p. 1068. A final, o risco é totalmente assumido pelo mutuante, já que, sem a apuração de resultados, a sociedade mutuária encontrar-se-á desobrigada a proceder ao pagamento da remuneração convencional. Ora, o legislador parece ter sido sensível a isso mesmo ao prever, no n.º 3 do art. 9.º do DL, que o art. 322.º do CSC não é aplicável ao acionamento das garantias prestadas para segurança do empréstimo participativo.

⁹⁶ Como evidencia Bruno Fernández Scrimieri, o prazo mínimo habitualmente fixado para o vencimento destes empréstimos é de 10 anos. Fernández Scrimieri, 2015, p. 283.

⁹⁷ Cfr. n.º 4 do art. 10.º do DL.

⁹⁸ Cfr. al. b) do art. 12.º do DL.

⁹⁹ Note-se, todavia, que a comutabilidade de juros entre o mutante e o mutuário em nada interfere na qualidade de credor daquele. Assim, o mutuante não intervirá nunca no projeto empresarial da sociedade mutuária como se de um *sócio de facto* se tratasse, não intervindo, como tal, nas tomadas de decisão desta, nem, tão pouco, no controlo do seu património.

¹⁰⁰ Cfr. art. 7.º do DL. A este propósito, o art. 20 do Real Decreto-Ley 7/1996 estipula igualmente a natureza subordinada dos presentes créditos.

subordinados¹⁰¹, sendo, como tal, graduados depois dos demais créditos sobre a insolvência existentes, mas acima (e apenas) dos créditos dos sócios e de outras pessoas especialmente relacionadas com a sociedade mutuária¹⁰². Ora, se, por um lado, a precária tutela legalmente conferida aos créditos subordinados convoca especiais cautelas¹⁰³, no que à proteção da posição do credor mutante diz respeito, por outro lado, a mesma confere uma dupla garantia aos credores comuns da sociedade mutuária. Assim, outorgando-se aos empréstimos participativos a natureza de capital próprio, estes credores encontram-se, ainda, garantidos pelo património da sociedade.

Relativamente ao reembolso do empréstimo, ou à amortização dos títulos representativos de dívida, o mutuário poderá, desde logo, reembolsar o mutuante (...) a todo o tempo, pelo valor nominal, acrescido da remuneração prevista e não paga, bem como da remuneração que se venceria até ao início do trimestre em que ocorra o reembolso (...) ¹⁰⁴⁻¹⁰⁵.

No entanto, à luz do disposto no n.º 3 do art. 10.º do DL, o reembolso apenas poderá ser realizado, antecipadamente, ou não, com fundos que possam ser distribuídos aos sócios, nos termos da lei societária. Por sua vez, o mutuante apenas poderá, igualmente, solicitar o reembolso, total ou parcial, do empréstimo participativo, acoplado da remuneração devida, caso tal direito se encontre expressamente previsto no contrato e respeite, ainda, as condições neles previstas¹⁰⁶.

Na disponibilidade das partes encontra-se, ainda, e para além da já mencionada componente adicional de taxa de juro à remuneração e do já referido

¹⁰¹ Sem prejuízo da produção de outros efeitos, em consequência da qualificação do crédito como subordinado, o especial regime de graduação é o mais relevante. Assim, apenas "(...) após o pagamento dos restantes créditos, e na medida das forças remanescentes da massa insolvente, é que há lugar à satisfação dos créditos subordinados". Carvalho Fernandes & Labareda, 2015, p. 296.

¹⁰² Consideram-se pessoas especialmente relacionadas com o devedor aquelas que se encontram previstas no elenco taxativo do n.º 2 do art. 49.º do CIRE.

¹⁰³ Advindas, desde logo, do facto de a declaração de insolvência da sociedade mutuária implicar, automaticamente, a extinção das eventuais garantias reais que possam ter sido prestadas sobre bens integrantes da massa insolvente acessórias aos créditos qualificados como subordinados. *Vide* Carvalho Fernandes & Labareda, 2015, p. 451. Aliás, Rui Pinto Duarte afirma, inclusive, que o objetivo desta categoria de créditos consistiu na necessidade de se distinguir negativamente estes créditos "(...) em razão dos seus titulares ou em razão das suas características objetivas". Pinto Duarte, 2004, pp. 55 e 56.

¹⁰⁴ Cfr. n.º 1 do art. 10.º do DL.

¹⁰⁵ Nesta senda, será relevante evidenciar a impossibilidade de o mutuário proceder ao reembolso do empréstimo, independentemente do momento em o que faça, caso tal reembolso importe a violação das regras gerais prevista na lei societária relativas à intangibilidade do capital social, à cobertura dos prejuízos transitados e à constituição (ou reconstituição) de reservas legal e estatutariamente impostas. Referimo-nos, deste modo, ao disposto no art. 11.º do DL. Diogo Pessoa alerta para o facto da letra da lei se referir, de forma inespecífica, a "reservas", questionando, como tal, se se abrangem quer as reservas distribuíveis, quer as reservas não distribuíveis. Não obstante, o Autor conclui que apenas uma interpretação restritiva se afigura razoável, devendo, como tal, serem abrangidas apenas as reservas não livres e, por isso, não distribuíveis. Diogo Pessoa, 2022, p. 3.

¹⁰⁶ Cfr. n.º 2 do art. 10.º do DL.

período de carência, a possibilidade de o pagamento do reembolso ser precedido de uma deliberação prévia da assembleia geral da sociedade mutuária¹⁰⁷.

3.5. O almejo da construção de uma figura jurídica i(nova)dora

Ora, como já se tem vindo a adiantar, o direito de conversão do empréstimo participativo em capital social figura como uma consequência jurídica do incumprimento do mutuário, incumprimento esse que se poderá traduzir¹⁰⁸ quer no não reembolso integral¹⁰⁹ do capital mutuado, quer no não pagamento da remuneração devida por um período superior a doze meses, seguidos ou interpolados, e quer, ainda, no caso de o órgão de administração da sociedade mutuária não apresentar ao mutuante o comprovativo da aprovação de contas e do respetivo depósito dos fundos devidos no prazo de doze meses sobre o prazo legal aplicável¹¹⁰.

Em princípio, a efetivação deste mecanismo de conversão não ocorre *ipso iure*, sendo, ao invés, necessário percorrer o procedimento legal sequencialmente previsto nos arts. 15.º a 20.º do DL. Neste seguimento, o mutuante deverá, primeiramente, apresentar uma proposta de conversão¹¹¹⁻¹¹²⁻¹¹³, tendo o mutuário de, uma vez recebida a mencionada proposta, convocar, imediatamente, uma assembleia geral, a qual se realizará no prazo de sessenta dias a contar da receção da proposta, com vista

¹⁰⁷ Cfr. n.º 5 do art. 10.º do DL. Uma vez mais, consagra-se uma previsão legal que tem em vista minorar o evidente desequilíbrio negocial entre as partes do presente contrato, acautelando-se a posição do mutuário quanto às eventuais situações de abuso.

¹⁰⁸ Cumpre-nos, aqui, referir que as partes podem, não obstante o legalmente consagrado, estabelecer condições mais exigentes para a aferição da existência de uma situação de incumprimento. Todavia, tal não significa que as referidas condições possam, na prática, implicar a exclusão do direito à conversão. Este é, de facto, o *ex libris* do RJEP. Assim, *vide* Pessoa, 2022, p. 12.

¹⁰⁹ Por não se terem verificado as condições referidas nos arts. 10.º e 11.º do DL, decorrido o prazo de reembolso previamente fixado pelas partes.

¹¹⁰ Cfr. art. 14.º do DL.

¹¹¹ A proposta deverá ser acompanhada de um relatório elaborado por um revisor oficial de contas independente, que se refira, concretamente, ao rácio de conversão aplicado e ao projeto de alteração dos estatutos do mutuário. Nesta senda, aplicar-se-á, supletivamente, o disposto no CSC sobre a verificação de entradas em espécie, nomeadamente, o disposto no art. 28.º CSC. Ainda neste âmbito, é necessário evidenciar que exigências legais menos severas são impostas aquando da operação de aumento de capital por conversão de créditos a título de suprimentos. Efetivamente, nos termos do disposto no n.º 4 do art. 89.º do CSC, a verificação das entradas, *in casu*, bastar-se-á com a apresentação de uma declaração de um contabilista certificado ou de um revisor oficial de contas, na qual se ateste que a respetiva quantia se encontra inscrita nos regimes contabilísticos da sociedade, bem como se esclareça a proveniência da quantia e a data em que foi disponibilizada. Assim, não exigiu o legislador societário o cumprimento do disposto no art. 28.º do CSC. No entanto, não cremos que as formalidades acrescidas constantes do RJEP constituam um entrave à sua contratação, tendo em conta que *in casu* se encontram formas de financiamento substancialmente distintas, reclamadas em fases do desenvolvimento da sociedade, carecida de solvabilidade e/ou de liquidez, igualmente distintas.

¹¹² Note-se que, nesta fase, a colaboração do mutuário é também exigida, já que este se encontra onerado com o dever de prestar todas as informações que se revelem necessárias à elaboração da mencionada proposta, tal como impõe o art. 17.º do DL.

¹¹³ A proposta deverá, ainda, conter os elementos previstos no n.º 2 do art. 15.º do DL.

à discussão sobre a aprovação ou a recusa das deliberações naquela referidas¹¹⁴. Todavia, a lei presume, de antemão, a aprovação da proposta apresentada pelo mutuante, sendo, contudo, a sua elisão admitida mediante a previsão no contrato de empréstimo participativo das consequências de uma deliberação de recusa da assembleia geral das deliberações referidas na proposta¹¹⁵⁻¹¹⁶.

Não obstante o suprarreferido, casos há em que, alternativamente, o mutuante goza de um verdadeiro direito potestativo de conversão¹¹⁷, não sendo, como tal, necessário cumprir o procedimento arquitetado nos arts. 15.º a 20.º do DL. A conversão do empréstimo em capital social ocorrerá, por ora, *ipso iure*, sem que as partes nada tenham de fazer diante de uma situação de incumprimento. A previsão contratual¹¹⁸ deste direito potestativo deverá, não obstante, ter acolhimento no próprio contrato da sociedade mutuária ou, em qualquer caso, ser autorizado nos termos do disposto no art. 366.º do CSC. Nestes termos, a deliberação que verse sobre a atribuição deste direito deverá ser adotada pela maioria prevista no contrato de sociedade, não podendo, nunca, ser inferior à exigida para a deliberação de aumento de capital social através da realização de novas entradas¹¹⁹. Ora, havendo a intenção *in casu* de o mutante exercer plenamente o direito de conversão do empréstimo participativo em capital social do mutuário, então, ter-se-á de entender que a deliberação de aumento de capital, necessária para satisfazer tal pedido de conversão, já foi, igualmente, adotada. Assim, e da nossa parte, parece-nos que a adoção de uma deliberação no sentido da atribuição de um direito potestativo de conversão ao mutuante contém já, em si mesma, uma deliberação de aumento de capital.

¹¹⁴ Cfr. n.º 1 do art. 17.º do DL.

¹¹⁵ Cfr. n.º 2 do art. 18.º do DL.

¹¹⁶ Será no âmbito da referida assembleia geral que os sócios ou acionistas da sociedade mutuária poderão manifestar o seu interesse em exercer o seu direito de preferência no aumento de capital, previsto no art. 19.º do DL, caso em que o aumento deverá ser realizado em dinheiro, sendo obrigatoriamente aplicado na amortização dos créditos que, de outra forma, seriam convertidos em capital social. A atribuição, pelo legislador nacional, de um direito de preferência ao grémio societário, à data do exercício do direito de conversão, não é, de todo, despicienda. De facto, o direito de preferência surge, neste âmbito, como um sucedâneo do direito de preferência atribuído aquando dos aumentos de capitais, *rectius*, como uma antecipação no tempo desse direito, já que, aquando do sobredito exercício do direito de conversão, já nada poderá o grémio societário fazer para impedir a alteração da estrutura das participações sociais. Este é o entendimento adotado por Ana Perestrelo de Oliveira, aquando da análise da *ratio legis* do art. 367.º do CSC, que, apesar de integrar o estudo do regime jurídico das obrigações convertíveis, se mostra, nesta sede, pertinente apresentar, atendendo à similitude existente entre aquelas e o instrumento financeiro *sub iudice*. Perestrelo de Oliveira, 2015, p. 163. No mesmo sentido *vide* Pires, 2011, p. 901.

¹¹⁷ Desde que, claro está, as partes nisso consentam e, como tal, o façam constar expressamente do contrato de empréstimo participativo, definindo, assim, as circunstâncias e os termos em que tal conversão automática ocorrerá. É o que resulta do disposto no n.º 4 do art. 15.º do DL.

¹¹⁸ A este propósito saliente-se a possibilidade de as partes, livre e arbitrariamente, definirem os requisitos para o direito à conversão, sem que o subordinem a qualquer critério material, que tenha sido, previamente, sujeito ao crivo legal.

¹¹⁹ Boura, 2022, p. 136.

Ora, nestes termos, pugnando-se pela existência de uma deliberação de aumento de capital irrevogável, dever-se-á entender que os requisitos de quórum atinentes à deliberação que atribui o direito potestativo de conversão serão os mesmos¹²⁰.

¹²⁰ Sobre semelhante entendimento, quanto à interpretação a ser dada ao n.º 3 do artigo 366.º do CSC, *vide* Vogler Guiné, 2018, p. 936.

4. Conclusão

Ora, a introdução no ordenamento jurídico nacional deste novo instrumento de financiamento e capitalização de sociedades comerciais do setor não financeiro pode, globalmente, ser considerada uma intervenção legislativa meritória. A este propósito é, desde logo, de salientar a inovação e a novidade comportadas pelos empréstimos participativos, que em grande medida, se devem à previsão, no regime jurídico que os regulamenta, de um direito de conversão do montante mutuado em capital social do mutuário, sem que haja, necessária e automaticamente, uma diluição do controlo acionista. Ademais, a transferência do risco de investimento para a esfera do mutuante, tendo em conta que este apenas será remunerado caso o mutuário apresente resultados distribuíveis, contribui para a afirmação da presença de um instrumento financeiro distinto dos demais existentes. Finalmente, a possibilidade legalmente conferida às partes contratantes de conformarem¹²¹, em seu favor, o próprio RJEP dota este instrumento de uma versatilidade e flexibilidade que em muito contribuem para a construção de um carácter verdadeiramente inovador.

Contudo, e não obstante ter sido introduzido um instrumento financeiro dotado, em abstrato, das particularidades necessárias à promoção e ao reforço de estruturas de capitais mais equilibradas, a compreensão do RJEP delineado nos termos do disposto no DL convoca a adoção de algumas cautelas, especialmente, aquando do aconselhamento do mutuário que pretende usufruir de um financiamento deste tipo. É que, tendo em conta o rol de entidades habilitadas a conceder empréstimos participativos, facilmente nos apercebemos da dissimetria, a nível negocial, existente entre o mutuante e o mutuário, que poderá, não raras vezes, contribuir para a celebração de um contrato sob termos e condições pouco vantajosas para o mutuário. Todavia, é de notar que, no ponto diametralmente oposto, também o mutuante, e todos aqueles que com o mutuário contratem, pode ser surpreendido por uma situação económico-financeira distorcida, confiando na falsa aparência de solvabilidade e liquidez gerada, que em muito se deve à definição do âmbito objetivo da figura *in casu*.

Pois bem, apercebemo-nos, então, de que os méritos do RJEP supramencionados poderão, afinal, consubstanciar fragilidades comprometedoras do sucesso da figura jurídica em análise, cabendo, por isso, aos intérpretes e aplicadores do Direito acautelar a eventual produção de efeitos adversos, por referência à posição que ocupem.

¹²¹ Apesar de, como já se evidenciou, os aspetos caracterizadores do RJEP, nomeadamente, a necessidade de declaração contratual expressa de sujeição do empréstimo ao regime do DL, as alterações vedadas pelo disposto no art. 13.º do DL e a determinação de um direito potestativo de conversão, não poderem ficar na total dependência do acordo das partes.

Apesar das críticas tecidas e das fragilidades apontadas, cremos que, por tudo quanto foi exposto, o RJEP se encontra dotado das características essenciais ao cumprimento das finalidades que se propôs alcançar, enquanto instrumento financeiro capaz de apresentar uma verdadeira alternativa ao financiamento bancário. De facto, facilitado se encontra, por ora, o acesso ao mercado de capitais pelas sociedades, *rectius*, pelas PME do setor não financeiro, que, de outra forma, se manteriam na dependência dos termos e das condições da concessão, não raras vezes onerosa, do crédito bancário.

Finalmente, considerando a precocidade da i(nova)dora figura jurídica, e inibindo-nos de proferir juízos de prognose, um tanto proféticos, resta-nos aguardar, atentamente, a sua implementação na ordem jurídica nacional, que se encontrará, indubitavelmente, subordinada à receptividade dos diversos agentes do mercado¹²², num contexto económico-social profundamente frágil.

¹²² É, assim, com ânsia que aguardamos a proliferação do recurso aos empréstimos participativos. Para esta ânsia contribui, ainda, o delinear de um novo segmento de negócio no setor financeiro, enquanto solução que se aproxima da modalidade de *Project Finance* e que, porventura, se poderá apresentar atrativa para determinados perfis de mutuantes (leia-se, investidores), aferindo-se, pois, a postura por estes adotada. Neste sentido, *vide* Azevedo Rodrigues & Lupi, 2022.

5. Referências bibliográficas

- ABREU, J.C. de (coord.) (2017). *Congresso internacional “As Pequenas e Médias Empresas e o Direito”*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- ABREU, J.C. de, CARVALHO, M.M. & DOMINGUES, P.T. (2011). Subcapitalização de sociedade e desconsideração da personalidade jurídica. In *Capital social livre e ações sem valor nominal*. Coimbra: Almedina.
- ALBOS, J. (1997). New regulations for participative loans in Spain: Corporate and taxation aspects. *Intertax*, vol. 25, no. 6-7.
- ALMEIDA, J.F. (2015). Capital social, reservas e suprimentos: Seu conteúdo, função e papel na cobertura de prejuízos. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 3-4. <http://www.revistadedireitodassociedades.pt/artigos/capital-social-reservas-e-suprimentosseu-conteudo-funcao-e-papel-na-cobertura-de-prejuizos>.
- ANTUNES, J.E. (2008). Capital próprio, reservas legais especiais e perdas sociais. *Scientia Iuridica*, vol. 57, n.º 313.
- ANTUNES, J.E. (2019). *Os instrumentos financeiros*, reimpressão da 3.ª edição. Coimbra: Almedina.
- ANTUNES, J.E. (2023). *Direito das sociedades*, 11.ª edição revista e atualizada, Porto: s.n.
- AUGUSTO, F. & MATEUS, M. (2021). A vulnerabilidade financeira e a dívida em excesso das empresas em Portugal: Uma aplicação ao choque COVID-19. <https://www.gpeari.gov.pt>.
- BONFIM, D., CUSTÓDIO, C. & RAPOSO, C. (2022). O financiamento das PME portuguesas: A crise de a recuperação entre 2008 e 2018. <https://www.ffms.pt/pt-pt/estudos/o-financiamento-das-pme-portuguesas>.
- BONNEAU, T. (2017). *Droit bancaire*, 12.ª edição. Paris: LGDJ.
- BOURA, M. (2022). O regime jurídico dos empréstimos participativos: Comentário ao Decreto-Lei n.º 11/2022, de 12 de janeiro. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 1. <http://www.revistadedireitodassociedades.pt/artigos/o-regime-juridico-dosemprestimosparticipativos-comentario-ao-decreto-lei-n.o-112022-de-12-de-jane>.
- BUSTOS CONTELL, E. (2006). *El préstamo participativo en la financiación del plan estratégico de las PYMES*. Madrid: Editora Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas.
- CAMPOS, D.L. (1986). A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão do crédito. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 46.
- CARVALHO FERNANDES, L. A. & LABAREDA, J. (2015). *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, 3.ª edição. Lisboa: Quid Juris.
- CATARINO, L.G. & PEIXE, M. (2016). A nova regulamentação dos mercados financeiros – um tsunami regulatório? Partes I e II. In *Direito dos valores mobiliários*. Lisboa: AAFDL Editora.
- CATARINO, L.G. (2021). União do Mercado de Capitais e convergência na supervisão europeia: Tensões e dificuldades vertidas no caso ESMA – *short selling*. In *Cadernos do Mercado de*

- Valores Mobiliários sobre os 20 Anos do Código dos Valores Mobiliários*. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A.M. (2018). *Direito bancário*, 6.^a edição revista e atualizada. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A.M., GOMES, J.C., BASTOS, M.B. & e LEAL, A.A. (coord.) (2018). Responsabilidade bancária, deveres assessórios e nexos de causalidade. In *Estudos de direito bancário I*. Coimbra: Almedina.
- CRESSY, R. & OLOFSSON, C. (1996). The financial conditions for Swedish SMEs: Survey and research agenda. *Small Business Economics*, vol. 9.
- CUNHA, P.O. & VASCONCELOS, P.P. (2022). As alterações introduzidas no direito das sociedades comerciais pela reforma do código dos valores mobiliários. *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 27.
- DOMINGUES, P. T. (2004). *Do capital social: Noção, princípios e funções*, 2.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- DUARTE, R.P. (2004). Classificação dos créditos sobre a massa insolvente no projeto de código da insolvência e recuperação de empresas. In *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*. Coimbra: Coimbra Editora.
- FERNANDÉZ SCRIMIÉRI, Bruno (2015). Financiación alternativa para pymes y emprendedores. In *Anuario de Capital Riesgo 2015*. Madrid: Instituto de Capital Riesgo. <https://docplayer.es/77839510-Anuario-de-capital-riesgo.html>.
- FIGUEIREDO DIAS, G. (2021). Sustentabilidade, grupos de interesses e propósito empresarial: Um novo paradigma para a empresa e o mercado de capitais. In *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários sobre os 20 Anos do Código dos Valores Mobiliários*. Coimbra: Almedina.
- FURTADO, J.P. (2004). *Curso de direito das sociedades*, 5.^a edição revista e atualizada. Coimbra: Almedina.
- GARCÍA VILLAVARDE, R. & POLO DÍEZ, A. (coord.) (1994). Créditos participativos. In *Estudios de derecho bancario y bursátil: Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Tomo II. Madrid: La Ley.
- GARCÍA VILLAVARDE, R. (1997). Créditos participativos. *Revista de Derecho de las Sociedades*, n.º 9.
- GOMES, F. (1999). *Obrigações convertíveis em ações*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- GUINÉ, O.V. & COUTINHO DE ABREU, J. (2018). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. V. Coimbra: Almedina.
- LAURENT, S. (2005). *Convertible debt and preference share financing: An empirical study*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=668364.
- LUÍS, A. (1985). O crédito abusivo e a mentira bancária. In *Direito bancário: Temas críticos e legislação conexa*. Coimbra: Almedina.
- MALAGUIAS, P.F. & REYMÃO NOGUEIRA, J.A. (2022). O novo regime jurídico dos empréstimos participativos – breve resenha e apreciação críticas. *Actualidad Jurídica Uría*

https://www.uria.com/documentos/publicaciones/8022/documento/58_Foro_actualidad_PT_1.pdf?id=12914&forceDownload=true.

- MARQUES, F.L. & LAGO, M.S. (2021). Fundos de créditos – o primeiro passo para o verdadeiro “alternative lending” em Portugal? *Revista de Direito Financeiro e dos Mercados de Capitais*, vol. 2, n.º 11. <https://rdfmc.com/wp-content/uploads/2021/07/Vol3-n11-6-Filipe-Lowndes-Marques.pdf>.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, J. (1987). Préstamos y créditos participativos y subordinados. In *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXVIII. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
- MARTINS, A. S. et. al. (2002). Capacidade e representação das sociedades comerciais. *Problemas do Direito das Sociedades*, n.º 1.
- MARTINS, P.L. et. al. (2021). Mercado de capitais – sucessão ecológica ou extinção? *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários sobre os 20 Anos do Código dos Valores Mobiliários*. Coimbra: Almedina.
- MATIAS, M.N. (2009). O relacionamento bancário e o financiamento das PME: Uma revisão da literatura. *Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão*, vol. 8, n.º 1. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=388539115003>.
- MCCANN, F., O’TOOLE, C. & RYAN, R. (2014). Does bank market power affect SME financing constraints? *Journal of Banking & Finance*, vol. 49.
- MEDIAVILLA, J.C. (2014). Créditos y préstamos participativos. In *Contratos (civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias)*, Tomo IX, *Contratos de financiación y garantía*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- MEDIAVILLA, J.C., FUENTES NAHARRO, M. & SAGRARIO LÉRIDA, M.N. (2011). Disolución por pérdidas y vulneraciones del principio de correspondencia del capital por las normas reguladoras de los créditos participativos. In *La modernización del derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, vol. 2. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- MOTA PINTO, A. (2002). *Do contrato de suprimento. O financiamento da sociedade entre capital próprio e capital alheio*. Coimbra: Almedina.
- NAVARRO FAURE, A. (coord.). (1998). Los préstamos participativos em España: Un ejemplo de las consecuencias jurídico-tributarias de la infracapitalización de las empresas. In *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário*, vol. 1. Lisboa: Associação Fiscal Portuguesa.
- PARGA, J. (1986). Los créditos participativos. *Revista de la Economía Social*, n.º 4, suplemento.
- PERESTRELO DE OLIVEIRA, A. (2009). Os credores e o governo societário: Deveres de lealdade para os credores controladores? *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 1. <http://www.revistadedireitodassociedades.pt/artigos/os-credores-e-o-governo-societario-deveres-de-lealdade-para-os-credores-controladores>.

- PERESTRELO DE OLIVEIRA, A. (2015). *Manual de corporate finance*, reimpressão da 2.^a edição. Coimbra: Almedina.
- PESSOA, D. (2022). *The Portuguese framework of participative loans – some questions and perplexities*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4042047.
- PETERSEN, M.A. & RAJAN, R.G. (1994). The benefits of lending relationships: Evidence from business data. *The Journal of Finance*, vol. XLIX, n.º 1. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1540-6261.1994.tb04418.x>.
- PIRES, F. & MENEZES CORDEIRO, A. (2011). *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 2.^a edição. Coimbra: Almedina.
- PONT, B.M. (1984). Régimen de los “préstamos participativos” (El art. 11 del Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre, de reconversión y reindustrialización). *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*.
- RODRIGUES, B.A. & LUPI, J. (2022). Empréstimos participativos: O dia em que o Príncipe de Falconeri sorriu... <https://fundspeople.com/pt/opinioao/emprestimos-participativos-o-dia-em-que-o-principe-de-falconeri-sorriu/>.
- SÁ, A. (1998). *Responsabilidade bancária: Dever de informação, corte de crédito*. Coimbra: Coimbra Editora.
- SERRA, C. (2022). Enquadrar a recuperação das PME (rectius: MPE) à luz da Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro. *Revista de Direito Comercial*. <https://www.revistadedireitocomercial.com/enquadrar-a-recuperacao-das-pme>.
- VASCONCELOS, P.P. de (2006). *A participação social nas sociedades comerciais*, 2.^a edição. Coimbra: Almedina.
- VASCONCELOS, P.P. de (2009). *Contratos atípicos*. Dissertação de Doutoramento, 2.^a edição. Coimbra: Almedina.
- VASCONCELOS, P.P. de (2020). Sociedade peculiar: A origem das sociedades de responsabilidade limitada. *Revista de Direito Comercial*. <https://www.revistadedireitocomercial.com/sociedade-peculiar-a-origem-das-sociedades-de-responsabilidade-limitada>.
- VIÑUELAS SANZ, M. & ANIBARRO, H. (coord.) (2010). Simplificación de la contabilidad. La reforma del derecho contable em la Ley 16/2007. In *Simplificar el derecho de sociedades*. Madrid: Marcial Pons.
- VIÑUELAS SANZ, M. (2017). Los préstamos participativos. *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 305.

**Adequação e idoneidade dos membros do órgão de
administração das instituições de crédito:**

**A importância do Banco de Portugal enquanto supervisor no
governo das instituições de crédito**

Margarida Andrade Rodrigues

Sob a orientação da Professora
Doutora Daniela Farto Baptista

Agradecimentos

Agradeço a todos aqueles que comigo partilharam o seu tempo e me ajudaram a ultrapassar todas as dificuldades.

À Professora Doutora Daniela Farto Baptista, pelos conhecimentos transmitidos e pela constante orientação na elaboração desta dissertação.

Ao Zé, por toda a paciência e apoio incondicional.

Aos meus pais e irmão, por tudo.

Resumo

Os membros do órgão de administração das instituições de crédito devem ser pessoas adequadas e idóneas. O acesso aos cargos na administração dos bancos encontra-se dependente da avaliação positiva dos requisitos de adequação e idoneidade e da subsequente autorização para o exercício de funções concedida pelas autoridades de supervisão.

Nesta dissertação, propomo-nos a analisar os critérios e os procedimentos de avaliação e reavaliação da adequação e idoneidade e a refletir acerca da importância do Banco de Portugal enquanto autoridade nacional de supervisão bancária.

Da análise do regime legal da adequação e idoneidade surgem várias questões pertinentes às quais o RGICSF não parece dar uma resposta suficiente. Assim, na presente dissertação, procuraremos responder às seguintes questões: Como se dividem os poderes de supervisão atribuídos ao Banco de Portugal e ao Banco Central Europeu no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão? Os indícios de inidoneidade são presunções absolutas? A constituição como arguido num processo-crime é indiciadora da falta de idoneidade? Podem ser tidas em consideração circunstâncias da vida privada não diretamente relacionadas com o modo como o administrador gere os seus negócios ou exerce a profissão? Durante quanto tempo podem os administradores ficar impedidos de exercer a sua profissão? Quais os órgãos responsáveis, no seio da instituição, pela realização da avaliação? Quais as diferenças entre os critérios e os procedimentos de avaliação e reavaliação? A perda de idoneidade superveniente é motivo de justa causa de destituição?

Palavras-chave: supervisão bancária; governo dos bancos; adequação; idoneidade; órgão de administração; instituições de crédito.

Abstract

The members of the management body of credit institutions should be suitable and reputable. Access to a bank's management body is dependent on the positive assessment of the fit and proper requirements, as well as the subsequent authorization granted by the supervisory authorities.

In this dissertation, we propose to analyse the criteria and procedures for assessing and reassessing the suitability and reputation of the members of banks' management body and to reflect about the importance of Banco de Portugal as the national supervisor authority in the banking sector.

From the analysis of the legal fitness and probity regime, several pertinent questions arise to which the RGICSF does not seem to provide a sufficient answer. Therefore, throughout this dissertation, the following questions will be addressed: How are the supervisory powers of Banco de Portugal and the European Central Bank shared within the Single Supervisory Mechanism? Are indications of lack of reputation considered absolute presumptions? Does being a defendant in a criminal process indicate lack of reputation? Can circumstances of a director's private life that are not directly related to the management of the business or the exercise of the profession be considered? How long can directors be inhibited from practicing their profession? Who is responsible within the institution for conducting the evaluation? What are the differences between the criteria and procedures for evaluation and reevaluation? Is the supervening loss of suitability a reason for dismissal?

Keywords: banking supervision; governance of banks; suitability; reputation; management body; credit institutions.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
AG	Assembleia Geral
Al.	Alínea
AR	Assembleia da República
Art.	Artigo
BCE	Banco Central Europeu
BdP	Banco de Portugal
BES	Banco Espírito Santo
CEO	Presidente Executivo
Cf.	Conforme
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
Consult.	Consultado
CRD	Capital Requirements Directives
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DL.	Decreto-Lei
EBA	Autoridade Bancária Europeia
MUS	Mecanismo Único de Supervisão
n.º	Número
p. / pp.	Página/ Páginas
Proc.	Processo
RGICSF	Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras
S.A.	Sociedade Anónima
Ss.	Seguintes
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TAF	Tribunal Administrativo e Fiscal
TCAS	Tribunal Central Administrativo Sul
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
EU	União Europeia

Índice

Introdução	7
1. A supervisão do governo dos bancos	7
1.1. Justificação da supervisão do governo dos bancos	7
1.2. Modalidades e objetivos da supervisão, em especial, a supervisão microprudencial	8
1.3. Os poderes de supervisão do Banco de Portugal e do Banco Central Europeu no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão	9
2. A intervenção do Banco de Portugal no governo dos bancos	11
2.1. As particularidades do governo dos bancos	11
2.2. Fit and proper: Os requisitos de adequação e idoneidade dos membros do órgão de administração das instituições de crédito	14
2.2.1. Qualificação profissional	14
2.2.2. Disponibilidade	15
2.2.3. Independência	16
2.2.4. Adequação individual, adequação coletiva e diversidade	17
3. A idoneidade dos membros do órgão de administração das instituições de crédito	19
3.1. O conceito de idoneidade e a ratio da norma	19
3.2. O poder discricionário atribuído ao Banco de Portugal e os critérios de avaliação da idoneidade na lei, na doutrina e na jurisprudência	21
3.2.1. O art. 30-D: padrão de comportamento, indícios de inidoneidade e juízo de prognose	24
3.3. A avaliação inicial e contínua da idoneidade pelas entidades supervisionadas e pelas autoridades de supervisão	29
3.3.1. Avaliação inicial pelas entidades supervisionadas	30
3.3.2. Avaliação inicial pelas autoridades de supervisão	32
3.3.3. Avaliação contínua e reavaliação da idoneidade	33
3.4. Consequências da falta de idoneidade	35
Conclusão	38
Bibliografia e jurisprudência	40

Introdução

Os bancos são instituições de crédito¹, são sociedades comerciais que adotam a forma de sociedade anónima² e cuja atividade típica consiste na receção de depósitos do público e concessão de crédito por conta própria³. Neste sentido, tendo os bancos à sua guarda os depósitos dos seus clientes, é necessário garantir que são geridos por pessoas adequadas e idóneas ao exercício das suas funções.

A exigência de especiais deveres de adequação e idoneidade para os membros dos órgãos de administração dos bancos é, atualmente, tema central da regulação e supervisão bancária. A intervenção do Banco de Portugal, enquanto supervisor, é fundamental para assegurar que as instituições de crédito são geridas de forma sã e prudente, de modo a garantir a confiança dos depositantes e a estabilidade do sistema financeiro.

Na presente dissertação procuraremos esclarecer o regime de avaliação da adequação e idoneidade dos administradores e refletir acerca da intervenção do Banco de Portugal no governo das instituições de crédito. No ponto 1 começaremos por abordar a temática da supervisão bancária, no ponto 2 iremos refletir acerca das particularidades do governo dos bancos e da exigência de especiais requisitos de *fit and proper* para os administradores das instituições supervisionadas e, no ponto 3, iremos focar o nosso estudo na análise do requisito da idoneidade.

1. A supervisão do governo dos bancos

1.1. Justificação da supervisão do governo dos bancos

A supervisão da atividade bancária pode ser entendida como “a atuação desenvolvida pelo Estado ou outros entes públicos sobre os banqueiros, de modo a controlar a sua atividade”⁴ e encontra a sua justificação máxima na necessidade de proteger os depositantes, que nos bancos confiam as suas poupanças, e garantir a estabilidade do sistema financeiro⁵, como melhor iremos explicar de seguida.

A atividade bancária é orientada pelos princípios da confiança e prevenção do risco. A existência de dúvidas acerca da estabilidade e solidez financeira de uma instituição e dos responsáveis pela gestão dos fundos que lhes são confiados pode ter consequências gravíssimas, não só no plano interno da própria instituição, mas em todo o sistema financeiro. Deste modo, considerando que o eventual colapso de uma instituição bancária desencadearia a imediata corrida aos depósitos, e, porventura, o

¹ Art. 3, al. a) RGICSF.

² Art. 14, n.º 1, al. b) RGICSF.

³ Art. 1-A, n.º 1, art. 4, n.º 1, al. a) e b) e art. 8, n.º 1 RGICSF.

⁴ Menezes Cordeiro, 2006, p. 750.

⁵ Carvalho, 2003, p. 36.

colapso das entidades financiadas e de outros bancos, a intervenção do supervisor encontra desde logo fundamento na necessidade de prevenir o risco sistémico inerente a esta atividade⁶.

Outro aspeto a considerar para justificar a supervisão bancária reside no facto de estas instituições incorrerem num constante risco de liquidez. Sendo o banco simultaneamente credor dos clientes a quem concede crédito (a longo prazo) e devedor dos clientes que nele depositam as suas poupanças e que futuramente terá de restituir (a um prazo mais reduzido), justifica-se que aos bancos sejam impostas regras de especial prudência.

Além disso, nas instituições de crédito, o capital acionista é bastante inferior ao valor das poupanças angariadas, o que pode funcionar como um incentivo à assunção excessiva de riscos. Assim, uma vez que os administradores e acionistas controladores terão muito a ganhar com a assunção elevada de riscos e pouco a perder com o fracasso dos negócios⁷, o controlo da idoneidade dos membros do órgão de administração e dos participantes qualificados⁸ revela-se essencial para controlar e evitar atos de gestão imprudente.

Por último, a intervenção do supervisor encontra ainda justificação na clara assimetria informativa e divergência de interesses verificadas entre, por um lado, administradores e acionistas controladores e, por outro lado, credores (nomeadamente depositantes) e sócios minoritários. Uma vez que estes não possuem meios próprios de escrutínio da atividade bancária, essa função será desempenhada pelo supervisor.

Em suma, podemos concluir que a supervisão do governo dos bancos se justifica pela necessidade de escrutinar a atuação dos responsáveis pela gestão das instituições, prevenir conflitos de interesses e garantir a sua estabilidade e solidez financeira⁹.

1.2. Modalidades e objetivos da supervisão, em especial, a supervisão microprudencial

Enquanto autoridade nacional de supervisão, a missão de monitorizar a atividade dos bancos e demais instituições de crédito compete ao Banco de Portugal¹⁰. A atividade do supervisor divide-se em duas grandes modalidades de supervisão: a supervisão prudencial e a supervisão comportamental, e, na primeira, subdivide-se ainda entre macro e microprudencial, como melhor iremos esclarecer de seguida.

⁶ “(...) está em causa a cautela de que é necessário rodear o exercício da função bancária, considerada a reação em cadeia, ao nível geral da economia e ao nível específico das medidas de controlo monetário, que um qualquer distúrbio ali localizado pode provocar”. Cf. Ferreira, 2009, pp. 64-80.

⁷ Freitas da Costa, 2016, p. 273.

⁸ Cf. notas 35, 36 e 37.

⁹ Câmara, 2020, p. 31.

¹⁰ Art. 93, n.º 1 RGICSF e art. 17, n.º 1 da Lei Orgânica do Banco de Portugal.

Relativamente à primeira distinção, enquanto a supervisão comportamental monitoriza a forma como as instituições se relacionam com os seus clientes, com especial destaque para a fiscalização do cumprimento do dever de informação na comercialização de produtos e serviços financeiros de retalho, através da análise de informações reportadas pelas instituições, ações de inspeção e análise de reclamações¹¹, a supervisão prudencial tem uma natureza preventiva e contínua que visa assegurar a segurança e a estabilidade do sistema financeiro, através de autorizações, proibições e registos¹².

Quanto à segunda distinção, enquanto a supervisão macroprudencial centra a sua atenção no sistema financeiro como um todo, a supervisão microprudencial tem como objetivo garantir a segurança e a estabilidade de cada uma das entidades supervisionadas, de modo a assegurar que cada uma delas dispõe, a todo o tempo, de adequados níveis de liquidez e solvabilidade, para assim garantir a segurança dos fundos que lhes são confiados e, deste modo, a segurança do sistema financeiro¹³.

Posto isto, parece-nos ser possível concluir que o controlo dos requisitos de adequação e idoneidade dos membros do órgão de administração das instituições de crédito se enquadra no escopo da atividade de supervisão microprudencial¹⁴. Contudo, a intervenção do Banco de Portugal no governo dos bancos não diminui a responsabilidade primária das próprias instituições em assegurarem que são geridas por pessoas capazes de garantir a sua gestão sã e prudente.

1.3. Os poderes de supervisão do Banco de Portugal e do Banco Central Europeu no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão

O Mecanismo Único de Supervisão, amplamente conhecido como MUS, foi criado com o objetivo de garantir a solidez do setor financeiro europeu e promover a aplicação uniforme das normas prudenciais harmonizadas da União. O MUS constitui o primeiro pilar da união bancária¹⁵ e dele fazem parte o Banco Central Europeu (BCE) e as diversas

¹¹ Arts. 77 e ss. RGICSF e Banco de Portugal, 2022, Missão e funções.

¹² Barreto Menezes Cordeiro, 2014, p. 579. Art. 93, n.º 3, art. 16, 20 e 65 RGICSF e art. 1 Regulamento UE n.º 1024/2013, de 15 de outubro de 2013 (doravante, Regulamento MUS).

¹³ Art. 94.º RGICSF. Nas últimas décadas tem-se generalizado a aplicação de uma política de supervisão baseada no risco. O perfil de risco de cada instituição supervisionada é definido em função da aplicação de vários instrumentos e técnicas de supervisão, nomeadamente: análise da informação financeira, testes de esforço (*stress tests*), exames ao governo societário e análise da adequação dos membros dos órgãos sociais. *Stress tests* são “avaliações prospetivas que testam se as instituições têm um grau adequado de resiliência a circunstâncias económicas pessimistas ou condições de extrema emergência”. Cf. Câmara, 2020, pp. 15-21.

¹⁴ No mesmo sentido, Reis, 2015, p. 127.

¹⁵ A União Bancária assenta em dois grandes pilares: Mecanismo Único de Supervisão (MUS) e Mecanismo Único de Resolução (MUR). Surgiu da necessidade de tornar os bancos mais robustos e resistentes, assegurar a resolução ordenada dos bancos não viáveis e garantir uma harmonização das regras prudenciais na Europa. Assim, com o objetivo de eliminar as disparidades legislativas entre os vários Estados-Membros, assegurar o mesmo nível de proteção dos clientes e assegurar condições de concorrência equitativas entre todos os bancos da UE, foi criado um conjunto único de regras harmonizadas que devem ser respeitadas por todas as entidades supervisionadas, o *Single Rulebook*, entre as quais se destacam a CRD IV e V, respetivas

autoridades nacionais de supervisão¹⁶. Enquanto autoridade nacional de supervisão, o Banco de Portugal integra o MUS.

Com a criação do MUS foram introduzidas alterações significativas na organização da supervisão bancária europeia. A supervisão deixou de ser da competência exclusiva de cada uma das autoridades nacionais e tornou-se uma competência partilhada com o BCE, o que dificulta o estabelecimento de uma clara separação de competências entre as autoridades de supervisão nacional e europeia.

Enquanto a supervisão comportamental das instituições se manteve no âmbito das competências exclusivas das diversas autoridades nacionais, ao BCE foram atribuídos poderes de supervisão prudencial sobre a generalidade das instituições de crédito com sede num Estado-Membro participante¹⁷. Neste sentido, enquadrando-se a matéria do governo dos bancos, mais concretamente a avaliação da adequação e idoneidade dos administradores no âmbito da atividade de supervisão microprudencial, surge a necessidade de perceber como se dividem e articulam os poderes de supervisão no atual contexto da supervisão europeia.

Para determinar a extensão dos poderes de supervisão prudencial atribuídos ao BCE e às autoridades nacionais de supervisão é necessário, por um lado, fazer uma leitura integrada dos arts. 4, n.º 1, e 6, n.º 4, do Regulamento MUS e, por outro lado, considerar a existência de instituições significativas e instituições menos significativas.

Em primeiro lugar, segundo resulta do art. 4, n.º 1, al. e), compete exclusivamente ao BCE assegurar o cumprimento dos requisitos em matéria de governo interno dos bancos, incluindo os requisitos de adequação e idoneidade dos membros do órgão de administração relativamente à totalidade das instituições com sede num Estado-Membro, não sendo feita qualquer distinção entre instituições significativas e menos significativas.

Em segundo lugar, decorre do art. 6, n.ºs 4 e 6, que, em algumas matérias de supervisão reservadas ao BCE, entre as quais a do governo das instituições, nomeadamente a avaliação da adequação e idoneidade dos administradores, as autoridades nacionais conservam poderes de supervisão direta das instituições menos significativas. De facto, sendo as autoridades nacionais as que melhor conhecem as suas instituições, parece-nos que estarão em melhor posição para exercer esse controlo de forma mais célere e eficaz. O carácter significativo ou menos significativo de uma instituição é determinado com recurso a critérios relacionados com a sua dimensão,

normas nacionais de transposição dessas diretivas (nomeadamente o RGICSF) e as Orientações da EBA. Cf. Conselho Europeu e Conselho da União Europeia, 2022, União bancária.

¹⁶ Art. 6, n.ºs 1 e 2 Regulamento MUS.

¹⁷ Arts. 1 e 4 Regulamento MUS.

importância para a economia da UE ou de um Estado-Membro e importância das atividades transfronteiriças¹⁸.

Posto isto, de uma leitura integrada das normas *supra* referidas é possível concluir que, relativamente à avaliação dos requisitos de adequação e idoneidade, enquanto as instituições significativas são diretamente supervisionadas pelo BCE, as menos significativas são diretamente supervisionadas pelas autoridades nacionais, que aqui exercem poderes e atribuições exclusivas do BCE, a quem compete a supervisão indireta destas instituições¹⁹. Contudo, não é este o entendimento que parece resultar de uma leitura isolada do RGICSF.

Tendo em consideração que no RGICSF não é feita qualquer referência ao exercício partilhado de competências entre o Banco de Portugal e o BCE no âmbito do MUS, nem à distinção entre instituições significativas e menos significativas, da sua leitura isolada parece resultar que o Banco de Portugal é o único responsável pela supervisão direta de todas as instituições, o que traduz uma visão redutora e errada do atual regime de supervisão na UE.

Desde 2014, ano em que o MUS entrou em funcionamento, o RGICSF já conheceu diversas alterações, sendo criticável o facto de nunca ter sido introduzida uma norma de articulação de competências que permitisse clarificar o quadro europeu em que o Banco de Portugal atualmente exerce os seus poderes de supervisão²⁰. Porém, reconhecendo a incompletude da legislação nacional atualmente em vigor²¹, o art. 4, al. a) do Código da Atividade Bancária estabelece uma norma de articulação de competências.

2. A intervenção do Banco de Portugal no governo dos bancos

2.1. As particularidades do governo dos bancos

A atividade bancária tem particularidades tais, relativamente à atividade das demais sociedades não financeiras, que é indispensável que tenha regras de governo societário próprias. Entre essas especificidades destaca-se o particular círculo de sujeitos

¹⁸ O art. 6, n.º 4 consagra os critérios não cumulativos para a afirmação do carácter significativo de uma instituição. Segundo lista publicada pelo BCE, atualizada a 24 de fevereiro de 2023, em Portugal são consideradas significativas e diretamente supervisionadas pelo BCE as seguintes instituições de crédito: Banco Comercial Português, S.A., Banco ActivoBank, S.A., Caixa Geral de Depósitos, S.A., Banco BEST, S.A., Novo Banco, S.A. e Novo Banco dos Açores, S.A. Cf. Banco Central Europeu, 2023, Lista de instituições de crédito supervisionadas.

¹⁹ Nobre, 2018, pp. 24-28. Num Ac. do Tribunal Geral, de 16 de maio de 2017, concluiu-se que ao BCE foi atribuída uma competência exclusiva quanto às atribuições previstas no art. 4, n.º 1 e que, relativamente às instituições menos significativas, o art. 6 permite a execução descentralizada dessas competências pelas autoridades nacionais (cf. parágrafos 50, 53 e 63).

²⁰ No mesmo sentido, Máximo dos Santos, 2016, pp. 767-773.

²¹ O considerando XI do Anteprojeto do Código da Atividade Bancária reconhece que o RGICSF, que assenta no exercício exclusivo dos poderes de supervisão pelo Banco de Portugal, se apresenta desatualizado face à legislação europeia, que confere ao BCE atribuições específicas em matérias de supervisão prudencial.

afetados (depositantes), a sua natureza de atividade regulada pelo Banco de Portugal e pelo BCE, e o risco sistémico inerente a esta atividade²².

Nas palavras do Senhor Vice-Governador do Banco de Portugal, Dr. Luís Máximo dos Santos, o governo dos bancos consiste no sistema de organização interna das funções, responsabilidades, linhas de reporte e controlo que suportam a respetiva gestão e modelo de negócio das instituições e onde assumem particular importância as funções de administração e fiscalização²³. O exercício dessas funções depende do modelo de governo adotado.

As instituições podem optar entre os três modelos de governo previstos no art. 278 CSC: modelo clássico, anglo-saxónico e germânico. A função de gestão corrente da instituição compete aos membros executivos do conselho de administração, nos modelos clássico e anglo-saxónico e aos membros do conselho de administração executivo, no modelo germânico. A função de fiscalização compete aos membros não executivos do conselho de administração e ao conselho fiscal, no modelo clássico, à comissão de auditoria e revisor oficial de contas, no modelo anglo-saxónico e ao conselho geral e de supervisão e revisor oficial de contas, no modelo germânico²⁴.

As particularidades da atividade bancária justificam que aos bancos sejam impostas algumas regras específicas. Contrariamente ao que sucede com as demais sociedades não reguladas, a constituição de uma instituição de crédito está dependente de autorização do Banco de Portugal e o início da sua atividade está dependente de registo especial, o que constituem fortes limitações ao princípio da livre iniciativa económica privada²⁵. A concessão desta autorização está dependente, entre outros aspetos, da composição do órgão de administração e dos requisitos de adequação e idoneidade exigidos aos seus membros, da idoneidade dos participantes qualificados e, ainda, de exigências específicas quanto ao capital social²⁶.

Nas instituições de crédito, as regras relativas ao capital social e à constituição de uma reserva legal são mais exigentes. De acordo com o art. 1, al. a) da Portaria n.º 95/94, de 9 de fevereiro, o capital social mínimo exigido para a constituição dos bancos é de dezassete milhões e quinhentos mil euros, valor muitíssimo superior aos cinquenta mil euros exigidos para a generalidade das sociedades anónimas²⁷. Quanto à obrigatoriedade da constituição de uma reserva legal, enquanto aos bancos se exige que pelo menos 10%

²² Câmara, 2012, pp. 23-24.

²³ Banco de Portugal, 2018, Intervenção do Vice-Governador Luís Máximo dos Santos na Conferência Corporate Governance: criação de valor para a sociedade, Corporate Governance: importância e limites.

²⁴ Nos termos do art. 34, n.º 1, al. f) RGICSF, a alteração ao modelo de governo societário encontra-se sujeita a autorização prévia do Banco de Portugal. As instituições devem ser capazes de justificar, do ponto de vista prudencial, os motivos pelos quais consideram que o novo modelo promoverá a melhor gestão da sociedade.

²⁵ Art. 16, n.º 1, art. 65, n.º 1 RGICSF e art. 61, n.º 1 CRP.

²⁶ Art. 14, n.º 1, al. d), f), j), art. 20, n.º 1, al. c), d), e), i) RGICSF.

²⁷ Art. 276, n.º 5 CSC.

dos lucros líquidos de exercício sejam destinados à construção dessa reserva até esta atingir um valor igual ao capital social²⁸, nas demais sociedades a percentagem é de 5% dos lucros até a reserva atingir um valor correspondente a 20% do capital²⁹.

Relativamente à composição do órgão de administração das instituições de crédito, a lei exige que este seja constituído, no mínimo, por três membros e que a gestão corrente da sociedade seja confiada, pelo menos, a dois deles³⁰. O estabelecimento de um número mínimo ímpar de administradores permite evitar situações de bloqueio no seio dos conselhos de administração³¹. Pelo contrário, para a generalidade das demais sociedades vigora o princípio da liberdade estatutária, sendo o conselho de administração composto pelo número de elementos fixado no contrato de sociedade³². Contudo, o princípio da liberdade estatutária não se encontra isento de exceções. Nas sociedades de maior dimensão, com capital social superior a duzentos mil euros, os sócios encontram-se impedidos de confiar a gestão da sociedade a um único administrador³³. Quanto às sociedades que adotem o modelo de governo anglo-saxónico, a sua gestão não pode ser confiada a um administrador único independentemente do valor do capital social³⁴ e a comissão de auditoria deve ser constituída, pelo menos, por três membros efetivos³⁵.

Ainda quanto à composição do órgão de administração das instituições de crédito, é de realçar que o presidente, a quem compete a função de dirigir o órgão, deve, por princípio, ser um membro não executivo. Assim, facilmente se compreende que não possa exercer simultaneamente, na mesma instituição, as funções de presidente do órgão de administração e presidente executivo (CEO), salvo casos excecionais justificados pela instituição e autorizados pelo supervisor³⁶.

A lei ainda exige que aos administradores dos bancos sejam impostos requisitos de adequação e idoneidade mais exigentes do que aqueles que são geralmente exigidos aos administradores das demais sociedades³⁷. Adicionalmente, o controlo da idoneidade dos participantes qualificados também se revela de suma importância³⁸. Atendendo à sua capacidade para influenciar a escolha dos membros do órgão de administração e para interferir na gestão da instituição, se a lei exige que os membros do órgão de administração sejam pessoas idóneas, o mesmo terá de ser exigido quanto às pessoas que

²⁸ Art. 97, n.º 1 RGICSF.

²⁹ Art. 295, n.º 1 CSC.

³⁰ Art. 15 RGICSF.

³¹ Pinto, 2012, p. 687.

³² Art. 390, n.º 1 e art. 272, al. g) CSC.

³³ Art. 390, n.º 2 CSC.

³⁴ Art. 278, n.º 5 e n.º 1, al. b) CSC.

³⁵ Art. 423- B, n.º 1 e 2 CSC.

³⁶ Orientações da EBA sobre Governo interno, n.ºs 35 a 39.

³⁷ Art. 14, n.º 1, al. j), arts. 30 ss. RGICSF e art. 64 CSC.

³⁸ Art. 2-A, n.º 1 al. kk), art. 103, n.º 1 e n.º 2, al. a), b) RGICSF.

efetivamente os elegem³⁹ e que podem, eventualmente, ser qualificadas como administradores de facto⁴⁰.

2.2. *Fit and proper*: Os requisitos de adequação e idoneidade dos membros do órgão de administração das instituições de crédito

Os membros dos órgãos de administração dos bancos devem ser pessoas adequadas e idóneas ao exercício das suas funções, sendo-lhes exigido o cumprimento dos denominados critérios de avaliação de *fit and proper*.

Um administrador considera-se adequado e idóneo ao exercício das suas funções quando oferece, a todo o tempo, garantias de assegurar a gestão sã e prudente da instituição, tendo especialmente em vista a salvaguarda do sistema financeiro e dos interesses dos respetivos clientes, depositantes, investidores e demais credores⁴¹. Neste sentido, enquanto a palavra *fit* se encontra especialmente relacionada com a avaliação de competências técnicas, a palavra *proper* está associada à avaliação da sua integridade⁴². Nos pontos seguintes iremos tratar de forma mais detalhada cada um destes critérios de avaliação: idoneidade, qualificação profissional, disponibilidade, independência, adequação coletiva e diversidade⁴³.

2.2.1. Qualificação profissional

Os níveis de conhecimentos e experiência profissional exigidos aos membros dos órgãos de administração dos bancos são mais exigentes do que aqueles que são impostos aos administradores da generalidade das sociedades comerciais. Aos administradores dos bancos é exigido que possuam conhecimentos concretos do setor bancário, adquiridos através de habilitações académicas ou formação especializada e experiência profissional⁴⁴. Tal é fundamental para compreender o funcionamento da atividade da instituição, avaliar os riscos a que esta se encontra exposta e analisar criticamente as decisões de gestão.

³⁹ Os administradores podem ser designados no contrato de sociedade ou eleitos pela assembleia geral ou constitutiva. Cf. art. 391, n.º 1 CSC.

⁴⁰ “É administrador de facto (em sentido amplo) quem, sem título bastante, exerce, direta ou indiretamente e de modo autónomo (não subordinadamente), funções próprias de administrador de direito da sociedade”. Cf. Abreu & Ramos, 2004, p. 43.

⁴¹ Art. 30, n.º 2 RGICSF.

⁴² Castro & Ferraz, 2018, pp. 20-31.

⁴³ Art. 30, n.º 3, n.º 4 e n.º 6 RGICSF.

⁴⁴ Art. 31, n.º 1 e n.º 2 RGICSF. Quanto à formação académica são considerados relevantes cursos relacionados com serviços bancários ou financeiros, gestão, economia, contabilidade, direito, entre outros. Quanto à experiência, relativamente às instituições significativas são exigidos 10 anos de experiência para o exercício de funções de CEO e presidente do órgão de administração, 5 anos para o exercício do cargo de administrador executivo e 3 anos para administrador não executivo. Cf. Guia BCE para as avaliações da adequação e idoneidade, pontos 3.1.3 e 3.1.3.2.

A avaliação da qualificação profissional dos administradores deve ser orientada pelo princípio da proporcionalidade⁴⁵. Significa isto que, quanto mais complexa a atividade da instituição e as concretas funções a desempenhar, maior será o grau de qualificação exigido. Contudo, os conhecimentos, competências e qualificações necessários não se limitam às concretas funções a desempenhar por cada um dos administradores, antes se exige uma compreensão global adequada de todas as áreas pelas quais um membro é coletivamente responsável, embora essa matéria possa não se relacionar com o exercício concreto e individual das suas funções⁴⁶. Tal justifica-se na medida em que a distribuição e repartição de concretas matérias pelos vários administradores (distribuição de pelouros ou delegação imprópria) não exclui a competência normal dos demais administradores ou do conselho para interferir nessas matérias, nem a sua eventual responsabilidade⁴⁷.

Em contrapartida, aos administradores das demais sociedades, em regra, não são exigidas habilitações académicas específicas ou experiência profissional relevante, sendo-lhes apenas exigida competência técnica e conhecimento da atividade da sociedade⁴⁸. Contudo, no particular caso das sociedades emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado e das grandes sociedades anónimas que adotem o modelo de governo anglo-saxónico, a comissão de auditoria (órgão de fiscalização que integra o próprio conselho de administração) deve ser constituída, pelo menos, por um membro⁴⁹ com curso superior adequado ao exercício das suas funções e conhecimentos em auditoria e contabilidade^{50 51}.

2.2.2. Disponibilidade

O critério da disponibilidade é comum aos administradores das instituições de crédito e aos administradores das demais sociedades comerciais⁵². Um administrador considera-se disponível quando dispõe de tempo suficiente para o exercício das suas funções e responsabilidades, tanto em períodos normais, como em períodos de aumento significativo da atividade, como sucederá, por exemplo, numa situação de crise⁵³.

⁴⁵ Art. 30, n.º 5 RGICSF.

⁴⁶ Orientações EBA sobre a avaliação da adequação dos membros do órgão de administração e dos titulares de funções essenciais, n.º 56 (doravante Orientações EBA sobre a avaliação da adequação).

⁴⁷ Art. 407, n.º 1 e n.º 2 CSC.

⁴⁸ Art. 64, n.º 1, al. a) CSC.

⁴⁹ Art. 423- B, n.º 1 e n.º 3 CSC.

⁵⁰ Art 423- B, n.º 4, art. 278, n.º 1, al. b) CSC. “Não é plausível que em Sociedades Abertas (atualmente, sociedades emitentes) e nas grandes S.A., qualquer formação académica ou *background* técnico seja, suficiente para o exercício minimamente capaz das funções (...)”. Cf. Pinto, 2012, p. 700.

⁵¹ Adicionalmente, aos membros do conselho fiscal, no modelo clássico (art. 414, n.º 4 CSC) e ao conselho geral e de supervisão e à comissão para as matérias financeiras por esta nomeada, no modelo germânico (art. 434, n.º 4 e art. 444, n.º 2 e 5 CSC) das sociedades emitentes e das grandes sociedades anónimas são impostos os mesmos requisitos de qualificação profissional.

⁵² Art. 30, n.º 3 RGICSF e art. 64, n.º 1, al. a) CSC.

⁵³ Orientações EBA sobre a avaliação da adequação, n.ºs 39 e 40.

São várias as situações que afetam a disponibilidade dos administradores: a título de exemplo destacamos o número de cargos de administração exercidos noutras instituições e a natureza, a complexidade e o tempo consumido nessas funções. A participação e o envolvimento ativo dos membros nas reuniões do órgão de administração são indicadores da sua disponibilidade⁵⁴.

Relativamente à acumulação de cargos, o Banco de Portugal pode opor-se a que os membros dos órgãos de administração dos bancos exerçam funções de administração noutras entidades, se entender que essa acumulação é suscetível de motivar conflitos de interesses e afetar a sua disponibilidade. Aos administradores das instituições de crédito significativas não é permitido acumular mais do que um cargo executivo com dois não executivos ou quatro cargos não executivos. No entanto, o Banco de Portugal pode autorizar a acumulação de um cargo executivo adicional⁵⁵.

2.2.3. Independência

A atuação dos membros do órgão de administração diz-se independente quando não se encontra sujeita à influência indevida de outras pessoas, não estando assim afetada a sua isenção de análise e de decisão⁵⁶. A independência de espírito dos administradores é fundamental para que estes possam tomar decisões com a solidez, objetividade e imparcialidade que lhes são exigidas, mas também para que possam analisar e ponderar as decisões tomadas pelos outros membros. Neste sentido, consideramos que um administrador independente, mais do que aquele que toma as suas decisões com a isenção que lhe é devida, é também aquele que tem a capacidade de analisar criticamente e contestar as decisões propostas pelos outros membros, contrariando assim o pensamento de grupo no seio do órgão de administração.

Para a avaliação deste requisito é necessário atender à existência de conflitos de interesses, reais ou potenciais. Consideram-se suscetíveis de gerar conflitos de interesses, e de assim afetar a independência de um administrador, o exercício atual ou passado de outros cargos nessa instituição ou noutra instituição de crédito e também a existência de relações de parentesco, profissionais ou de natureza económica com outros membros do órgão de administração ou de fiscalização ou com pessoas titulares de participação qualificada⁵⁷. As instituições de crédito devem dispor de regras sobre prevenção, comunicação e sanção de conflitos de interesses⁵⁸.

⁵⁴ Orientações EBA sobre a avaliação da adequação, n.ºs 41, 43 e 44.

⁵⁵ Art. 33, n.ºs 1, 3 e 7 RGICSF.

⁵⁶ Art. 31-A, n.º 1 RGICSF.

⁵⁷ Art. 31-A, n.º 2 RGICSF e Orientações EBA sobre a avaliação da adequação, n.ºs 81 a 86.

⁵⁸ Art. 33, n.º 9 RGICSF.

Embora no art. 64 CSC o legislador não tenha estabelecido um dever de independência para a generalidade dos administradores, quanto às sociedades emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado e às grandes sociedades anónimas que adotem o modelo de governo anglo-saxónico, o legislador impõe que a comissão de auditoria seja constituída, pelo menos, por um membro independente ou que seja, na sua maioria, constituída por membros independentes, no particular caso das sociedades emitentes⁵⁹. Sendo a comissão de auditoria constituída por administradores não executivos, que atuam na sua função de fiscalização, compreendemos esta especial exigência do legislador⁶⁰⁻⁶¹. Não se considera independente o administrador que seja titular de participação qualificada igual ou superior a 2% do capital ou que tenha sido reeleito por mais de dois mandatos⁶².

O dever de agir com independência encontra-se intimamente ligado ao dever de lealdade, isto é, ao dever de agir no interesse da sociedade⁶³. Contudo, nas instituições de crédito, a atuação dos administradores não pode ignorar a necessidade de salvaguardar os interesses externos dos depositantes e do sistema financeiro⁶⁴. É a necessidade de garantir a efetiva prossecução destes interesses que justifica a intervenção das autoridades de supervisão no governo dos bancos⁶⁵.

2.2.4. Adequação individual, adequação coletiva e diversidade

A avaliação da adequação individual de cada um dos membros do órgão de administração deve ser acompanhada pela avaliação da adequação coletiva do órgão. Assim, além de individualmente adequados ao exercício das suas funções, é necessário garantir que o órgão de administração, no seu conjunto, reúne qualificação profissional e disponibilidade suficientes⁶⁶. A lei apenas faz referência à necessidade de garantir a qualificação profissional e disponibilidade coletiva, e não à necessidade de garantir a idoneidade coletiva do órgão. De facto, estando a avaliação da idoneidade dependente da ponderação de qualidades pessoais do administrador e não da instituição onde essas

⁵⁹ Art. 423- B, n.º 4 e n.º 5 CSC.

⁶⁰ Art. 423- B, n.º 1 e n.º 3 CSC.

⁶¹ Adicionalmente, o conselho fiscal, no modelo tradicional (art. 414, n.º 4 e n.º 6 CSC) e o conselho geral e de supervisão e a comissão para as matérias financeiras por esta nomeada, no modelo germânico (art. 434, n.º 4 e art. 444, n.ºs 2, 5 e 6 CSC), devem ser constituídos, no mínimo, por um membro independente ou ser na sua maioria independentes, no caso das sociedades emitentes.

⁶² Art. 414, n.º 5 CSC.

⁶³ Art. 64, n.º 1, al. b) CSC.

⁶⁴ Art. 30, n.º 2 RGICSF.

⁶⁵ Nas palavras de Santos, 2012, pp. 225-230: “Sobre os administradores bancários impende um dever específico de ter em consideração, além dos interesses (...) da sociedade, tal como definidos pelos acionistas em assembleia ou no estatuto social, também os interesses dos credores, dos clientes e outros investidores, bem como os interesses gerais do sistema bancário (...)”, “os administradores independentes, ao contrário do que sucede na sociedade em geral, não vão defender puros interesses intra-societários, mas também e sobretudo interesses externos”.

⁶⁶ Art. 30, n.º 4 RGICSF.

funções são exercidas, a opção do legislador justifica-se pela impossibilidade de este requisito ser avaliado em coletivo⁶⁷.

Assim sendo, coloca-se a questão de se saber se uma pessoa individualmente adequada e idónea poderá ser impedida de exercer a sua profissão em virtude de não se encontrarem verificados os requisitos de adequação coletiva. Em nosso entendimento, considerando que a adequação individual é necessária, mas não suficiente, parece-nos que o Banco de Portugal poderá recusar ou revogar a autorização para o exercício de funções no órgão de administração se não se encontrarem verificados os requisitos de adequação coletiva⁶⁸.

Adicionalmente, a lei exige ainda que a composição do órgão de administração das instituições de crédito apresente uma composição diversa⁶⁹. A diversidade é uma exigência atual e encontra referências na legislação nacional e europeia. A principal diferença reside no facto de a legislação nacional ser consideravelmente mais contida face ao estabelecido na CRD IV e nas orientações da EBA. Assim, enquanto no RGICSF a diversidade se encontra limitada à necessidade de garantir que os administradores possuem diferentes qualificações e competências e que os géneros se encontram suficientemente representados⁷⁰, a legislação europeia vai mais além. Segundo a CRD IV e as Orientações da EBA, a política interna de seleção e avaliação dos administradores deve ter em consideração, pelo menos, a diversidade de habilitações e experiência profissional, género, idade e origem geográfica⁷¹.

A diversidade no seio das instituições é fundamental para fortalecer a pluralidade e a independência das opiniões e, deste modo, combater o conformismo de grupo. Quanto mais diversificada for a composição do órgão de administração, mais equilibrados, ponderados e sólidos serão os seus processos de tomada de decisão e controlo de riscos e, conseqüentemente, mais segura e resiliente será a instituição.

Por último, importa ainda referir que a política interna de seleção e avaliação dos administradores deve ser orientada pelo princípio da proporcionalidade, que se traduz na possibilidade de fixar requisitos mais ou menos exigentes atendendo à natureza, dimensão e complexidade da atividade da instituição⁷². Contudo, a consagração deste princípio não está isenta de dúvidas e questionamentos. Se, por um lado, facilmente se compreende que os requisitos de qualificação profissional e disponibilidade a exigir aos

⁶⁷ “(...) a lei não exige idoneidade coletiva dado ser uma qualidade pessoal, mas uma adequação coletiva (...)”. Cf. Catarino, 2015, p. 41.

⁶⁸ No mesmo sentido, Catarino, 2015, p. 79.

⁶⁹ Art. 91, n.º 10 CRD IV.

⁷⁰ Art. 30, n.º 6 RGICSF.

⁷¹ Considerando n.º 60 CRD IV e Orientações EBA sobre a avaliação da adequação n.ºs 103, 105 e 108.

⁷² Art. 30, n.º 5 RGICSF e Orientações EBA sobre a avaliação da adequação, n.º 19. “O princípio da proporcionalidade serve para calibrar a intensidade das restrições ao princípio de autonomia empresarial bancária (...)”. Cf. Câmara, 2012, pp. 16-19.

membros do órgão de administração de uma instituição de menor dimensão possam ser menos exigentes do que os requisitos a exigir aos administradores de uma instituição significativa, o mesmo parece não suceder com o requisito da idoneidade.

3. A idoneidade dos membros do órgão de administração das instituições de crédito

3.1. O conceito de idoneidade e a *ratio* da norma

O estabelecimento de exigentes requisitos de idoneidade para os administradores das instituições de crédito é essencial para garantir que as instituições são geridas de forma sã e prudente e, deste modo, garantir a confiança dos depositantes e a estabilidade do sistema financeiro. Na avaliação da idoneidade deve ter-se em consideração o modo como a pessoa gere habitualmente os seus negócios ou exerce a profissão, nomeadamente nos aspetos que revelem a sua capacidade para decidir de forma ponderada e criteriosa, a sua tendência para cumprir pontualmente as suas obrigações ou para ter comportamentos compatíveis com a preservação da confiança do mercado⁷³.

À semelhança do que sucede nas demais sociedades, também aos administradores dos bancos é exigido que atuem com a prudência e a diligência de um gestor criterioso e ordenado⁷⁴. Contudo, o conceito de idoneidade vai mais além, não se limitando apenas à necessidade de os administradores atuarem de forma diligente no exercício das suas funções.

A utilização pelo legislador nacional do conceito de idoneidade, na tradução da CRD IV em português e, conseqüentemente, no art. 30-D do RGICSF, não deixa transparecer de forma tão imediata o sentido que lhe parece ter sido atribuído pelo legislador europeu. Na tradução da CRD IV noutras línguas, como por exemplo em inglês, espanhol, francês e italiano, no lugar de idoneidade são utilizadas expressões como “*good repute*”, “*oportuna reputación*”, “*honorabilité*” e “*onorabilità*”, que nos remetem de forma mais direta para os requisitos que o legislador europeu pretendeu exigir aos administradores das instituições de crédito⁷⁵.

No entanto, embora na tradução portuguesa da CRD IV não sejam utilizados termos como “boa reputação” ou “honorabilidade”, o conceito de idoneidade não deve limitar-se a ser entendido como sinónimo de adequação, capacidade ou aptidão para o

⁷³ Art. 30-D, n.º 1 RGICSF.

⁷⁴ Art. 64, n.º 1, al. a) CSC e art. 75 RGICSF. O critério de diligência exigido aos administradores das sociedades comerciais é mais exigente do que o padrão de diligência de um bom pai de família. Significa isto que o padrão de diligência exigido a um administrador é superior ao exigido ao homem médio, à pessoa medianamente cuidadosa e prudente. Cf. Costa, 2011, pp. 167-174.

⁷⁵ Cf. diferentes traduções do art. 91 CRD IV, disponíveis em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32013L0036>.

exercício de funções, como resultaria de um entendimento mais *lato*⁷⁶. Entendemos que ser-se idóneo é mais do que ser-se adequado, é possuir uma superior reputação, honestidade, comportamento ético pessoal e profissional reconhecido⁷⁷.

Deste modo, estando a avaliação da idoneidade dependente da ponderação de qualidades pessoais dos administradores, a aplicação do princípio da proporcionalidade revela-se problemática. Em nosso entendimento, os requisitos de integridade, honorabilidade e boa reputação exigidos aos administradores de uma instituição de menor dimensão não podem ser menos exigentes do que aqueles que são impostos aos administradores de uma instituição significativa. Assim, não estando a idoneidade dependente da instituição onde concretamente são exercidas funções, entendemos que o grau de idoneidade a exigir aos membros do órgão de administração das instituições de crédito deverá ser sempre o mesmo, o que constitui uma exceção ao princípio da proporcionalidade consagrado no art. 30, n.º 5 RGICSF⁷⁸.

Por último, é ainda importante esclarecer que a avaliação da idoneidade tem uma natureza preventiva e não um carácter sancionatório⁷⁹. Não se pretende penalizar o administrador pelo seu comportamento passado, pela violação dos seus deveres no exercício das suas funções, mas sim prevenir a ocorrência de eventuais danos futuros para os depositantes e para o sistema financeiro, causados pela gestão imprudente da instituição⁸⁰. A inidoneidade de um administrador não se confunde com a sua eventual responsabilidade por factos ilícitos⁸¹. De outro modo, a natureza preventiva da norma daria lugar a uma função sancionatória, contrariando a sua *ratio*.

Por tudo isto, podemos assim concluir que o conceito de idoneidade constante no n.º 1 do art 30-D RGICSF é um conceito indeterminado⁸² que carece de ser densificado com recurso às várias circunstâncias exemplificativas constantes nos n.ºs 3 e 5. Contudo, dúvidas existem relativamente à extensão dos poderes atribuídos ao Banco de Portugal nessa avaliação.

⁷⁶ Em sentido amplo idoneidade é sinónimo de capacidade e aptidão, contudo não é este o entendimento que aqui deve ser dado à expressão utilizada pelo legislador. Embora a lei portuguesa não faça uso do conceito geral de honorabilidade, deve ser este o sentido a atribuir ao conceito de idoneidade. No mesmo sentido, Ferreira, 2016, p. 5.

⁷⁷ No mesmo sentido, Catarino, 2015, p. 84.

⁷⁸ Orientações EBA sobre a avaliação da adequação, n.º 20.

⁷⁹ Art. 30-D, n.º 4 RGICSF.

⁸⁰ Nas palavras de Maia, 2013, p. 10: “(...) não se visa apreciar o que o sujeito fez, mas sim o risco do que ele venha a fazer”.

⁸¹ Nota técnica sobre a avaliação pelo Banco de Portugal da idoneidade dos membros dos órgãos sociais das sociedades supervisionadas, n.º 20 (doravante, Nota técnica do BdP sobre idoneidade).

⁸² Diz-se indeterminado o conceito jurídico caracterizado por um elevado grau de indeterminação ou com conteúdo e extensão incertos, conferindo uma maior margem de liberdade à administração no seu preenchimento em concreto. O problema dos conceitos indeterminados consiste em saber se atribuem poderes discricionários à Administração e, conseqüentemente, se a sua aplicação ao caso concreto pode ser judicialmente impugnada. Cf. Reis, 2015, p. 116.

3.2. O poder discricionário atribuído ao Banco de Portugal e os critérios de avaliação da idoneidade na lei, na doutrina e na jurisprudência

Segundo o entendimento do STA, num acórdão de 3 de maio de 2005⁸³, e do TCAS, num acórdão de 26 de abril de 2012⁸⁴, o poder legalmente atribuído ao Banco de Portugal na avaliação da idoneidade não é um poder discricionário, mas sim um poder vinculado, estando a sua apreciação limitada à ponderação das circunstâncias legalmente previstas ou outras de natureza análoga. Entendimento semelhante é o perfilhado por Calvão da Silva, que adere expressamente à jurisprudência dos tribunais administrativos superiores⁸⁵. Ainda no mesmo sentido, para Margarida Reis, embora a atual redação da norma pareça atribuir uma maior margem de liberdade ao Banco de Portugal na ponderação de outros factos e circunstâncias, os seus poderes não se estendem para além dos pressupostos da norma, estando aqui em causa um conceito indeterminado cuja aplicação se resolve hermenêuticamente dentro dos amplos limites da lei⁸⁶.

Pelo contrário, para Luís Guilherme Catarino, a avaliação da idoneidade dos administradores traduz-se num vasto poder administrativo discricionário, balizado pela necessidade de garantir a gestão sã e prudente da instituição, a proteção dos interesses dos depositantes e do sistema financeiro⁸⁷. De facto, parece-nos irrealista acreditar que o legislador tem a capacidade de prever todas as circunstâncias suscetíveis de afetar a honra, boa reputação e integridade de um administrador, pelo que também entendemos que é fundamental atribuir ao Banco de Portugal alguma margem de liberdade na avaliação e ponderação de outras circunstâncias, para além das legalmente previstas. Contudo, é importante esclarecer que o poder discricionário que entendemos ser atribuído ao Banco de Portugal, caracterizado por uma ampla margem de valoração própria e que lhe permite atender às particularidades do caso concreto, não é um poder arbitrário, mas sim um poder conferido e delimitado pela lei e judicialmente sindicável.

Recentemente, num acórdão de 13 de março de 2020, o TCAN⁸⁸ reconheceu que o poder atribuído ao Banco de Portugal se insere no âmbito da discricionariedade administrativa, podendo apenas ser sindicado em casos de erro grosseiro ou uso de critérios manifestamente desajustados, contrariando assim o anterior sentido da doutrina e da jurisprudência.

⁸³ Proc. n.º 01009/04.

⁸⁴ Proc. n.º 03836/08.

⁸⁵ “O poder do Banco de Portugal está vinculado a esses critérios, com o que isso implica de falta ou diminuta discricionariedade na apreciação da idoneidade”. Cf. Silva, 2013, pp. 5-6.

⁸⁶ Reis, 2015, pp. 125-126.

⁸⁷ “A verificação destas condições legais (também ditas de *fitness and propriety* para o exercício de funções) deve manter-se a todo o tempo, detendo o regulador responsável pela supervisão prudencial fortes poderes discricionários (...)”. Cf. Catarino, 2015, pp. 30-32.

⁸⁸ Proc. n.º 00645/19.5BEBRG.

Os critérios de avaliação da idoneidade dos administradores dos bancos têm sido alvo de uma crescente densificação. A letra da lei tem permitido ao Banco de Portugal ponderar cada vez mais circunstâncias indiciadoras da falta de idoneidade, mas nem sempre assim foi.

Na versão primitiva do RGICSF, os critérios de avaliação da idoneidade encontravam-se plasmados no n.º 3 do antigo art. 30. A título de exemplo, considerava-se indiciador da falta de idoneidade o facto de a pessoa avaliada ter sido condenada por alguns crimes como insolvência culposa, falsificação, furto, roubo, burla, abuso de confiança e corrupção. Neste sentido, colocava-se desde logo a questão de se saber se na sua avaliação o Banco de Portugal poderia ter em consideração outras circunstâncias, para além das legalmente previstas.

Segundo os *supra* referidos acórdãos do STA, de 2005, e do TCAS, de 2012, apenas poderia ser considerado indiciador da falta de idoneidade a verificação de alguma das situações-tipo expressamente previstas na norma, ou outras de natureza análoga. Ora, fazendo todas essas situações referência a condenações, a jurisprudência dos tribunais administrativos superiores considerava necessário o reconhecimento formal da inidoneidade de um administrador através de uma sentença judicial condenatória⁸⁹, pelo que a presunção da inocência equivaleria a uma presunção de idoneidade⁹⁰. Contudo, este entendimento revela-se problemático, uma vez que poderia dar-se o caso de o Banco de Portugal não poder considerar outras circunstâncias claramente indiciadoras da falta de idoneidade pelo simples facto de sobre elas ainda não incidir uma sentença judicial condenatória.

A redação original do art. 30 RGICSF manteve-se praticamente inalterada até à entrada em vigor do DL. n.º 126/2008, de 21 de julho, que veio acrescentar ao n.º 3 do art. 30 a possibilidade de o Banco de Portugal ter em consideração outras circunstâncias indiciadoras da falta de idoneidade para além das expressamente previstas, desde que justificadas à luz das finalidades preventivas da norma. Contudo, nem esta alteração legislativa parece ter sido suficiente para inverter o sentido da jurisprudência, uma vez que em janeiro de 2014 o TAF Porto⁹¹ decidiu adotar o mesmo entendimento do STA, de 2005, e do TCAS, de 2012. Se, por um lado, se poderia entender a inclinação da jurisprudência à luz da versão originária do RGICSF, o mesmo parece já não suceder

⁸⁹ Segundo o Ac. do STA de 2005, “A interpretação, em termos objetivos, do disposto no n.º 2 do artigo 30 do RGICSF implica a consideração da alínea c) do n.º 3 do mesmo artigo que não permite o cancelamento do registo do Recorrente sem ter havido uma sentença condenatória transitada em julgado pela prática de um dos crimes aí previstos”. Segundo o Ac. TCAS de 2012 “Para o preenchimento do conceito indeterminado falta de idoneidade, a Administração deve atender às circunstâncias indiciadoras exemplificativamente enumeradas (...) onde é sempre exigido uma condenação por sentença judicial, ou a quaisquer outras que revistam uma gravidade análoga”.

⁹⁰ Nota técnica do BdP sobre idoneidade, n.º 33. No art. 32, n.º 2 da CRP é possível ler que “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação (...)”.

⁹¹ Proc. 3140/09.7BEPRT. Nota técnica do BdP sobre idoneidade, n.º 7.

nesta decisão de 2014. Em nosso entendimento, o TAF Porto não podia ter ignorado as alterações legislativas introduzidas ao RGICSF em 2008.

Em novembro de 2013, no contexto da transposição da CRD IV para o ordenamento jurídico nacional, o Banco de Portugal apresentou ao Governo uma proposta legislativa de alteração do RGICSF. Esta proposta pretendia preservar a capacidade de valoração própria, pelo supervisor, de outras circunstâncias que considerasse relevantes à luz das finalidades preventivas da norma e garantir a autonomia dos processos de avaliação de idoneidade relativamente a quaisquer processos sancionatórios. A proposta apresentada pelo Banco de Portugal foi a seguinte:

Os factos suscetíveis de qualificação como ilícitos de natureza criminal, contraordenacional ou outra são tomados em consideração independentemente da instauração de processo pela autoridade competente e das decisões nele proferidas, se de tais factos resultar, com base na informação disponível e à luz das finalidades preventivas referidas no artigo 30.º e no presente artigo, uma dúvida fundada sobre as garantias de gestão sã e prudente oferecidas pela pessoa interessada, tendo sempre em conta o tempo já decorrido, o carácter provisório ou definitivo das decisões judiciais ou administrativas e a eventual pendência de recurso⁹².

Embora nos pareça claro que a avaliação da idoneidade não possa basear-se exclusivamente na existência de uma sentença judicial condenatória, esta proposta não foi acolhida no art. 30-D, aditado ao RGICSF pelo DL. n.º 157/2014, de 24 de outubro. Assim, não ficando verdadeiramente garantida a autonomia do processo de avaliação da idoneidade em relação aos processos sancionatórios, existia uma grande probabilidade de o entendimento da jurisprudência dos tribunais superiores se manter inalterado⁹³. Contudo, o atual sentido da jurisprudência revela uma evolução significativa.

Recentemente, num acórdão de 2019, o TRL⁹⁴ entendeu que a mera constituição como arguido num processo-crime é relevante para a avaliação da sua idoneidade, contrariando assim o anterior sentido da jurisprudência nos *supra* referidos acórdãos do STA, de 2005, e do TCAS, de 2012. Contudo, embora atualmente já não seja mais exigida, sem margem de dúvida, a existência de uma decisão judicial condenatória, podendo a decisão de inidoneidade ser fundada na mera acusação, pronúncia ou constituição como arguido⁹⁵, desta mais recente decisão do TRL não nos parece ser ainda possível concluir

⁹² Nota técnica do BdP sobre idoneidade, n.º 17.

⁹³ Nota técnica do BdP sobre idoneidade, n.ºs 28 e 29.

⁹⁴ Proc. 293/18.7YUSTR.L1-3.

⁹⁵ Art. 30- D, n.º 5, al. b), c) RGICSF.

que se encontra verdadeiramente assegurada a autonomização dos processos de avaliação da idoneidade face aos processos de natureza sancionatória.

Não sendo ainda conhecidos outros casos, uma vez que apenas são conhecidas as decisões do Banco de Portugal judicialmente impugnadas⁹⁶, aguardamos pelo conhecimento de uma decisão judicial que reconheça, sem margem para dúvidas, a relevância da ponderação de outras circunstâncias não relacionadas com processos-crime, como se impõe pela atual redação do art. 30-D.

3.2.1. O art. 30-D: padrão de comportamento, indícios de inidoneidade e juízo de prognose

No art. 30-D RGICSF, a lei não define, em concreto, o que é ser-se um administrador idóneo, antes optou por recorrer a uma cláusula geral que estabelece um padrão de comportamento (n.º 1), que carece de ser densificado com o auxílio de circunstâncias indiciadoras da falta de idoneidade (n.º 3) e que permite fundar um juízo de prognose sobre as garantias que o administrador oferece em relação à gestão e prudente da instituição (n.º 5). A organização e a articulação dos critérios de avaliação da idoneidade constantes nos vários números e alíneas do art. 30-D é complexa, mas pretendemos aqui simplificar o seu entendimento.

A avaliação da idoneidade deve ser efetuada com base em critérios de natureza objetiva, a partir da análise das funções passadas do avaliado como profissional e as características mais salientes do seu comportamento⁹⁷. Segundo o n.º 1, a avaliação dos administradores deve partir da apreciação do modo como estes gerem habitualmente os seus negócios, pessoais ou profissionais, ou exercem a profissão, atendendo especialmente à sua capacidade para decidir de forma ponderada e criteriosa, tendência para cumprir pontualmente as suas obrigações e para ter comportamentos compatíveis com a preservação da confiança do mercado.

No n.º 3, o legislador optou por estabelecer alguns factos e circunstâncias indiciadores da falta de idoneidade, que visam densificar o conceito indeterminado e o padrão geral de comportamento estabelecidos no n.º 1. A título de exemplo, considera-se indiciador da falta de idoneidade a atuação não transparente com as autoridades de supervisão, consumação ou tentativa de uma operação de branqueamento de capitais, destituição do administrador de cargo que exija uma especial relação de confiança, inclusão de menções de incumprimento na central de responsabilidades de crédito,

⁹⁶ Num Ac. de 13 de fevereiro de 2020 o TCAS (Proc. 635/04.2BECTB) refere que o registo dos administrados junto do BdP não é público, assim como também não são públicas as decisões do BdP relativas ao cancelamento desse registo.

⁹⁷ Art. 30-D, n.º 2 RGICSF.

insolvência pessoal independentemente da respetiva qualificação, existência de conflitos de interesses e, ainda, ações cíveis, processos administrativos ou criminais⁹⁸.

Assim sendo, coloca-se a questão de se saber se a verificação de algum destes indícios constitui uma presunção absoluta de inidoneidade ou se, pelo contrário, constituem apenas situações de alerta que, quando verificadas, não podem ser ignoradas pelo supervisor na sua avaliação. Em nosso entendimento, no n.º 3 apenas são estabelecidas algumas circunstâncias que, quando verificadas, não podem deixar de ser consideradas na avaliação, pelo que a sua verificação, em concreto, não pode traduzir-se no imediato juízo de inidoneidade da pessoa avaliada e no conseqüente impedimento para o exercício de funções. Entendemos que o padrão de comportamento se sobrepõe aos indícios de inidoneidade, pelo que, mesmo verificada alguma destas situações, se se entender que a pessoa avaliada oferece garantias de assegurar uma gestão sã e prudente, revelar capacidade para decidir de forma ponderada e criteriosa, cumprir pontualmente as suas obrigações e preservar a confiança do mercado, poderá ser considerada idónea para o exercício das suas funções enquanto administrador⁹⁹.

No n.º 5, o legislador estabelece algumas circunstâncias que à luz das finalidades preventivas da norma, pela sua gravidade ou reiteração, permitem fundar um juízo de prognose sólido e irrefutável sobre as garantias que a pessoa avaliada oferece em relação à gestão sã e prudente da instituição. Este juízo de prognose consiste na possibilidade de, a partir da verificação de certos factos no presente, se prever a forma como o administrador virá a gerir a instituição no futuro. Deste modo, se a partir da verificação de certos factos ou circunstâncias no presente se concluir que a pessoa avaliada não reúne condições de assegurar, em permanência, a gestão sã e prudente da instituição, não poderá ser considerada idónea para o exercício do cargo de administrador¹⁰⁰.

Nesta avaliação prospetiva, que pretende prever o modo como o administrador irá gerir a instituição e, deste modo, prevenir a ocorrência de danos para os depositantes e para o sistema financeiro, é concedida uma ampla margem de liberdade ao Banco de Portugal na sua avaliação. Assim, não pode deixar de ser tomada em consideração, por

⁹⁸ A avaliação da idoneidade dos administradores dos bancos não é uma preocupação exclusiva do legislador nacional ou europeu, na verdade é uma preocupação verificada a nível global. Os critérios de avaliação exigidos, por exemplo, em Angola e Moçambique são muito semelhantes aos exigidos no art 30-D RGICSF. Cf. art. 62 da Lei n.º 14/21, de 19 de maio (Angola) e art. 28 da Lei 20/2020, de 21 dezembro (Moçambique). Por outro lado, no Brasil não são estabelecidos critérios de avaliação da idoneidade, a lei apenas refere que uma das condições para se ser administrador de uma instituição de crédito é ter “reputação ilibada”. Cf. art. 2 do Regulamento Anexo II Resolução 4.122, de 2 de agosto de 2012 (Brasil).

⁹⁹ No mesmo sentido, Catarino, 2015, pp. 85-93: “o padrão de boa conduta não era afastado pela aplicação, ou mera enunciação, dos factos objetivos enumerados como circunstâncias atendíveis para indiciar falta de idoneidade” e Silva, 2013, p. 6: “o Banco de Portugal não assume automaticamente as situações elencadas (...) como necessariamente impeditivas de assunção do cargo de administrador – o que aconteceria se os indícios equivalassem a presunções absolutas, *iuris et de iure*”.

¹⁰⁰ “A idoneidade serve de ponte entre o passado – que se conhece – e o futuro – que se pretende prevenir – assentando, portanto, numa inferência: a de que determinado tipo de atuação passada se poderá repetir no futuro, pondo em causa o interesse público”. Cf. Maia, 2013, p. 10.

exemplo, a insolvência pessoal do administrador ou de empresa por si administrada; a acusação, pronúncia ou condenação por crimes contra o património, crimes fiscais, crimes especificamente relacionados com o exercício de atividades financeiras e crimes previstos no CSC; factos que tenham determinado a destituição do administrador por justa causa e a sua condenação por danos causados à sociedade, sócios e credores.

O atual n.º 5 do art. 30-D parece ser uma herança reformulada e atualizada do antigo art. 30, n.º 3; contudo, atualmente já não é exigida uma sentença judicial condenatória, bastando a mera acusação ou pronúncia¹⁰¹. Adicionalmente, embora tal possibilidade não encontre representação na letra da lei, no *supra* referido acórdão de 2019, o TRL entendeu que a constituição como arguido num processo-crime também deve ser considerada no apuramento de circunstâncias indiciadoras da falta de idoneidade. Isto não significa que a mera constituição como arguido permita ao Banco de Portugal concluir inequivocamente pela falta de idoneidade da pessoa avaliada, mas apenas que é um facto a ponderar de acordo com um juízo de prognose sobre as garantias que a pessoa oferece em relação à gestão sã e prudente da instituição¹⁰².

Segundo o n.º 6, a condenação e, por maioria de razão, também a acusação, pronúncia e constituição como arguido não têm como efeito necessário a perda de idoneidade, devendo a sua relevância ser ponderada à luz da natureza do ilícito, a sua conexão com a atividade financeira, o carácter ocasional ou reiterado, o nível de envolvimento pessoal do administrador, o benefício obtido e o prejuízo causado à instituição, aos seus clientes, credores e ao sistema financeiro.

Após a análise detalhada da norma algumas questões, ficaram ainda por responder: Durante quanto tempo determinado facto será considerado relevante para efeitos da avaliação da idoneidade? Durante quanto tempo podem os administradores ficar impedidos de exercer a sua profissão? Podem ser tidas em consideração circunstâncias da vida privada não diretamente relacionadas com o modo como o administrador gere os seus negócios ou exerce a profissão?

Relativamente à primeira questão, é importante começar por referir que na avaliação da idoneidade e na ponderação da relevância dos factos é necessário atender à sua proximidade temporal, ao seu carácter reiterado ou isolado e à natureza do facto concretamente avaliado. Segundo o entendimento do TCAN, no já mencionado acórdão de 2020, a falta de idoneidade não é uma característica temporal, mas estrutural, não podendo, por isso, cingir-se à ponderação dos factos ocorridos no ano civil em que é solicitada a sua declaração. Contudo, neste acórdão, o tribunal também não estabeleceu

¹⁰¹ Art. 30-D, n.º 5, al. b) RGICSF.

¹⁰² No Ac. de 2019 o TRL referiu que “a constituição de alguém como arguido num processo (...) constitui inequivocamente um facto relevante que não pode ser omitido no questionário”.

um limite temporal durante o qual esses factos são relevantes. No Guia do BCE para as avaliações da adequação e idoneidade é estabelecido um limite geral de 5 anos¹⁰³.

Quanto à segunda questão, embora a lei não estabeleça um limite temporal máximo durante o qual um administrador considerado inidóneo pode ser impedido de exercer a sua profissão, entendemos que o estabelecimento de uma limitação temporal é necessário, sob pena de se considerar uma sanção *ad aeternum*. Se o legislador impõe limitações temporais à inibição para o exercício de funções enquanto sanção acessória, o mesmo terá de suceder relativamente à inibição para o exercício de funções resultante de uma avaliação negativa da idoneidade¹⁰⁴.

Relativamente à terceira questão, embora os critérios de avaliação da idoneidade legalmente previstos no art. 30-D centrem a sua atenção no comportamento profissional do administrador e nas suas qualidades enquanto gestor, tendo em consideração que o conceito europeu de idoneidade nos remete para conceitos como integridade, honorabilidade e boa reputação, entendemos que algumas circunstâncias da vida privada, embora não relacionadas diretamente com o modo como o administrador gere os negócios ou exerce a profissão, também devem ser consideradas.

Deste modo, considerando que a atividade bancária pressupõe a verificação de fortes valores de confiança, honestidade, integridade e correção, entendemos que os administradores dos bancos não podem deixar de pautar a sua vida pessoal por elevados padrões de conduta, éticos e morais, não podendo ser admitido qualquer comportamento que possa pôr em causa a confiança do mercado e dos depositantes. Assim, apenas a título de exemplo, embora não relacionado com a atividade financeira, entendemos que não reúne condições para ser administrador de uma instituição de crédito a pessoa condenada ou até constituída arguida em processos-crime especialmente graves, como homicídio ou violência doméstica, nem a pessoa que revele publicamente comportamentos intolerantes e discriminatórios. Neste sentido, sendo a diversidade um dos requisitos de adequação do órgão de administração¹⁰⁵, a manifestação de comportamentos discriminatórios por um dos seus membros poderia até afetar o modo como a instituição é gerida. Consideramos que todas estas situações são de tal modo graves, inaceitáveis, eticamente reprováveis e estruturalmente disfuncionais, que não podem ser ignoradas.

¹⁰³ “Em geral, se tiverem decorrido cinco anos desde a decisão (...) se não existirem outros factos suscetíveis de pôr em causa a idoneidade da pessoa nomeada, considerar-se-á, em princípio, que não existem dúvidas materiais quanto à idoneidade da pessoa nomeada”. Cf. Guia BCE para as avaliações da adequação e idoneidade, ponto 3.2.2.

¹⁰⁴ Segundo o art. 212, n.º 1, al. d) RGICSF, o administrador pode ficar impedido de exercer as suas funções, enquanto sanção acessória, por períodos compreendidos entre 6 meses e 3 anos ou 1 a 10 anos, consoante a infração seja considerada grave ou especialmente grave.

¹⁰⁵ Cf. ponto 2.2.4 e notas 68, 69, 70.

Por último, ainda a propósito da ponderação de circunstâncias da vida privada, é importante fazer uma breve análise do caso BES e da avaliação da idoneidade de Ricardo Salgado. Neste polémico caso discutiu-se se o recebimento de uma gratificação de treze milhões e oitocentos mil euros de um cliente, a propósito de conselhos dados a título de amizade, seria suscetível de afetar a sua idoneidade. Segundo os entendimentos de Calvão da Silva, Pedro Maia e Vieira de Andrade, estando em causa um facto da vida privada, um ato isolado e sobre o qual não incide decisão judicial condenatória, a aceitação desta liberalidade não era suscetível de afetar a idoneidade do administrador do BES¹⁰⁶. A decisão do Banco de Portugal fundou-se no entendimento dos tribunais administrativos superiores à data dos factos, que exigiam que uma decisão de inidoneidade fosse baseada na existência de uma decisão judicial condenatória, o que não se verificava neste caso. Ricardo Salgado teve a primeira condenação contraordenacional transitada em julgado em 2020 e a primeira condenação criminal em 2022¹⁰⁷. Uma decisão de inidoneidade neste contexto facilmente teria sido judicialmente impugnada com sucesso, pelo que compreendemos a decisão do Banco de Portugal à época. Contudo, entendemos que o mesmo posicionamento do Banco de Portugal não poderia ser justificado atualmente. Se, à data dos factos, o entendimento da jurisprudência fosse diferente, provavelmente Ricardo Salgado teria enfrentado um processo de reavaliação da sua idoneidade¹⁰⁸.

3.3. A avaliação inicial e contínua da idoneidade pelas entidades supervisionadas e pelas autoridades de supervisão

O art. 91 da CRD IV não esclarece o momento em que a avaliação da idoneidade dos administradores deve ser realizada, o que origina verdadeiras disparidades entre os procedimentos de avaliação na Europa. O momento em que é dado início ao procedimento de avaliação varia de país para país e, estando o BCE vinculado à aplicação das normas nacionais que transpõe Diretivas¹⁰⁹, esta ampla margem de liberdade concedida aos Estados revela-se problemática para a harmonização dos procedimentos de avaliação no seio do MUS.

¹⁰⁶ Silva, 2013, pp. 10-11; Maia, 2013, pp. 15-17.

¹⁰⁷ Rosa, 2022, p. 166.

¹⁰⁸ A proposta de alteração do RGICSF apresentada pelo Banco de Portugal surge no contexto do caso BES, da necessidade de aumentar os poderes de supervisão atribuídos ao Banco de Portugal e ultrapassar as limitações da jurisprudência. Nas palavras de Carlos Costa, antigo Governador do Banco de Portugal, “Se pudesse, tinha-lhe retirado a idoneidade imediatamente. Após reflexão, concluímos que era necessário rever a legislação (...)”. Cf. Rosa, 2022, pp. 154-170.

¹⁰⁹ Art. 4, n.º 3 Regulamento MUS.

Em alguns Estados, como sucede, por exemplo, em Portugal¹¹⁰, Espanha¹¹¹ e França¹¹², o procedimento de avaliação da adequação e idoneidade pela própria instituição inicia-se em momento anterior à designação dos administradores, estando o seu efetivo exercício de funções dependente de autorização das autoridades de supervisão. Pelo contrário, em Itália¹¹³, o procedimento de avaliação da idoneidade dos administradores pela instituição e pelas autoridades de supervisão tem início após a sua designação e efetivo exercício de funções (avaliação *ex post*), contrariando o disposto nas Orientações da EBA¹¹⁴.

Contrariamente ao que sucede em Portugal, em Itália a avaliação da idoneidade pela instituição é realizada no prazo de 30 dias a contar da designação do administrador para o cargo. Nesse período, a instituição deve enviar à autoridade de supervisão (Banca d'Italia) uma cópia do relatório da sua avaliação para que, no prazo de 120 dias após o recebimento do relatório, considerando que o membro não reúne os requisitos exigidos, a Banca d'Italia possa instaurar um procedimento com vista à destituição do administrador. Porém, tratando-se de uma designação para altos cargos, como presidente do órgão de administração ou CEO, as informações relevantes para a avaliação devem ser disponibilizadas à Banca d'Italia antes da nomeação, a fim de facilitar o posterior e formal processo de avaliação, que permanece *ex post*¹¹⁵.

Em nosso entendimento, o procedimento de avaliação que melhor parece tutelar o interesse preventivo que esteve na origem da criação da norma é o adotado em países como Portugal, Espanha e França, em que a avaliação pelas instituições ocorre em momento anterior à designação e em que a avaliação pelo supervisor antecede o efetivo exercício de funções. Pelo contrário, o procedimento de avaliação adotado em Itália, em que a avaliação ocorre em momento posterior ao início de funções, não parece ser compatível com a natureza preventiva da norma.

Sem prejuízo dos procedimentos de avaliação adotados pelos diversos ordenamentos jurídicos nacionais, relativamente às instituições significativas, o BCE tem procurado antecipar a sua avaliação, de modo que lhe permita comunicar a sua decisão antes de a pessoa nomeada assumir funções¹¹⁶. Nos pontos seguintes iremos estudar de forma mais detalhada os procedimentos de avaliação adotados em Portugal.

¹¹⁰ Art. 30-A, n.º 3 e art. 30-B, n.ºs 1, 2 RGICSF.

¹¹¹ Art. 29, n.º 1, n.º 2, al. a), c) e n.º 3º, art. 33, n.º 3 Real Decreto 84/2015.

¹¹² Art. L 612-23-1, n.º 1 e art. R 612-29-3, n.º 1 Code Monétaire et Financier.

¹¹³ Art. 26, n.º 2, 5 e 6; art. 69-vicies-semel, n.º 4 Testo Unico Bancario.

¹¹⁴ Orientações EBA sobre avaliação da adequação, n.º 134.

¹¹⁵ Banca d'Italia, 2021, Disposizioni di vigilanza in materia di procedura di valutazione dell'idoneità degli esponenti di banche, intermediari finanziari, istituti di moneta elettronica, istituti di pagamento e sistemi di garanzia dei depositanti, pp. 5-11.

¹¹⁶ Guia BCE para as avaliações da adequação e idoneidade, ponto 7.1.

3.3.1. Avaliação inicial pelas entidades supervisionadas

A avaliação da idoneidade dos administradores compete, em primeira linha, à própria instituição. As instituições de crédito são as principais responsáveis por assegurar que os membros do seu órgão de administração possuem, inicialmente e em permanência, a adequação individual e coletiva necessárias ao exercício das suas funções¹¹⁷. Para tal é necessário que a AG de cada instituição aprove uma clara e rigorosa política interna de seleção e avaliação dos seus administradores¹¹⁸. A política interna de seleção e avaliação deve estabelecer os procedimentos de avaliação adotados, os critérios de adequação e idoneidade exigidos e a identificação dos responsáveis, no seio da instituição, pela avaliação desses requisitos¹¹⁹.

No art. 30-A do RGICSF, o legislador não esclarece por quem esta avaliação deve ser realizada, contudo a resposta a esta questão encontra-se nas Orientações da EBA¹²⁰. A avaliação da adequação e idoneidade dos administradores deve ser realizada pelo comité de nomeações ou, caso este não tenha sido criado, pelos membros não executivos do órgão de administração, de modo a garantir a imparcialidade e a independência deste exercício avaliativo. Deste modo, entende-se que o avaliador nunca poderá ser um membro executivo e nunca poderá ser o próprio avaliado. Embora nas Orientações da EBA não seja feita referência à possibilidade de a avaliação ser realizada pelos membros do órgão de fiscalização ou até pelos acionistas, considerando que o objetivo do legislador é garantir a isenção do procedimento e evitar a autoavaliação, entendemos que estas opções também poderiam ser consideradas.

Posto isto, coloca-se a questão de se saber em que casos é legalmente exigida a constituição de um comité de nomeações. Nos termos do n.º 1 do art. 115-B, a constituição de um comité de nomeações não parece ser obrigatória¹²¹. A utilização pela lei da expressão “podem” transmite a ideia de possibilidade e não de obrigatoriedade, contudo não é esta a interpretação que parece resultar do art. 88, n.º 2 da CRD IV e das Orientações da EBA¹²². Atendendo à sua dimensão, organização interna e complexidade das atividades, as instituições significativas¹²³ devem possuir um comité de nomeações.

¹¹⁷ Art. 30º-A, n.º 1 e Orientações EBA sobre avaliação da adequação, n.º 22.

¹¹⁸ A política de seleção e avaliação não se aplica exclusivamente à avaliação dos administradores das instituições de crédito, mas também à avaliação dos membros do órgão de fiscalização e titulares de funções essenciais, a quem se aplicam os mesmos requisitos de adequação e idoneidade. As alterações à política de adequação também devem ser aprovadas pelos sócios. Cf. Orientações EBA sobre avaliação da adequação, n.º 111.

¹¹⁹ Art. 30-A, n.º 2 e art. 30, n.º 6 RGICSF.

¹²⁰ Orientações EBA sobre a avaliação da adequação, n.º 125, 134.

¹²¹ Segundo o art. 115-B, n.º 1, as instituições de crédito podem (sublinhado nosso) criar um comité de nomeações atendendo à sua dimensão, organização interna, natureza e complexidade das atividades.

¹²² Orientações EBA sobre a avaliação da adequação, n.º 123.

¹²³ Segundo o entendimento que nos parece mais pacífico, o conceito de instituição significativa para efeitos do art.115-B coincide com o conceito europeu definido no art. 6, n.º 4 do Regulamento MUS, do qual resulta que as instituições significativas são aquelas diretamente supervisionadas pelo BCE. Contudo, segundo o entendimento de Diogo Costa Gonçalves não existe um único conceito operativo de instituição significativa.

A avaliação dos requisitos de adequação e idoneidade pela instituição tem início em momento anterior à designação dos administradores (controlo prévio). Partindo da aplicação da política interna de seleção e avaliação e da análise das declarações prestadas pela pessoa avaliada¹²⁴, a instituição elabora um relatório de avaliação individual e coletiva¹²⁵. Se a instituição entender que a pessoa avaliada não reúne os requisitos exigidos, o administrador não poderá ser designado para o cargo¹²⁶. Pelo contrário, sendo a avaliação positiva, a pessoa avaliada poderá ser designada. Neste sentido, é importante referir que, sendo os membros do órgão de administração eleitos pelos acionistas em AG¹²⁷, o relatório de avaliação elaborado pela instituição e a declaração apresentada pela pessoa avaliada devem ser disponibilizados aos acionistas enquanto informações preparatórias da AG, a fim de poderem ser livremente consultados e permitirem uma consciente tomada de decisão¹²⁸.

Embora a instituição possa ter concluído que a pessoa avaliada reúne os exigidos requisitos de adequação e idoneidade, podendo o administrador ser designado para o cargo, o seu efetivo exercício de funções está dependente da avaliação positiva das autoridades de supervisão.

3.3.2. Avaliação inicial pelas autoridades de supervisão

Enquanto autoridades de supervisão, o Banco de Portugal e o BCE atuam como segunda linha na avaliação dos requisitos de adequação e idoneidade previamente verificados pela instituição supervisionada. Conforme referido no ponto 1.3, a repartição de competências entre o Banco de Portugal e o BCE, no âmbito do MUS, depende do carácter significativo da instituição. A avaliação pelas autoridades de supervisão pode ocorrer em sede de dois processos de autorização distintos: autorização da instituição e autorização para o exercício de funções.

Por um lado, estando a constituição de uma instituição de crédito dependente de autorização e sendo a falta de adequação e idoneidade dos administradores um dos fundamentos da sua recusa¹²⁹, a avaliação dos administradores pode ocorrer em sede do

Para o autor, a propósitos da obrigatoriedade da constituição de um comité de remunerações, a “significância” de uma instituição pode ser diferente consoante esteja em causa a determinação das entidades sujeitas à supervisão direta do BCE ou a determinação das entidades que devem constituir um comité de remunerações, pelo que “algumas instituições de crédito são significativas para efeitos do art. 115-H, não o sendo, todavia, para efeitos de supervisão direta do BCE”. Cf. Gonçalves, 2015, pp. 525-526.

¹²⁴ Art. 30-A, n.º 3 RGICSF.

¹²⁵ Art. 30-A, n.º 7 RGICSF.

¹²⁶ Art. 30-A, n.º 6 RGICSF.

¹²⁷ Art. 391, n.º 1 CSC.

¹²⁸ Nos 15 dias que antecedem a AG as declarações apresentadas pelas pessoas avaliadas e o relatório elaborado pela instituição devem estar disponíveis na sede da instituição para a livre consulta dos sócios, sem necessidade de requerimento prévio. Cf. art. 30-A, n.º 5 e n.º 7 RGICSF e art. 289, n.º 1, al. d) CSC.

¹²⁹ Art. 16, n.º 1, art. 14, n.º 1, al. j), art. 20, n.º 1, al. i) RGICSF e art. 4, n.º 1, al. a) Regulamento MUS.

próprio processo de autorização para a constituição da instituição¹³⁰. Por outro lado, sempre que se verificar uma alteração na composição inicial dos membros do órgão de administração, a avaliação da sua adequação e idoneidade deve ocorrer na sequência de um pedido de autorização para o exercício de funções¹³¹. Existem duas modalidades de autorização para o exercício de funções, mediante esta seja solicitada pela instituição e concedida pelos supervisores em momento anterior ou posterior à designação dos administradores.

No processo de autorização para o exercício de funções mais frequente, o pedido da instituição é apresentado depois da designação dos administradores, mas antes do efetivo exercício de funções¹³². No processo de autorização prévia, a lei permite que a avaliação do supervisor aconteça em momento anterior à designação. A autorização prévia confere maior segurança à instituição e à pessoa avaliada, permitindo-lhe iniciar funções imediatamente após a sua designação. A autorização prévia caduca se no prazo de 60 dias não for requerido o registo especial do administrador junto do Banco de Portugal¹³³.

A instituição deve apresentar um único pedido de autorização para todos os membros que pretende que venham a integrar o órgão de administração. Para a instrução do pedido deve ser disponibilizado ao Banco de Portugal e ao BCE o questionário de avaliação da adequação e idoneidade devidamente preenchido¹³⁴, o certificado de registo criminal, o relatório da avaliação individual e coletiva elaborado pela instituição, um documento comprovativo da designação da pessoa avaliada e a versão atualizada dos estatutos sociais da instituição. O candidato e a instituição são conjuntamente responsáveis pela informação prestada¹³⁵.

Sendo as pessoas designadas *ex novo*, a lei não prevê um prazo para a apresentação do pedido¹³⁶. Contudo, as autoridades de supervisão devem responder ao pedido de autorização no prazo de 90 dias, contados a partir da data da receção de todos os elementos que permitam a sua correta instrução, podendo este prazo ser prorrogado por mais 30 dias úteis mediante decisão fundamentada. Decorrido este período, o exercício de funções considera-se tacitamente autorizado¹³⁷. Concedida a autorização, as

¹³⁰ Art. 30-B, n.º 1 RGICSF.

¹³¹ Art. 30-B, n.º 2 RGICSF.

¹³² Art. 30-B, n.º 2 e 30-A, n.º 9 RGICSF.

¹³³ Art. 30-B, n.º 3 e art. 69 RGICSF. Relativamente à autorização prévia, o legislador francês determina que as instituições podem solicitar parecer prévio à autoridade de supervisão no máximo 6 meses antes e o mais tardar 2 meses antes da nomeação. Cf. art. R. 612-29-4 Code Monétaire et Financier.

¹³⁴ A versão mais atualizada do questionário a apresentar ao Banco de Portugal e ao Banco Central Europeu encontra-se no anexo IV da Instrução 15/2022.

¹³⁵ Art. 2 Instrução 23/2018 e Instrução 15/2022.

¹³⁶ Contrariamente ao legislador nacional, o legislador francês fixou um prazo de 15 dias para a apresentação do pedido de autorização. Cf. art. R 612-29-3 Code Monétaire et Financier.

¹³⁷ Art. 30-B, n.º 7 RGICSF e art. 2, n.º 4 Instrução 23/2018. Segundo o disposto no n.º 179 das Orientações da EBA, as autoridades nacionais podem fixar um prazo máximo de resposta que não exceda 4 meses. Na anterior versão do art. 30-B, o prazo máximo de resposta do Banco de Portugal era de apenas 30 dias,

instituições devem requerer o registo dos administradores no prazo de 30 dias a contar da data em que iniciaram as suas funções¹³⁸.

3.3.3. Avaliação contínua e reavaliação da idoneidade

A avaliação da idoneidade dos membros do órgão de administração das instituições de crédito não se limita ao momento da avaliação inicial. O controlo da idoneidade dos administradores pelas instituições supervisionadas e pelas autoridades de supervisão é permanente, durante todo o mandato¹³⁹, podendo dar origem a um processo de reavaliação.

Os processos de reavaliação fundam-se na ocorrência de factos supervenientes que possam pôr em causa o preenchimento dos requisitos exigidos, isto é, factos ocorridos após a designação ou a autorização para o exercício de funções ou factos anteriores, cujo conhecimento pelas instituições e pelas autoridades de supervisão seja posterior¹⁴⁰. Simplificando, entendem-se por supervenientes os factos novos desconhecidos no momento da avaliação inicial e consideram-se relevantes aqueles que seriam suscetíveis de provocar a recusa da autorização inicial, independentemente do modo como sejam conhecidos, desde que devidamente comprovados¹⁴¹.

Os processos de reavaliação da idoneidade e a eventual revogação da autorização não dependem exclusivamente da perda dos requisitos que estiveram na origem da avaliação inicial, podendo ser motivados por outros factos ou circunstâncias. A pessoa avaliada tem o dever de manter, durante todo o mandato, os requisitos que permitiram a sua designação e autorização inicial para o exercício de funções e a instituição e as autoridades de supervisão têm o dever de vigiar e controlar a manutenção desses requisitos¹⁴².

Quanto ao modo como os factos são conhecidos, contrariamente ao que sucede na avaliação inicial, nos processos de reavaliação não relevam apenas as informações comunicadas pelo administrador à instituição e pela instituição às autoridades de supervisão¹⁴³. Também são considerados relevantes os factos supervenientes conhecidos

contudo, recentemente, com as alterações introduzidas ao RGICSF pela lei n.º 23-A/2022, de 09 de dezembro, o prazo de resposta do Banco de Portugal foi alargado para 90 dias (prorrogável por mais 30). Em alguns países, o prazo de resposta é mais reduzido. A título de exemplo, a autoridade de supervisão francesa tem um prazo de resposta de 2 meses (cf. art. R 612-29-3 Code Monétaire et Financier) e o Banco de Espanha de 3 meses (cf. art. 29, n.º 2, al. c) Real Decreto 84/2015).

¹³⁸ Art. 6 Instrução 23/2018, art. 30-B, n.º 8, art. 69, n.º 1 e art. 71, n.º 1 RGICSF.

¹³⁹ Art. 30, n.º 1, art. 32, n.º 1 e art. 19-A, n.º 1 RGICSF.

¹⁴⁰ Art. 32, n.º 2 RGICSF.

¹⁴¹ Santos, 2012, pp. 236-238.

¹⁴² Catarino, 2015, p. 64. As instituições devem realizar reavaliações periódicas aos membros dos seus órgãos de administração. No caso das instituições significativas as reavaliações devem ser realizadas anualmente e no caso das instituições menos significativas de dois em dois anos. Cf. Orientações EBA sobre a avaliação da adequação, n.º 156.

¹⁴³ Art. 30-A, n.ºs 4 e 8, art. 32, n.º 1 RGICSF.

através de outras fontes, tais como denúncias, imprensa, relatórios de auditoria e ações de supervisão em curso¹⁴⁴. De facto, não se compreenderia que a atuação das instituições de crédito e das autoridades de supervisão ficasse paralisada pela ausência de comunicação¹⁴⁵, do mesmo modo que não se compreenderia que factos conhecidos por outras vias não pudessem ser considerados. Em 2021, o BCE realizou dezassete reavaliações. Dessas dezassete, apenas cinco tiveram origem em factos comunicados pelas instituições supervisionadas, as restantes doze foram motivadas por factos diretamente conhecidos pelo BCE ou pelas autoridades nacionais através de outras fontes¹⁴⁶.

Quanto ao grau de certeza exigido nos processos de reavaliação, entendemos que este não poderá ser menos exigente do que o grau de certeza exigido nos processos de avaliação inicial, pelo que apenas poderão ser considerados factos supervenientes comprovados¹⁴⁷ e não meras dúvidas ou suspeitas, como melhor iremos esclarecer de seguida.

Os processos de reavaliação da idoneidade distinguem-se dos processos de avaliação inicial. Segundo Guilherme Catarino, enquanto a avaliação inicial é baseada no princípio da precaução, isto é, na necessidade de acautelar um risco baseado em juízos de prognose, circunstâncias que com grande probabilidade afetariam a gestão sã e prudente da instituição, a reavaliação é orientada pelo princípio da prevenção, ou seja, pela necessidade de evitar a produção de um dano que seria inevitável se o administrador mantivesse as suas funções¹⁴⁸. Nas palavras de Carlos Costa, antigo Governador do Banco de Portugal, há uma “maior margem de manobra do supervisor no momento da avaliação da idoneidade para o início de um novo mandato do que na reavaliação da idoneidade durante o mandato”.¹⁴⁹

Assim sendo, entendemos que os processos de reavaliação da idoneidade exigem especial prudência e cautela. Por um lado, nos processos de reavaliação não estamos perante uma mera limitação ao exercício de funções *ab initio*, como sucede num processo de avaliação inicial, mas uma verdadeira limitação de direitos fundamentais de uma pessoa que já se encontra a exercer a sua profissão¹⁵⁰. Por outro lado, se é inegável que o controlo da idoneidade é fundamental para garantir a gestão sã e prudente da instituição,

¹⁴⁴ Guia BCE para as avaliações da adequação e idoneidade, ponto 5.3.1 e art. 145, n.º 1 Código Atividade Bancária.

¹⁴⁵ A omissão do dever de comunicação constitui a prática de uma contraordenação. Cf. art. 210, al. i) RGICSF.

¹⁴⁶ Banco Central Europeu, 2022, Reassessing the suitability of bank directors – lessons from 2021.

¹⁴⁷ “(...) a autoridade de supervisão tem o poder, e o dever, de atuar imediatamente e autonomamente com base na notícia de factos comprovados que revelem supervenientemente a falta de idoneidade (...). Cf. Santos, 2012, p. 241.

¹⁴⁸ Catarino, 2015, pp. 61-64.

¹⁴⁹ Rosa, 2022, p. 170.

¹⁵⁰ Art. 47, n.º 1 CRP.

não podemos ignorar que o início de um processo de reavaliação motivado por causas injustificadas, como meras dúvidas ou suspeitas, se pode traduzir numa inquietação e alarme social desnecessários¹⁵¹.

Por tudo isto, entendemos que os processos de reavaliação exigem um especial grau de certeza e uma minuciosa ponderação entre os perigos que se pretendem prevenir, causados pela manutenção da autorização inicial, e as consequências nefastas provocadas pelo afastamento do administrador das suas funções, como a quebra da confiança do mercado e dos depositantes.

3.4. Consequências da falta de idoneidade

Em sentido amplo, considera-se que um membro do órgão de administração goza de idoneidade se não existirem elementos objetivos que sugiram o contrário¹⁵². As consequências da falta de idoneidade dependem do momento da avaliação em que são detetadas e da entidade que procedeu a essa avaliação.

Quando a falta dos requisitos de idoneidade é detetada em sede de um processo de avaliação inicial pela instituição supervisionada, a pessoa avaliada não pode ser designada para o cargo de administrador¹⁵³. Quando é detetada pelo Banco de Portugal, embora o administrador possa já ter sido designado, a respetiva autorização para o exercício de funções deve ser recusada¹⁵⁴.

Quando a perda de idoneidade é superveniente, isto é, quando ocorre em momento posterior, em sede de um processo de reavaliação, o RGICSF aplica as mesmas consequências à perda dos requisitos de idoneidade e à perda dos demais requisitos de adequação, contudo não é esse o entendimento que parece resultar das Orientações da EBA¹⁵⁵.

Segundo a letra da lei, quando a falta dos requisitos de adequação e idoneidade ocorre em sede de um processo de reavaliação, a instituição supervisionada pode adotar medidas corretivas destinadas à sanção da falta de requisitos detetada, determinar a suspensão de funções e a destituição do administrador¹⁵⁶. Por sua vez, o Banco de Portugal pode revogar a autorização para o exercício de funções¹⁵⁷, adotar medidas corretivas, determinar a suspensão da autorização para o exercício de funções pelo período necessário à sanção das falhas detetadas e fixar um prazo para a instituição

¹⁵¹ Nota técnica BdP sobre idoneidade, n.º 25.

¹⁵² Orientações EBA sobre a avaliação da adequação, n.º 72.

¹⁵³ Art 30-A, n.º 6, 1.ª parte e Orientações EBA sobre a avaliação da adequação, n.º 166, 1.ª parte.

¹⁵⁴ Art. 30-C, n.º 1 RGICSF.

¹⁵⁵ Art. 30-A, n.º 6, 2.ª parte e art. 32, n.º 4 RGICF em contraposição com Orientações EBA sobre a avaliação da adequação, n.º 166, 2.ª parte. “À exceção dos critérios relevantes para a avaliação da idoneidade (...)”.

¹⁵⁶ Art. 30-A, n.º 6, 2.ª parte RGICSF.

¹⁵⁷ Art. 30-C, n.º 4 RGICSF.

adotar as medidas necessárias para alterar a distribuição de pelouros ou a composição do órgão de administração¹⁵⁸.

Contudo, em nosso entendimento e de acordo com o que parece resultar das orientações da EBA, as consequências da falta de idoneidade não podem coincidir totalmente com as consequências da falta dos demais requisitos de adequação. Algumas destas consequências, como por exemplo a aplicação de medidas corretivas, a suspensão de funções ou de autorização e a fixação de um prazo para alterar a distribuição de pelouros, só são possíveis quando o requisito em falta é facilmente sanável. Neste sentido, considerando que a idoneidade consiste na avaliação da integridade, honorabilidade e boa reputação da pessoa avaliada, consideramos que não é um requisito facilmente sanável, pelo que a aplicação de medidas corretivas, a suspensão de funções e alteração de pelouros não se demonstram adequadas para resolver a falta da idoneidade.

Por tudo isto, entendemos que as consequências da falta superveniente de idoneidade aplicadas pela instituição supervisionada ficam reduzidas à possibilidade da destituição do administrador com justa causa, uma vez que a falta deste requisito constitui um caso de inaptidão para o exercício de funções¹⁵⁹, e à eventual responsabilidade civil do administrador pelos prejuízos causados à instituição¹⁶⁰, aos seus credores, nomeadamente depositantes, e acionistas¹⁶¹. A inércia da instituição, isto é, a permissão de que um administrador considerado inidóneo permaneça em funções, constitui a prática de uma contraordenação muito grave¹⁶².

No mesmo sentido, as consequências da falta superveniente de idoneidade aplicadas pelo Banco de Portugal ficam limitadas à possibilidade de revogação da autorização para o exercício de funções e, embora tal possibilidade não se encontre plasmada no RGICSF, à destituição direta do membro do órgão de administração considerado inidóneo¹⁶³.

A possibilidade conferida ao Banco de Portugal de destituir os membros do órgão de administração que não considere idóneos para o cargo de administrador é um dos exemplos máximos da sua ingerência no governo dos bancos.

¹⁵⁸ Art. 32, n.º 4 RGICSF.

¹⁵⁹ Art. 403, n.º 4 CSC.

¹⁶⁰ Art. 72, art. 75, art. 77 e art. 78, n.º 2 CSC (ação social *ut universi*, ação social *ut singuli*, ação sub-rogatória dos credores sociais).

¹⁶¹ Art. 78, n.º 1 e art. 79 CSC (ação direta dos credores sociais, ação proposta pelos sócios e terceiros pelos prejuízos diretamente causados).

¹⁶² Art. 211, n.º 1, al. nn) RGICSF.

¹⁶³ Art. 91, 2.ª parte CRD V, art. 16, n.º 2, al. m) Regulamento MUS, Orientações EBA sobre a avaliação da adequação, n.º 171, Guia BCE para as avaliações da adequação e idoneidade, ponto 5.2 e art. 145, n.º 3 Código Atividade Bancária.

Conclusão

As particularidades da atividade bancária impõem que aos administradores das instituições de crédito sejam exigidos especiais deveres de adequação e idoneidade. Os deveres de adequação e idoneidade especificamente previstos nos arts. 30.º e ss RGICSF reforçam o regime geral previsto no art. 64.º CSC.

São quatro os deveres de adequação exigidos aos administradores das instituições de crédito: idoneidade, independência, disponibilidade e qualificação profissional. Embora todos os deveres de adequação impostos aos administradores dos bancos sejam mais exigentes, só a idoneidade constitui uma verdadeira inovação relativamente aos deveres previstos no CSC.

No direito bancário, o conceito de idoneidade tem um significado próprio. Ser-se idóneo é mais do que ser-se adequado para o exercício de funções, como resultaria de um entendimento mais *lato* deste conceito. Para o direito bancário, ser-se idóneo é possuir integridade, honorabilidade e boa reputação.

Os administradores das instituições de crédito devem pautar a sua vida, pessoal e profissional, por elevados padrões de conduta. A avaliação da idoneidade não deve ficar limitada à ponderação de factos e circunstâncias da vida profissional do avaliado, ao seu comportamento enquanto gestor, muito menos se deve limitar à mera constatação da ausência de decisões judiciais condenatórias. A ponderação de algumas circunstâncias da vida privada que, pela sua gravidade ou reiteração, sejam suscetíveis de afetar a confiança do mercado e dos depositantes não pode ser ignorada na avaliação.

Embora a supervisão da atividade bancária não seja infalível, a imposição de especiais deveres de idoneidade revela-se fundamental para garantir que as instituições são geridas de forma sã e prudente e, deste modo, fortalecer a confiança do mercado e dos depositantes.

A necessidade de assegurar que as instituições são geridas por pessoas que garantam a sua boa gestão não é uma preocupação exclusiva do direito bancário, mas uma preocupação transversal ao direito societário. Os administradores têm o dever de atuar com diligência no exercício das suas funções, podendo ser civilmente responsabilizados pela violação dos deveres de cuidado e lealdade que lhes são legalmente exigidos. Contudo, contrariamente ao que sucede com os demais requisitos de adequação, só o requisito da idoneidade não se encontra consagrado no CSC.

Deste modo, dada a essencialidade da idoneidade para assegurar a boa gestão das sociedades e para assim reforçar a confiança do mercado, dos seus clientes, investidores, sócios e credores, é possível pensar no alargamento do requisito da idoneidade também aos administradores das demais sociedades comerciais, como aliás já sucede no

particular caso dos administradores das entidades gestoras de plataformas de crowdfunding¹⁶⁴ e dos administradores de sociedades desportivas¹⁶⁵.

Por tudo isto, concluímos que todas as sociedades comerciais, não só as bancárias, devem ser geridas por pessoas que ofereçam garantias de assegurar a sua gestão sã e prudente. Sendo esta boa gestão garantida através da imposição de especiais deveres de idoneidade aos seus administradores, o reforço dos deveres já previstos no CSC, através da extensão dos deveres de idoneidade aos administradores das demais sociedades comerciais, revela-se essencial.

¹⁶⁴ Art. 4, n.º 1, al. c) e art. 9 Regulamento CMVM n.º 1/2016.

¹⁶⁵ No passado dia 10 de março de 2023 foi aprovado pela AR o novo regime jurídico das sociedades desportivas que prevê o reforço da exigência de requisitos de idoneidade para os seus administradores.

Bibliografia

Obras e artigos

- ABREU, J.M.C & RAMOS, E. (2004). Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores. In *Coleção Miscelâneas do Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho*, n.º 3, pp. 11- 55. Coimbra: Almedina.
- BARRETO MENEZES CORDEIRO, A. (2014). Organização e supervisão dos mercados financeiros. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 3-4, pp. 565-588.
- CÂMARA, P. (2012). O governo societário dos bancos – em particular, as novas regras e recomendações sobre remuneração na banca. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 1, pp. 9-46.
- CÂMARA, P. (2020). Supervisão bancária. In *Supervisão e regulação bancária: Jurisdição administrativa e fiscal*. Coleção Formação Contínua, pp. 9-91. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.
- CARVALHO, L.P.F. (2003). *Os sistemas de supervisão prudencial na União Europeia*. Coimbra: Almedina.
- CASTRO, T. & FERRAZ, D.P. (2018). Fit and proper – Evitar um cisne negro ou há um elefante na sala? *InforBanca – Revista do Instituto de Formação Bancária*, n.º 114, pp. 20-29.
- CATARINO, L.G. (2015). Fit and proper: O controlo administrativo da idoneidade no sector financeiro. *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 23-24, pp. 29-101.
- COSTA, R. (2011). Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”. In *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, pp. 159-189. Coimbra: Almedina.
- FERREIRA, A.P.A. (2009). *O governo das sociedades e a supervisão bancária – interações e complementaridades*. Lisboa: Quid Juris.
- FERREIRA, B. (2016). As novas regras de adequação dos membros do órgão de administração. In Câmara, P. (coord.). *a governação de bancos nos sistemas jurídicos lusófonos*. Coleção Governance Lab, capítulo III, pp. 77-88. Coimbra: Almedina.
- FREITAS DA COSTA, V. (2016). Aspectos relativos à supervisão do governo dos bancos. In Câmara, P. (coord.). *A governação de bancos nos sistemas jurídicos lusófonos*. Coleção Governance Lab, capítulo XII, pp. 271-300. Coimbra: Almedina.
- GONÇALVES, D.C. (2015). A remuneração dos administradores das instituições de crédito: O comité de remunerações. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 3-4, pp. 509-533.
- MÁXIMO DOS SANTOS, C. (2016). A idoneidade dos membros dos órgãos sociais de instituições de crédito. Primus inter pares? A avaliação da sua adequação. In *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, vol. II, pp. 761- 793. Coimbra: Almedina.
- MENEZES CORDEIRO, A. (2006). Manual de direito bancário, 3.^a edição. Coimbra: Almedina.
- NOBRE, F.A.G. (2018). Fronteiras e limites da supervisão prudencial do BCE no âmbito do SSM. *Artigos de Estabilidade Financeira*, n.º 6.
- PINTO, J.C. (2012). Critérios legais de composição do conselho de administração. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 3, pp. 677-705.

- REIS, M. (2015). A idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito. *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 23-24, pp. 103-131.
- ROSA, L. (2022). *O governador*. Alfragide: Dom Quixote.
- SANTOS, F.C. (2012). Governo de sociedades bancárias, deveres dos administradores e supervisão. In Pais de Vasconcelos, P., Coutinho de Abreu, J.M. & Pinto Duarte, R. (coord.). *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, pp. 225-241. Coimbra: Almedina.

Fontes eletrónicas

- BANCA D'ITALIA (2021). Disposizioni di vigilanza in materia di procedura di valutazione dell'idoneità degli esponenti di banche, intermediari finanziari, istituti di moneta elettronica, istituti di pagamento e sistemi di garanzia dei depositanti. Retirado de: <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/provv-050521/Provvedimento-procedura-valutazione-idoneita-esponenti.pdf>.
- BANCO CENTRAL EUROPEU (2022). Reassessing the suitability of bank directors – lessons from 2021. https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/publications/newsletter/2022/html/sm.nl220216_2.en.html.
- BANCO CENTRAL EUROPEU (2023). Lista de instituições de crédito supervisionadas. <https://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/list/html/index.pt.html>.
- BANCO DE PORTUGAL (2014). Nota técnica sobre a avaliação da idoneidade dos membros dos órgãos sociais das sociedades supervisionadas. <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/intervpub20141117-2a.pdf>.
- BANCO DE PORTUGAL (2018). Intervenção do Vice-Governador Luís Máximo dos Santos na Conferência Corporate Governance: criação de valor para a sociedade, Corporate Governance: importância e limites. <https://www.bportugal.pt/intervencoes/intervencao-do-vice-governador-luis-maximo-dos-santos-na-conferencia-corporate>.
- BANCO DE PORTUGAL (2022). Missão e funções. <https://www.bportugal.pt/page/missao-e-funcoes>.
- CONSELHO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA (2022). União bancária. <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/banking-union/>.
- MAIA, P. (2013). Parecer jurídico. https://www.bportugal.pt/sites/default/files/bes_parecerpedromaia.pdf.
- SILVA, J.C. (2013). Parecer. https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexo4_deliberacao2_3ago2014_nomeacao_orgaos_nb_o.pdf.

Legislação Nacional e Europeia

Código da Atividade Bancária.

Código das Sociedades Comerciais, adotado pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro.

Constituição da República Portuguesa, adotada pela Lei n.º 1/2005, de 12 de agosto.

Diretiva 2013/36/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013 (CRD IV).

Diretiva 2019/878/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019 (CRD V).

Guia do Banco Central Europeu para as avaliações da adequação e idoneidade, de dezembro de 2021.

Instrução do Banco de Portugal n.º 23/2018, de 05 de outubro de 2018.

Instrução do Banco de Portugal n.º 15/2022, de 28 de setembro de 2022.

Lei Orgânica do Banco de Portugal – Lei n.º 5/98, de 31 de janeiro.

Orientações da Autoridade Bancária Europeia sobre a avaliação da adequação dos membros do órgão de administração e dos titulares de funções essenciais, de 2 de julho de 2021 (EBA/GL/2021/06).

Orientações da Autoridade Bancária Europeia sobre governo interno, de 2 de julho de 2021 (EBA/GL/2021/05).

Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, adotado pela Lei n.º 23-A/2022, de 09 de dezembro.

Regulamento CMVM n.º 1/2016, de 25 de maio.

Regulamento UE n.º 1024/2013 do Conselho, de 15 de outubro de 2013 (Regulamento MUS)

Legislação Estrangeira

Angola: Lei n.º 14/21, de 19 de maio.

Brasil: Regulamento Anexo II à Resolução n.º 4.122, de 2 de agosto de 2012.

Espanha: Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero.

França: Code Monétaire et Financier.

Itália: Testo Unico Bancario.

Moçambique: Lei 20/2020, de 21 de dezembro.

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 3 maio de 2005, proc. n.º 01009/04, relator São Pedro.

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/-/27ED52A1F4A49D1E802570040048C9E3>.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 26 abril de 2012, proc. n.º 03836/08, relator Fonseca da Paz.

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/-/F6079FFEEEC6FACB80257A440054D7A4>.

Acórdão do Tribunal Geral, de 16 de maio de 2017, proc. n.º T-122/15.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62015TJ0122>.

Acórdão do Tribunal Relação de Lisboa, de 10 de abril de 2019, proc. n.º 293/18.7YUSTR.L1-3, relator A. Augusto Lourenço.

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f653f21014dbc2f9802583fd003897d6?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 13 de fevereiro de 2020, proc. n.º 635/04.2BECTB, relatora Dora Lucas Neto.
<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/3da5aacc69c865a680258511004b8b33?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 13 de março de 2020, proc. n.º 00645/19.5BEBRG, relator Rogério Paulo da Costa Martins.
<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/3foe5f3dcab699cd8025853c0047189f?OpenDocument>.

Violência doméstica:
A exigência de coabitação em caso de vítimas vulneráveis:
Em particular os idosos

Maria Francisca Ferreira de Faria Rodrigues Carneiro

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria Paula Ribeiro de Faria

“The moral test of government is how that government treats those who are in the dawn of life, the children; those who are in the twilight of life, the elderly; and those who are in the shadows of life, the sick, the needy, and the handicapped.”

Hubert Humphrey

Agradecimentos

Esta dissertação é o resultado de um projeto de formação que começou há mais de dois anos e para o qual contribuíram muitas pessoas, tanto a nível pessoal, como académico. Na impossibilidade de dirigir um agradecimento a todos, destaco um particular reconhecimento:

Aos meus pais, pelo amor, pelo cuidado, pelo apoio incondicional, pela compreensão, pela confiança, por serem os pilares que sustentam o que vou construindo, por tudo aquilo que jamais caberá em palavras.

À minha irmã, cúmplice de todas as horas, pela motivação, por acreditar nos meus sonhos e vibrar com os meus sucessos tanto ou mais que eu.

Aos meus Avós, Nanete e Rui por serem o modelo a seguir, por me ensinarem tanto, por me ampararem em todas as etapas da minha vida e pelo abraço seguro e de refúgio que me tranquiliza nos momentos mais importantes; também, aos meus Avós, Nina e Adelino por estarem sempre presentes, valorizando e orgulhando-se de tudo que faço.

Aos meus tios e primos, pela alegria calorosa que tantas vezes me ajudou ao longo deste percurso.

À Exma. Senhora Professora Doutora Maria Paula Ribeiro de Faria, um especial agradecimento, desde logo, pela forma como introduziu o tema central deste estudo durante a parte curricular do Mestrado, numa aula do Seminário: Direito dos Idosos, e que despertou em mim a curiosidade na sua investigação. Agradeço, ainda, pela orientação desta tese, pela indispensável ajuda, pela partilha de conhecimentos, pela disponibilidade em todos os momentos, pela amabilidade demonstrada nas respostas às questões colocadas e pelas observações pertinentes, que melhoraram, significativamente, este trabalho.

À Universidade Católica por, nos últimos seis anos, ajudar na preparação do meu futuro.

A todos, obrigada!

Resumo

O presente trabalho toma como objeto de análise a mais recente alteração ao artigo 152.º/1, do Código Penal, introduzida pela Lei n.º 57/2021, de 16 de agosto, que veio integrar no crime de violência doméstica os maus-tratos praticados contra menor que seja descendente do agressor, ou de uma das pessoas referidas nas alíneas a), b) e c) do mesmo preceito legal, ainda que sem coabitação. O aditamento desta alínea, nos termos em que se encontra redigida, parece constituir uma solução duvidosa, uma vez que o preenchimento do tipo legal continua a impor, relativamente às restantes vítimas vulneráveis, a coabitação com o agressor, destinando-se esta investigação a avaliar se foi uma boa solução.

O nosso estudo dividiu-se em quatro partes. Na primeira parte, começamos por explorar o enquadramento legal do crime de violência doméstica, bem como a sua evolução legislativa, fazendo, também, referência às questões subjacentes ao tipo legal. Na segunda parte, focamo-nos no papel da vítima no Direito Penal e no Direito Processual Penal, salientando o conceito de vítima especialmente vulnerável e, dentro deste, o de vulnerabilidade em razão da idade. Seguidamente, debruçamo-nos sobre a exigência de coabitação entre agressor e vítima, fazendo menção ao direito comparado e, na quarta parte, estudamos a alínea e), do n.º 1 do artigo 152.º, confrontando-a com a previsão da alínea d), da mesma norma legal. Esta comparação permite-nos concluir que a alínea e) pode ter vindo implementar uma solução discriminatória e inconstitucional. Por fim, formulamos algumas conclusões, e apresentamos uma sugestão de alteração legislativa ao crime de violência doméstica que nos parece fundamental para garantir a correta aplicação prática do artigo 152.º/1, do Código Penal.

Palavras-chave: Violência doméstica; vítima especialmente vulnerável; menor; idoso; coabitação; princípio da igualdade; inconstitucionalidade por ação; inconstitucionalidade por omissão.

Abstract

The present dissertation analyses the most recent change to article 152, no. 1 of the Portuguese Criminal Code introduced by Law no. 57/2021, of August 16th, through which mistreatment committed against a minor who is a descendent either of the aggressor, or of one of the persons referred to in paragraphs a), b) and c) of the same legal precept, has become a crime of domestic violence, even in the absence of cohabitation. The addition of this paragraph, as written, seems to constitute a dubious solution, though, since said legal type continues to impose, in relation to other vulnerable victims, cohabitation with the aggressor. Thus, the investigation carried out intends to assess this solution.

Our study is divided into four parts. In the first part, we explore the legal framework of the crime of domestic violence, as well as the respective legislative developments, while also referring to the issues underlying said legal type. In the second part, we focus on the role of the victim in both Criminal Law and Criminal Procedural Law, highlighting the concept of particularly vulnerable victims and, within this, that of vulnerability due to age. Next, we focus our attention on the requirement of cohabitation of aggressor and victim, mentioning the comparative law, and, in the fourth part, we address article 152, no. 1, paragraph e), confronting it with the provisions within paragraph d) of the same legal standard, and concluding that paragraph e) may have implemented a discriminatory and unconstitutional solution. Lastly, we formulate some concluding remarks and present a suggestion of a legislative change respecting the crime of domestic violence which, in our view, is imperative for the correct application of article 152, no. 1 of the Portuguese Criminal Code.

Keywords: Domestic violence; especially vulnerable victims; minors; elderly; cohabitation; principle of equality; unconstitutionality by action; unconstitutionality by omission.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
AGNU	Assembleia Geral das Nações Unidas
Al. / Als.	Alínea / Alíneas
APAV	Associação Portuguesa de Apoio à Vítima
AR	Assembleia da República
Art. / Arts.	Artigos / Artigos
CC	Código Civil
CDC	Convenção sobre os Direitos das Crianças
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos dos Homem
Cf.	Conforme
CP	Código Penal
CPP	Código do Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
Ed.	Edição
JIC	Juiz de Instrução Criminal
LOTIC	Lei Orgânica do Tribunal Constitucional
LPCJP	Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo
LTE	Lei Tutelar Educativa
MP	Ministério Público
N.º	Número
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
OPC	Órgãos de Polícia Criminal
P. / Pp.	Página / Páginas
Proc.	Processo
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
EU	União Europeia
<i>V.g.</i>	<i>Verbi gratia</i>
<i>Vd.</i>	<i>Vide</i>
Vol.	Volume

Indicações de leitura

O sistema de referência bibliográfica utilizado no corpo do trabalho segue o método de citação: autor-data, com a designação do apelido do autor, ano da publicação da obra e página(s) citada(s). A bibliografia final contém a referência de todas as obras efetivamente consultadas e citadas ao longo do trabalho, encontrando-se colocadas por ordem alfabética de apelido do autor. Estando em causa o mesmo autor, as referências serão ordenadas de forma cronológica. Tratando-se de obras iguais do mesmo autor, mas com edições diferentes, indicar-se-á a referência de cada obra.

Quanto às traduções de língua estrangeira, uma é da nossa autoria e as restantes retiradas de uma concreta obra. Em todo o caso, à frente de cada tradução, especificar-se-á quem a efetuou, recorrendo à expressão “tradução nossa”, ou referindo a obra de onde foi retirada.

Índice

Introdução	9
1. O crime de violência doméstica	11
1.1. Definição	11
1.2. Enquadramento legal	12
1.3. Evolução legislativa	13
1.4. Bem jurídico	15
1.5. Condutas que integram o tipo legal	17
1.6. Desnecessidade de reiteração	19
2. A vítima no direito penal e processual penal	21
2.1. A vítima vulnerável	23
2.1.1. Em que consiste a vulnerabilidade?	23
2.1.2. A tutela da vítima vulnerável	26
2.1.3. A vulnerabilidade em razão da idade	27
2.1.3.1. Menores	28
2.1.3.2. Idosos	30
3. A exigência de coabitação	35
4. O aditamento da alínea e)	37
4.1. Princípio da igualdade	39
4.2. Inconstitucionalidade por ação ou por omissão?	41
Conclusão	45
Jurisprudência	50

Introdução

A Lei n.º 57/2021, de 16 de agosto, veio reconhecer o estatuto de vítima às crianças que testemunhem ou vivam em contexto de violência doméstica, e introduziu alterações à Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, ao art. 152.º do CP e ao art. 67.º-A do CPP. Em particular, aditou a al. e) ao art. 152.º/1, autonomizando o crime de violência doméstica contra menor, independentemente de coabitação com o agressor, exigência que permanece em relação às restantes vítimas vulneráveis.

É inegável que o estudo da violência doméstica constitui um desafio, uma vez que suscita inúmeras questões, algumas de difícil resposta face ao nosso ordenamento jurídico-penal. Para além disso, e porque o âmbito familiar representa a dimensão mais pessoal de cada um, a criminalização de condutas praticadas no seu seio constitui uma indiscutível intromissão do direito e da sociedade nesse reduto pessoalíssimo que é, apesar de tudo, necessária, tendo em conta a importância dos bens jurídicos afetados e a crescente sensibilidade social em relação a determinado tipo de agressões.

Compreendendo a complexidade do tema, a sua escolha teve por base a constatação de duas realidades às quais não podíamos ficar indiferentes: por um lado, tradicional e factualmente, a violência no seio da família está associada à violência conjugal, em que o papel de vítima é, na grande maioria dos casos, atribuído à mulher. Mas, certo é que não se consomem nela todas as formas de violência familiar. Com efeito, a crescente atenção dada à violência no matrimónio conduz à invisibilidade de outro tipo de vítimas, como as especialmente vulneráveis; por outro lado, entre estas últimas, os menores sempre foram merecedores de maior preocupação por representarem um grupo da sociedade frágil e indefeso, inserindo-se, neste contexto, a alteração legal de 2021, que confere às crianças uma situação mais favorável em relação às restantes vítimas vulneráveis no que diz respeito ao crime de violência doméstica.

Reconhecemos, no entanto, que a garantia dos direitos das crianças não pode conduzir à criação de fórmulas insustentáveis que deixem desamparados outros grupos igualmente vulneráveis, pelo que nos interessa refletir sobre os eventuais problemas resultantes do aditamento da al. e).

Para tal, torna-se essencial analisar o enquadramento legal do ilícito penal em causa, bem como a sua evolução legislativa e as questões subjacentes. Importa, também, considerar o papel da vítima no Direito Penal e Processual Penal e, em específico, o conceito de “vítima especialmente vulnerável”, salientando a vulnerabilidade em razão da idade. Esta contextualização destinar-se-á a perceber, de forma mais clara, as questões a debater relativamente à recente mudança da lei, sobretudo no que concerne à exigência de coabitação.

Posteriormente, debruçar-nos-emos sobre a alteração incorporada pela Lei n.º 57/2021, comparando a solução plasmada no art. 152.º/1/e) do CP com a previsão da al. d) do mesmo preceito legal. Através desta comparação procurar-se-á demonstrar que a modificação da lei pode ter vindo implementar uma situação discriminatória e inconstitucional. Por último, iremos apresentar uma sugestão de alteração legislativa ao crime de violência doméstica que nos parece a mais apropriada a resolver a questão.

1. O crime de violência doméstica

1.1. Definição

É curioso notar que, apesar de a violência doméstica ser um fenómeno transversal a todos os tempos, e de atingir todos os ordenamentos jurídicos, não existe um conceito universal que a defina. Na verdade, “cada sociedade tem a sua própria violência, correspondendo a critérios que variam de cultura para cultura”¹. Porém, em termos genéricos, podemos dizer que estamos perante um problema complexo, “ubíquo e comum, que afecta vítimas de muitos e diferentes tipos”², manifestando-se através de comportamentos, normalmente violentos, suscetíveis de prejudicar outra pessoa com a qual o agressor mantém, ou manteve, uma relação familiar/afetiva.

Entre nós, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 88/2003, de 7 de julho, que aprovou o II Plano Nacional Contra a Violência Doméstica, define-a como:

toda a violência física, sexual ou psicológica que ocorre em ambiente familiar e que inclui, embora não se limitando a, maus tratos, abuso sexual de mulheres e crianças, violação entre cônjuges, crimes passionais, mutilação sexual feminina e outras práticas tradicionais nefastas, incesto, ameaças, privação arbitrária de liberdade e exploração sexual e económica.

Já a nível europeu, a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres, adotada em Istambul a 11 e maio de 2011, comumente conhecida por Convenção de Istambul³, refere-se a esta forma de violência no art. 3.º, al. b), como abrangendo “todos os actos de violência física, sexual, psicológica ou económica que ocorrem no seio da família ou do lar ou entre os atuais ou ex-cônjuges ou parceiros, quer o infrator partilhe ou tenha partilhado, ou não, o mesmo domicílio que a vítima”, considerando-se vítima qualquer pessoa singular sujeita a estes comportamentos (al. e) da referida norma legal).

Contudo, as duas definições reportam-se, essencialmente, à violência contra a mulher. De facto, durante muito tempo, a violência no seio da família era praticada pelos maridos sobre as mulheres (e pelos pais sobre os filhos), comportamentos estes que eram considerados socialmente aceites, posição que se via refletida no Direito, legislado ou

¹ Fernandes, 2021, p. 24.

² Beleza, 2021, p. 11.

³ Transposta para a nossa ordem jurídica através da Resolução da AR n.º 4/2013, entrando em vigor a 1 de agosto de 2014.

fixado no caso concreto pelos tribunais, admitindo-se um “poder de correção doméstica”.⁴

Compreende-se, por isso, que o aparecimento do crime de violência doméstica esteja intimamente relacionado com o desejo de alterar este padrão⁵ social e jurídico.⁶ Mas a verdade é que a construção do crime em torno da vítima mulher e o surgimento, mais recente, de conceitos como o da violência de género, acabam por abafar outro tipo de vítimas, *v.g.*, as crianças, os idosos, os deficientes, os dependentes, entre outros.⁷ Assim, “perspetivar a violência doméstica como um simples problema de género é simplificá-lo e reduzi-lo artificialmente, empobrecendo a discussão e limitando a capacidade de resposta”.⁸

1.2. Enquadramento legal

O crime de violência doméstica está previsto no art. 152.º, inserindo-se no Capítulo III (*Crimes Contra a Integridade Física*) do Título I (*Crimes Contra as Pessoas*) da parte especial do CP.

Da leitura do n.º 1, retiramos que pratica este crime quem infligir maus-tratos físicos ou psíquicos, de forma pontual ou reiterada, sobre cônjuge ou ex-cônjuge, unido/a de facto ou ex-unido/a de facto, namorado/a ou ex-namorado/a ou progenitor de descendente comum em primeiro grau, quer haja, ou não, coabitação. Pratica também violência doméstica quem infligir os maus-tratos, ainda que sem reiteração, sobre pessoa particularmente indefesa em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, desde que com ela coabite. É igualmente vítima deste crime o menor que seja descendente do agressor ou de uma das pessoas referidas nas als. a), b) ou c) do n.º 1, independentemente de coabitação.

⁴ Beleza, 2021, p. 15.

⁵ *Vd. Ibidem*, pp. 11-12: “por razões de prevalência estatística mas também por visibilidade acrescida em função dos movimentos sociais e da investigação académica, a violência exercida pelos homens contra as ‘suas’ mulheres é corretamente tomada como paradigmática da violência doméstica – e o texto actual do artigo 152.º, embora abrangia, evidentemente, casos não coincidentes com esta descrição prototípica, está claramente pensado e foi obviamente redigido (incluindo as sucessivas alterações) tendo como alvo privilegiado as mulheres vítimas de violência por parte dos seus maridos ou companheiros, actuais ou passados”.

⁶ Para tal, foi essencial a consagração da CRP de 76, na qual a dignidade da pessoa humana foi reconhecida como valor fundamental da nossa ordem jurídica, decorrendo desse desiderato certos princípios, como o da igualdade (que permitiu à mulher ascender à condição de plena cidadã), que vieram trazer um novo modelo de sociedade, cf. Neves, 2021, p. 89.

⁷ *Vd. Fernandes*, 2021, p. 26: “Incontestadas são, actualmente, as necessidades de proteção acrescida igualmente devidas a crianças e idosos, enquanto categoria objectiva de vítimas particularmente indefesas”.

⁸ Ferreira, 2016, p. 235.

As diferentes alíneas devem ser analisadas separadamente, na medida em que enquanto umas pressupõem uma relação de intimidade, seja ela presente ou passada, não exigindo coabitação ou vulnerabilidade, outras estabelecem como condição para o seu preenchimento que esteja em causa uma vítima particularmente indefesa e que exista coabitação.

Por outro lado, é de realçar que estamos perante um crime público, pelo que o procedimento criminal não depende de queixa, bastando a denúncia ou o seu conhecimento para que o MP promova o processo penal (arts. 48.º e 262.º/2 do CPP e 219.º/1 da CRP). No entanto, o art. 281.º/8 do CPP prevê um regime especial que concede, exclusivamente à vítima, legitimidade para impulsionar a aplicação da suspensão provisória do processo mediante requerimento livre e esclarecido, através do qual manifeste a sua intenção de não prosseguir com o processo, com a concordância do JIC e do arguido, desde que este não possua condenação anterior por crime da mesma natureza, nem tenha beneficiado da aplicação anterior de suspensão provisória do processo por crime da mesma natureza. A possibilidade de aplicação deste mecanismo transforma, assim, o crime de violência doméstica num crime público *sui generis*.⁹

1.3. Evolução legislativa

A consagração da violência doméstica como crime foi, e continua a ser, um processo longo, repleto de várias interpretações e sucessivas alterações, tendo sido, pela primeira vez, reconhecida no CP de 1982¹⁰ – art. 153.º (*Maus tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges*), que constituía um crime público.

Contudo, a “novidade” associada a este crime, e o desconhecimento sobre a sua origem e justificação, veio determinar uma interpretação jurisprudencial não muito correta, considerando os tribunais tratar-se de um crime específico de ofensas corporais e, assim sendo, de natureza semipública.¹¹ O tipo legal exigia, ainda, um dolo particular, refletido na expressão “malvadez ou egoísmo”, requisito que trouxe problemas de interpretação e aplicação prática quando foi ampliado aos cônjuges¹², pelo que “a novel incriminação não teve a relevância que dela se esperava”.¹³

Desta forma, em 1995 (DL n.º 48/95, de 15 de março), alterou-se o tipo legal na tentativa de corrigir o caminho que a prática jurisprudencial tinha densificado,

⁹ Elisabete Ferreira fala-nos de uma “solução mitigada”, cf. Ferreira, 2005, p. 93.

¹⁰ Adotado pelo DL n.º 400/82, de 23 de setembro, em substituição do CP de 1886.

¹¹ Neves, 2021, p. 89.

¹² Cf. Cardoso, 2012, pp. 11-12: “a jurisprudência começou a fazer uma interpretação restritiva, exigindo, também quanto ao cônjuge, a verificação de um dolo específico, não considerando ser suficiente, como decorria do teor literal do n.º 3 do artigo 153.º do CP de 1982, que o cônjuge infligisse ‘o tratamento descrito na alínea a) do n.º 1 deste artigo’ (...), mas entendendo ser necessário para a incriminação do cônjuge que aquela conduta assentasse em ‘malvadez ou egoísmo’”.

¹³ Neves, 2021, p. 89.

desaparecendo a dúbia referência à exigência de “malvadez ou egoísmo”. Esta modificação permitiu, além disso, alargar o âmbito subjetivo passivo às pessoas equiparadas aos cônjuges, incluindo-se os maus-tratos psíquicos e agravando-se as penas. Em relação aos maus-tratos a cônjuge, o legislador concedeu expressamente natureza semipública ao crime.¹⁴

Todavia, como a natureza semipública foi criticada, surgiu a Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, que alterou o procedimento criminal: apesar de continuar a depender de queixa, o MP podia agora iniciar o processo sem que aquela tivesse sido apresentada, quando o interesse da vítima o impusesse, desde que, até ao momento da acusação, não tivesse existido oposição do cônjuge ofendido, procurando-se, assim, equilibrar a vontade da vítima e a promoção da justiça social estadual¹⁵, passando o crime a ser “quase público”¹⁶. Reviu-se, também, a epígrafe do art. 152.º (*Maus-tratos e infração de regras de segurança*), mantendo-se a definição do tipo legal e a medida da pena.¹⁷

A Lei n.º 7/2000, de 27 de maio, consagrou o crime de maus-tratos como público¹⁸, o que representou a rutura com a ideia tradicional da não intromissão do Estado nos assuntos familiares¹⁹, resultando esta evolução da consideração do princípio da dignidade da pessoa humana. Porém, “o legislador, consciente das críticas que podem ser feitas à natureza pública do crime, sobretudo, a não consideração da vontade da vítima, consagrou a suspensão provisória do processo a pedido da vítima”²⁰. No decurso desta alteração houve a inclusão do progenitor de descendente comum em 1.º grau, enquanto vítima deste ilícito penal.²¹

É indiscutível que a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, operou uma das mais importantes alterações na evolução legislativa deste crime, procedendo à separação entre a violência doméstica (art. 152.º do CP) e os maus-tratos (art. 152.º-A do CP).²²⁻²³ Acrescentou, ao elenco de sujeitos passivos, as pessoas do mesmo sexo que vivam em relações análogas às dos cônjuges e aquelas que forem particularmente indefesas em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, e que coabitem

¹⁴ Almeida, 2016, p. 193.

¹⁵ Beza, 2021, p. 15.

¹⁶ Almeida, 2016, p. 194.

¹⁷ *Ibidem*, p. 193.

¹⁸ Carvalho, 2012, p. 515.

¹⁹ *Vd.* Cardoso, 2012, p. 26: “Compreendemos a opção do legislador ao atribuir-lhe natureza pública demonstrativa da nova visão da sociedade que considera tal crime como um mal que se repercute na comunidade global e não como um assunto privado, que respeita em exclusivo à família em que ocorre”.

²⁰ *Ibidem*, 2012, pp. 12-13.

²¹ Almeida, 2016, p. 194

²² *Vd.* Beza, 2021, p. 16: “esta separação é plenamente justificada, uma vez que a mistura dos preceitos não era só de fundamentação duvidosa (quanto aos bens jurídicos protegidos com as incriminações) como também tornava o texto do artigo acentuadamente confuso e obscuro”.

²³ Teresa Beza sustenta que “talvez o legislador pudesse ter levado a destrinça ainda mais longe, separando os casos em que a relação próxima, presente ou passada, parece ser o fundamento da autonomização do crime de maus-tratos agora denominado ‘violência doméstica’ dos casos em que essa auto-nomização se funda numa especial vulnerabilidade da vítima que coabita com o agressor” – *Idem*, p. 16.

com o agente do crime.²⁴ Incluiu, ainda, as relações familiares pretéritas, não sendo necessária a verificação de laços familiares entre a vítima e o agressor ao tempo do facto (ex-cônjuge ou pessoa com quem o agente tenha mantido relação análoga à dos cônjuges), e as relações parentais não familiares, abrangendo-se o progenitor de descendente comum em 1.º grau que não tenha uma relação análoga à dos cônjuges.²⁵

De notar que a redação de 2007 permanece em vigor, apenas tendo sido aditada a expressão “relação de namoro”²⁶ à al. b), do n.º 1 (Lei n.º 19/2013, de 21 de fevereiro).²⁷ Já em relação à descrição do facto típico a lei refere, agora, os *maus-tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade, ofensas sexuais ou impedir o acesso ou fruição aos recursos económicos e patrimoniais próprios ou comuns*²⁸, quer sejam praticados de forma reiterada ou não (algo que não constava das versões anteriores), não se exigindo uma intensidade específica aos factos praticados.

Recentemente, a Lei n.º 57/2021 acrescentou ao art. 152.º/1 a al. e), que prevê a situação do menor que seja descendente do agressor ou de uma das pessoas referidas nas als. a), b) e c), ainda que com ele não coabite.²⁹

1.4. Bem jurídico

Passados dezasseis anos sobre a autonomização do crime de violência doméstica, seria de esperar maior harmonização e unanimidade na resolução das questões subjacentes a este crime, podendo pensar-se até que as problemáticas mais importantes já se encontrassem todas discutidas e resolvidas.

No entanto, continua a persistir falta de concordância na doutrina e jurisprudência portuguesas relativamente ao bem jurídico protegido por este tipo legal de crime, que é, verdadeiramente, muito amplo.³⁰

A posição maioritária³¹, representada por Taipa de Carvalho, afirma que o bem jurídico tutelado pelo crime de violência doméstica não é apenas a integridade física (apesar de inserido no Capítulo III), sendo muito mais abrangente. Assim, o Autor

²⁴ Almeida, 2016, p. 194.

²⁵ Albuquerque, 2022, p. 664

²⁶ Entende-se por relação de namoro “uma relação amorosa monogâmica estável que não envolva ou tenha envolvido a vida conjugal ou análoga à dos cônjuges. Excluídas ficam, contudo, as pessoas envolvidas em relações afetivas ou mesmo sexuais passageiras, ocasionais ou fortuitas”, cf. *Idem*, p. 664.

²⁷ Almeida, 2016, p. 195.

²⁸ A violência económica foi introduzida pela Lei n.º 57/2021.

²⁹ Albuquerque, 2022, p. 665.

³⁰ Contrariamente ao que outrora se defendeu, já não é aceite a ideia de que o bem jurídico seja a tutela da família, enquanto instituição, uma vez que os interesses que se visa proteger estão, intrinsecamente, relacionados com a pessoa individual objeto de ofensa. Apesar de ser no âmbito familiar que se situa o comportamento típico, a verdade é que os interesses protegidos dizem respeito à pessoa ofendida e não à instituição “família”. Sobre este aspeto, *vd.* Cardoso, 2012, p. 16.

³¹ Também dominante na jurisprudência. *Vd.*: Ac. TRP, de 06/02/2013, Proc. n.º 2167/10.OPAVNG.P1; Ac. TRL, de 13/12/2016, Proc. n.º 1152/15.OPBAMD-5; Ac. TRG, de 04/12/2017, Proc. n.º 214/16.1PBGMR.G1.

sustenta que o art. 152.º do CP visa proteger a saúde³², entendida em todas as suas dimensões (física, psíquica e mental)³³, enquanto bem jurídico complexo.

Por sua vez, outros Autores, como Elisabete Ferreira, entendem que, embora o bem jurídico protegido seja a saúde, existe reflexamente a proteção da relação de convivência familiar de particular proximidade existencial.³⁴

Por outro lado, Pinto de Albuquerque defende que está em causa a proteção de uma multiplicidade de bens jurídicos, como “a integridade física e psíquica, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual, a honra e até o património, entendido numa conceção jurídico-económica”.³⁵

Sob outra perspetiva, Lamas Leite sustenta que o bem jurídico decorre do direito fundamental à integridade pessoal (art. 25.º da CRP), como também do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26.º/1 da CRP), afirmando que “o fundamento último das acções e omissões abrangidas pelo tipo reconduz-se ao *asseguramento das condições de livre desenvolvimento da personalidade de um indivíduo no âmbito de uma relação interpessoal próxima, de tipo familiar ou análogo*”.³⁶

Em contrapartida, a tese que consagra a dignidade humana enquanto bem jurídico diretamente protegido pelo crime de violência doméstica foi já, por diversas vezes, perfilhada por alguma jurisprudência.³⁷⁻³⁸

Quanto a nós, tendemos a considerar que o crime de violência doméstica protege um bem jurídico complexo que, a título principal, diz respeito à saúde. Esta assunção permite uma proteção mais ampla, uma vez que engloba a saúde física, psíquica, mental, emocional ou relacional.³⁹ Além do mais, tal qualificação permite integrar no âmbito punitivo da norma condutas que não se incluem noutros tipos de crime e que da mesma forma afetam o bem-estar físico e psíquico da vítima. Contudo, parece-nos ser, também, corolário do bem jurídico saúde:

³² Carvalho, 2012, p. 512; Fernandes, 2021, pp. 30-31; Brandão, 2010, p. 22; Cardoso, 2012, pp. 16-17.

³³ Carvalho, 2012, p. 512.

³⁴ Ferreira, 2017, pp. 6-7.

³⁵ Albuquerque, 2022, p. 664.

³⁶ Leite, 2010, p. 49.

³⁷ *Vd.* Ac. TRC, de 29/01/2014, Proc. n.º 1290/12.1PBAVR.C1; Ac. TRE, de 03/07/2012, Proc. n.º 53/10.3GDFTR.E1.

³⁸ De destacar Cardoso, 2012, p. 16: “[tal] posição é difícil de compreender, pois a dignidade humana sendo um valor em que se funda e que atravessa todo o sistema jurídico, um atributo de toda a pessoa, uma síntese de todas as dimensões da pessoa humana, que tem tradução em diversos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento penal, não está em condições de desempenhar o papel específico exigido a um bem jurídico, concretamente o tutelado pelo crime de violência doméstica”.

³⁹ Segundo a OMS, *saúde* é o “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença” (critérios expressos no tratado constitutivo, concluído em Nova Iorque, a 22 de julho de 1946). O conceito vai mais além do que saúde física e psíquica, desprendendo-se do campo biológico, já que não é pensado apenas do ponto de vista de uma doença. Também a saúde social assume o importante papel de indicador de como a pessoa interage com os outros, bem como as consequências de tais interações para o seu bem-estar. É possível concretizar nesta noção de *saúde* todo o conteúdo da tutela da violência doméstica, não ficando esquecido nem o corpo da vítima, nas suas dimensões física e psíquica, nem sequer a dimensão relacional e social do ser humano.

a convivência familiar, para-familiar ou doméstica, uma confiança relacional. Tal determina que, uma conduta materialmente não grave (...) poderá afrontar o bem jurídico protegido, porque poderá abalar as bases de confiança em que se funda aquela relação familiar ou a convivência doméstica, mas também porque uma conduta materialmente não grave perpetrada no âmbito familiar e doméstico encerra uma danosidade social distinta da ofensa praticada em contexto não-doméstico.⁴⁰

1.5. Condutas que integram o tipo legal

A descrição típica do art. 152.º/1 do CP refere-se a *maus-tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade, ofensas sexuais ou impedir o acesso ou fruição aos recursos económicos, próprios ou comuns*. Estamos assim perante um crime de execução não vinculada⁴¹, uma vez que a violência pode manifestar-se através de condutas de diversa natureza, e não apenas através de violência física, optando o legislador por uma enumeração não taxativa, exemplificativa.⁴²

De qualquer modo, aquilo que se considera comportamentos suscetíveis de abranger o conceito de *maus-tratos* está relativamente estabelecido:

Devem estar em causa atos que pelo seu carácter violento sejam, por si só ou quando conjugados com outros, idóneos a refletir-se negativamente sobre a saúde física ou psíquica da vítima. A circunstância de uma certa ação poder, a priori, integrar o conceito de maus tratos não significa necessariamente que se dê sem mais como preenchido o tipo-de-ilícito do crime de violência doméstica, tudo dependendo da respetiva situação ambiente e da imagem global do facto.⁴³

A título de exemplo, os *maus-tratos físicos* têm o intuito de provocar dano físico ou orgânico na vítima, deixando ou não marcas visíveis (incluem-se aqui atos como empurrar, puxar cabelo, desferir estaladas, murros, pontapés, apertar o pescoço e os braços com força, bater com a cabeça da vítima em paredes, armários ou em qualquer tipo de superfícies, queimar, empurrar das escadas).⁴⁴ De reparar que, apesar de a maioria destas condutas decorrer de ações, a ofensa do bem jurídico pode igualmente

⁴⁰ Ferreira, 2017, pp. 15-14.

⁴¹ Cardoso, 2012, p. 19.

⁴² Carvalho, 2012, p. 515.

⁴³ Brandão, 2010, p. 19.

⁴⁴ *Idem*, p. 19.

consubstanciar-se através de omissões.⁴⁵ Pensemos nos casos em que há a omissão dos cuidados a ter com uma pessoa dependente ou especialmente vulnerável, não satisfazendo as necessidades básicas de higiene, alimentação, habitação, segurança, cuidados médicos⁴⁶, ou deixando-a sozinha por longos períodos de tempo⁴⁷.

Os *maus-tratos psíquicos* traduzem-se em situações de humilhação, provocação, molestação, desprezo, insulto, em privado ou em público, através de palavras e/ou atitudes, mesmo que não concretizando o crime de ameaça.⁴⁸ Também o tratamento cruel (como, por exemplo, retirar ou omitir o fornecimento, a horas, das refeições ou da medicação), embora não venha expressamente previsto no art. 152.º, mas sim no art. 152.º-A, é considerado, por alguns autores⁴⁹, como *maus-tratos psíquicos*.

Os *castigos corporais*⁵⁰ estão previstos apenas para situações relativas a menores, visando-se “chamar a atenção para a possibilidade de tais castigos, ainda que aplicados com um objectivo educativo, poderem integrar a acção típica do crime de violência doméstica, funcionando, assim, tal clarificação normativa ao nível da prevenção geral”.⁵¹

No que respeita às *privações da liberdade* e às *ofensas sexuais*, as primeiras “incluem o sequestro simples e o emprego de formas mais graves de sequestro e de escravidão é punível pelas respetivas incriminações”⁵²; já as segundas poderão, possivelmente, ser integradas na prática de crimes contra a liberdade sexual (nomeadamente, os previstos nos arts. 163.º/2 e 164.º/2 do CP), aos quais poderá ser aplicada uma pena inferior a 5 anos, prevalecendo, portanto, o crime de violência doméstica. No entanto, surge a questão relativa à incongruência entre a natureza dos crimes, uma vez que aqueles têm uma natureza semipública.⁵³

Por último, *impedir o acesso ou fruição aos recursos económicos e patrimoniais próprios ou comuns*, é

⁴⁵ Carvalho, 2012, p. 517.

⁴⁶ Magalhães, 2010, p. 56.

⁴⁷ Carvalho, 2012, p. 517.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 516.

⁴⁹ *Idem*, p. 516.

⁵⁰ Embora não seja o tema do nosso estudo, teremos de realçar que, hoje, é questionado se os castigos corporais são um meio de educação ou consubstanciam um crime, discutindo-se, no sistema jurídico português, a legitimidade e os limites do poder de correção dos pais sobre os filhos. Os autores dividem-se nas suas posições, trazendo à colação várias teses: proibição absoluta, proibição relativa, adequação social, causas de exclusão da ilicitude do tipo legal, bagatelas penais. Para melhor perceção de cada tese, *vd.* Carvalho, 2018, pp. 25-45.

⁵¹ Cardoso, 2012, p. 20.

⁵² Albuquerque, 2022, p. 666.

⁵³ *Vd.* Fernandes, 2021, p. 35: “supondo que uma vítima não quer procedimento, veria entrar pela janela aquilo a que fechara a porta ao não apresentar queixa. (...) Na situação inversa, a previsão poderá ser útil. Ou seja, ultrapassado o prazo para apresentação de queixa por crimes contra a liberdade sexual, esclarece-se que o procedimento poderá ser como que repristinado, por via da integração daqueles na factualidade do crime de violência doméstica, embora sempre limitado à respectiva moldura penal”.

a forma de violência doméstica económica, que constitui maus-tratos psíquicos, isto é, uma particular modalidade de violência psicológica em consonância com o conceito amplo de violência doméstica da Convenção de Istambul. A Lei n.º 57/2021 consagrou explicitamente esta forma de violência, ao prever o impedimento do acesso ou da fruição de recursos económicos e patrimoniais, sejam estes recursos bens próprios da vítima ou bens comuns da vítima e do agressor.(...) O conceito de ‘recursos económicos e patrimoniais’ tem a mesma amplitude da conceção jurídica-económica do património (...), pelo que é punível pela incriminação da violência doméstica o impedimento do acesso ou da fruição de quaisquer direitos, posições jurídicas ou expectativas com valor económico compatíveis com a ordem jurídica, desde que (...) seja um bem próprio da vítima ou um bem comum da vítima e do agressor.⁵⁴

1.6. Desnecessidade de reiteração

Desde as alterações introduzidas pela Lei n.º 59/2007 que o crime de violência doméstica prevê a desnecessidade de reiteração da conduta, tendo desaparecido o requisito da *intensidade* previsto nas versões anteriores.

Durante muito tempo a doutrina e, principalmente, a jurisprudência, divergiram quanto à problemática da reiteração. Enquanto uns defendiam a necessidade de reiteração da conduta⁵⁵, outros entendiam (mais recentemente) não ser aquela necessária para a verificação do tipo legal⁵⁶, “bastando um episódio isolado, desde que pela sua gravidade se reflita na saúde física ou psíquica da vítima”⁵⁷. O legislador, desde 2007, vem aderindo à segunda corrente, que embora tenha passado a corresponder à letra da lei, não constava da proposta apresentada no Anteprojeto da Lei⁵⁸, que previa a prática de uma conduta de “modo intenso ou reiterado”.

Mesmo resolvida a querela doutrinária e jurisprudencial que envolvia a necessidade de reiteração, a eliminação da palavra *intenso* veio gerar nova dúvida.⁵⁹ De forma a dissipar tal confusão, Rui Pereira, Presidente da Unidade de Missão para a Reforma Penal, esclareceu por diversas vezes, nas conferências sobre a revisão,

⁵⁴ Albuquerque, 2022, p. 666.

⁵⁵ Vd. Ac. TRP, de 31/01/2001, Proc. n.º 0041056; Ac. TRP, de 05/11/2003, Proc. n.º 0342343; Ac. TRC, de 19/11/2008, Proc. n.º 182/06.8TAACN.

⁵⁶ V.g. Ac. TRP, de 30/01/2008, Proc. n.º 0712512; Ac. do TRC, de 28/04/2010, Proc. n.º 13/07.1GACTB.C1; Ac. do TRL, de 14/10/2020, Proc. n.º 749/19.4PBSNT.L1-3.

⁵⁷ Cardoso, 2012, p. 21.

⁵⁸ Proposta de Lei N.º 98/X.

⁵⁹ Contudo, a adoção da expressão *de modo reiterado ou não* “permitiu ultrapassar as críticas que, desde a divulgação pública do anteprojeto, foram surgindo quanto à introdução dessa alternativa típica entre os *maus-tratos intensos* ou *maus-tratos reiterados*, por potenciar a fragmentariedade da incriminação”, cf. Fernandes, 2021, pp. 32-33.

que não se pretendia transformar qualquer ofensa ou ameaça – crimes de natureza semi-pública – em crimes de maus-tratos com moldura penal reforçada e natureza pública, apenas pelo facto de ocorrerem no âmbito de uma relação afectiva. Mantinha-se a situação em vigor, apenas com a clarificação que a reiteração não é exigida, desde que a conduta maltratante seja especialmente intensa.⁶⁰

Assim, doutrina e jurisprudência maioritárias sustentam que, para o preenchimento do crime de violência doméstica, terá de utilizar-se um critério que “há-de assentar num conceito fáctico e criminológico de reiteração por parte do sujeito activo, que dê lugar a um *estado de agressão permanente*, sem que as agressões tenham de ser constantes”⁶¹, devendo entender-se que

um único ato ofensivo – sem reiteração – para poder ser considerado maus-tratos e, assim, preencher o tipo objectivo, contínua, na redacção vigente, a reclamar uma intensidade do desvalor, da acção e do resultado, que seja apta e bastante a molestar o bem jurídico protegido.⁶²

Contudo, tendemos a perfilhar a posição de Elisabete Ferreira, quando sustenta que:

as condutas típicas ínsitas na previsão do artigo 152.º do Código Penal são os maus tratos físicos e psíquicos, incluindo os castigos corporais, as privações da liberdade e as ofensas sexuais, comportamentos que, à partida, pressupõem reiteração. Quando estas ações ou omissões não forem reiteradas, entendemos que o que ditará o seu enquadramento no artigo 152.º, com o consequente afastamento dos tipos legais simples respetivos, será não apenas a gravidade intrínseca da conduta praticada, e bem assim, o resultado produzido, na perspetiva das consequências materiais para a saúde da vítima, mas também o juízo que, em concreto, se venha a fazer, sobre se aquela conduta se traduziu, ou não, na colocação em causa da pacífica convivência familiar ou doméstica.⁶³

⁶⁰ *Idem*, p. 33.

⁶¹ *Ibidem*, p. 32.

⁶² *Ibidem*, p. 33.

⁶³ Ferreira, 2017, p. 6.

Indubitavelmente, a prática de ofensa simples, ainda que não seja reiterada, “poderá, atento o contexto em que foi praticada, pôr em causa esta pacífica convivência, abalar irremediavelmente a confiança da vítima no seu agressor e tal dimensão não encontra proteção em outro tipo legal, à exceção do artigo 152.º do Código Penal”.⁶⁴

2. A vítima no direito penal e processual penal

Uma vez analisada a evolução do art. 152.º e estabelecido o momento em que se criminalizou a violência doméstica contra pessoa particularmente indefesa, cabe agora perceber em que consiste esta especial vulnerabilidade.

Antes de mais, ter-se-á de compreender que só recentemente a vítima passou a ser um sujeito ativo no processo penal. Com efeito, durante muito tempo, a vítima foi um verdadeiro “fantasma processual”. De facto, o Direito Penal e o Direito Processual Penal tradicionais recusavam à vítima a qualidade de sujeito processual ao considerá-la um mero “objeto” de prova⁶⁵, não lhe atribuindo um espaço de atuação processual que lhe permitisse participar realmente na decisão final.

Acresce que, no nosso sistema, o Estado detém o monopólio do poder punitivo, assumindo o dever de prevenir e punir as condutas ilícitas que violam gravemente os princípios basilares da coletividade aceites como indispensáveis para a vivência em comunidade, constituindo o crime, primeiramente, uma ofensa contra o Estado. Por isso, todo o processo penal assenta no princípio da oficialidade, segundo o qual “a promoção e a prossecução processual depende de um órgão estadual e não da pessoa diretamente ofendida”⁶⁶. Em consequência,

A entrada da vítima no processo era considerada atentatória da ‘racionalidade do sistema’, abrindo a porta a elementos indesejáveis – emoção, compaixão, sentimentos de vingança, visão individual distorcida – perturbadores do funcionamento do processo e impeditivos de uma resolução processual objectiva isenta e eficiente.⁶⁷

Para além disso, o arguido sempre esteve no centro das preocupações, por ser o sujeito processual exposto à força punitiva do Estado, à gravidade das sanções penais e ao risco de incriminações injustas, daí ser-lhe atribuído um conjunto de direitos fundamentais, que salvaguardam a sua posição ao longo de todo processo penal.⁶⁸

⁶⁴ *Ibidem*, p. 9.

⁶⁵ Faria, 2019, p. 204.

⁶⁶ Esteves, 2017, p. 15.

⁶⁷ *Idem*, p. 15.

⁶⁸ Faria, 2019, p. 204.

Todavia, a emergência do movimento vitimológico⁶⁹ em conjunto com

A cada vez maior preocupação face aos índices de criminalidade, a descoberta, através dos inquéritos de vitimação, da elevada percentagem de vítimas que não denunciava os crimes de que era alvo e a constatação de que estas significativas cifras negras reflectiam insatisfação e descrença relativamente ao sistema de justiça pela forma como este as marginalizava, acabaram por recentrar a atenção dos investigadores no estudo desta insatisfação e do impacto do crime nas vítimas.⁷⁰

Constata-se, portanto, que “vivemos um momento de viragem no que toca ao reconhecimento do papel e dos direitos das vítimas de crime”⁷¹, começando a compreender-se que “um processo penal que deixe as vítimas de crimes postas de lado, ignorando-as, não realiza o objectivo de justiça penal, nem em sentido ideal, nem na dimensão material do Estado de direito”⁷².

Aliás, “o reconhecimento e a consagração legal dos direitos das vítimas têm sido paulatinamente construídos, com maior intensidade nos últimos 40 anos, em particular através da adoção de instrumentos normativos pelas organizações internacionais”⁷³.

Deve assim lembrar-se a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder⁷⁴, adotada pela AGNU na Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985, como um dos primeiros avanços nesta matéria. A este propósito, e a nível europeu, destacam-se a Recomendação n.º R (85) 11, relativa à posição da vítima no âmbito do direito penal e do processo penal, e a Recomendação n.º R (87) 21, sobre a assistência às vítimas e prevenção da vitimização. Também a Comissão Europeia tem elaborado instrumentos jurídicos de proteção da vítima no processo penal, salientando-se a Decisão-Quadro n.º 2001/220/JAI⁷⁵ do Conselho, de 15 de março de 2001, e a Diretiva 2012/29/UE⁷⁶⁻⁷⁷ do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de

⁶⁹ *Vd.* Dias, 2019, p. 2: “em termos genéricos, pudemos dizer que procurou alterar a forma de encarar as condutas delitivas: a abordagem passa de um ponto de vista em que o crime estava no centro (‘criminocentrismo’) para o ponto de vista em que a vítima está no centro (‘vitimocentrismo’)”.

⁷⁰ Vieira, 2016, p. 172.

⁷¹ *Ibidem*, p. 171.

⁷² *Idem*, p. 171.

⁷³ Proposta de Lei n.º 343/XII, p.1.

⁷⁴ Adotada pela AGNU na Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985.

⁷⁵ Define as normas mínimas que promovem a implementação dos direitos e garantias das vítimas em processo penal na UE.

⁷⁶ Estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção da criminalidade, substituindo a Decisão-Quadro de 2001.

⁷⁷ *Vd.* Vieira, 2016, p. 172: “com a aprovação da Diretiva 2012/29/UE, não se pretendeu recentrar as finalidades do processo penal ou alterar os seus atores principais. O processo serve e continuará a servir para indagar da ocorrência de um crime e, em caso afirmativo, apurar quem foi o seu autor e sancioná-lo”.

outubro de 2012, que “constituem os instrumentos de carácter genérico mais relevantes”⁷⁸.

A Diretiva 2012/29/UE foi transposta para a ordem jurídica portuguesa por meio da Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro de 2015. De notar que a Proposta de Lei que esteve na base para a sua aprovação sublinha que “no âmbito do processo penal as vítimas são incontestavelmente o substrato e a finalidade, porquanto nelas se corporiza a violação da lei e é por causa delas que se punem os comportamentos infratores”⁷⁹.

Neste contexto, a Lei n.º 130/2015 não só aditou ao CPP o novo art. 67.º-A, que passou a constituir o Título IV, do Livro I (*Dos sujeitos do processo*) – intitulado “*Vítima*” – como também efetuou algumas alterações em específicas normas (arts. 68.º, 212.º, 246.º, 247.º, 292.º e 495.º). No entanto, o maior contributo desta lei para o ordenamento jurídico nacional foi a criação do *Estatuto da Vítima* (art. 5.º da Lei n.º 130/2015), que visou “garantir a informação, apoio e protecção adequadas às vítimas em processo penal bem como a sua protecção (e dos seus familiares) de eventuais represálias por parte do autor da infração, além da vitimização secundária”⁸⁰, prevendo um conjunto de princípios e direitos fundamentais para vítimas, bem como uma série de medidas para a sua protecção.⁸¹

A vítima vulnerável

Em que consiste a vulnerabilidade?

O vocábulo *vulnerabilidade* é “impreciso e mesmo paradoxal”⁸², derivando “da palavra latina *vulnerare*, que significa magoar ou ofender. Levando em conta essa origem, a palavra ‘vulnerabilidade’ refere-se ao carácter do vulnerável, do que apresenta fragilidade e pode ser atacado ou sujeito a especial dano”⁸³, constituindo a vulnerabilidade “um fenómeno transversal e universal que pode afetar qualquer pessoa de maneira episódica ou permanente”⁸⁴. O conceito surgiu ligado às ciências ambientais, no estudo do impacto de desastres naturais, considerando-se que, para entender as suas consequências negativas, é essencial estudar tanto a ameaça externa, como a população afetada.⁸⁵

A pessoa vulnerável é, então, definida “como um sujeito passivo à ameaça externa”⁸⁶, assumindo uma importância fundamental nesta definição a ameaça externa,

⁷⁸ Proposta de Lei n.º 343/XII, p. 2.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 1.

⁸⁰ Vieira, 2016, pp. 186-187.

⁸¹ Destaque para os arts. 20.º a 27.º, relativos ao estatuto da vítima especialmente vulnerável.

⁸² Leão, 2022, p. 99.

⁸³ Neto, 2022, p. 171.

⁸⁴ *Idem*, p. 171.

⁸⁵ Relatório: Projeto Portugal Mais Velho, 2020, p. 26.

⁸⁶ *Idem*, p. 26.

julgando-se “que para medir e explicar a severidade dos danos provocados devemos focar-nos na magnitude, duração e frequência da ameaça externa, ignorando que o risco de sofrer danos é altamente desigual de pessoa para pessoa”.⁸⁷

Atualmente, o termo é já usado em vários domínios “para indicar uma situação de fragilidade ou incapacidade de defesa, dos indivíduos ou de certos grupos, em relação ao impacto de um evento traumático, de origem natural, política ou socioeconómica”⁸⁸.

Assim, a condição de *vulnerabilidade* é, agora,

determinada pela maior ou menor probabilidade de se sofrer danos, lesões ou infortúnios e pela capacidade de mobilizar meios para suportar as suas consequências, em função de características biológicas, do contexto e da precariedade das circunstâncias pessoais e coletivas de cada um.⁸⁹

Para além dos domínios ambiental e social, a *vulnerabilidade* adquire particular relevância no campo jurídico, que a enquadra por meio “do reconhecimento de direitos e atribuições de prestações específicas, bem como através de medidas de ação afirmativa”⁹⁰, sendo reiteradamente utilizada na esfera do Direito Internacional para fazer referência a indivíduos, grupos ou segmentos da população que carecem de especial proteção ou de discriminações positivas.⁹¹

Também ao nível da jurisprudência do TEDH

encontramos menções quer à vulnerabilidade, quer a grupos vulneráveis (...), aludindo-se a estes últimos, em regra, para justificar situações de distinção atacadas à luz do artigo 14.º da CEDH. Quanto à vulnerabilidade, permite uma abordagem de questões de igualdade de um ponto de vista substancial, tomando em consideração as desvantagens históricas, sistemáticas e institucionais de certos grupos, bem como as posições efetivas de cada indivíduo no seio da sociedade, superando percursos argumentativos fundados no princípio da igualdade formal.⁹²

⁸⁷ *Idem*, p. 26.

⁸⁸ Canotilho, 2022, p. 147.

⁸⁹ *Idem*, pp. 147-148.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 154.

⁹¹ *Idem*, p. 154.

⁹² *Idem*, p. 154.

O ordenamento jurídico português aceita também a posição de *vulnerabilidade* de certas pessoas ou grupos de pessoas, mas a complexidade desta característica obriga a saber quem mede e define a *vulnerabilidade*.⁹³

A resposta deve obrigatoriamente partir da *Constituição*. Com efeito, a norma fundadora do nosso sistema legal considera a pessoa como “*sujeito de direitos fundamentais* durante toda a sua vida, revelando um conceito dinâmico e evolutivo”⁹⁴.

Destarte, em linha com a proteção através de princípios gerais, como o da dignidade da pessoa humana⁹⁵ (art. 1.º da CRP) ou o da igualdade (art. 13.º da CRP), a situação de *vulnerabilidade* é também reconhecida em casos específicos, por intermédio do catálogo de direitos fundamentais previsto na Parte I do texto constitucional.⁹⁶ A pessoa começa por ser criança e, seguidamente, jovem, “beneficiando, por um lado, de um *status* de *especial proteção* por parte da sociedade e do Estado e, por outro, de políticas públicas especialmente desenhadas para permitir o seu pleno e livre desenvolvimento”⁹⁷, progressiva e gradualmente, nos termos dos arts. 69.º e 70.º da CRP.

Após a idade adulta, a pessoa entra na terceira idade, reconhecendo-se, para efeitos de vulnerabilidade, que “as pessoas idosas têm direito à segurança económica e a condições de habitação e convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social”⁹⁸ (art. 72.º da CRP). Torna-se, assim, necessária a conjugação da autonomia e da dependência destas pessoas, impondo-se ao Estado a criação de condições de vida dignas que assegurem a manutenção de um espaço de autodeterminação; garantindo, ao mesmo tempo, a essencialidade da família e da comunidade para uma correta gestão da vulnerabilidade e da dependência.⁹⁹

No entanto, o legislador constitucional aponta outras situações de vulnerabilidade, como a deficiência, gravidez, maternidade e paternidade, e doença (arts. 71.º, 36.º, 68.º e 64.º da CRP, respetivamente).¹⁰⁰ Isto, porque a pessoa não se mantém igual toda a sua vida, mas antes “é uma pessoa que *muda*, evolui e se transforma”¹⁰¹, atravessando, não raras vezes,

⁹³ Relatório: Projeto Portugal Mais Velho, 2020, p. 27.

⁹⁴ Canotilho, 2022, p. 146.

⁹⁵ *Vd. Neto*, 2022, p. 172.

⁹⁶ Leão, 2022, p. 99.

⁹⁷ Canotilho, 2022, p. 146.

⁹⁸ *Idem*, p. 146.

⁹⁹ *Idem*, p. 146.

¹⁰⁰ *Vd. Leão*, 2022, p. 99.

¹⁰¹ Canotilho, 2022, p. 146.

períodos de maior fragilidade, ou vulnerabilidade, mais ou menos duradouros, em que, à semelhança dos períodos da infância, juventude e terceira idade, necessita de uma especial proteção constitucional, de direitos fundamentais específicos e de políticas públicas próprias.¹⁰²

Esta proteção constitucional é o suporte para uma posterior densificação do conceito de *vulnerabilidade*. Neste sentido, são vários os ramos de direito em que surgem exemplos da sua proteção, como no Direito Processual Penal, no Direito Civil e no Direito do Trabalho.

Como é fácil de compreender, iremos apenas estudar o significado de *vulnerabilidade* no Direito Processual Penal português.

2.1.2. A tutela da vítima vulnerável

O art. 67.º-A do CPP distingue três tipos de vítimas: (i) a vítima “direta” (n.º 1, al. a), i)), isto é, a pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou psíquica, um dano emocional ou moral, um dano patrimonial, diretamente causado por ação ou omissão, no âmbito da prática de um crime; (ii) a vítima “indireta” (n.º 1, al. b), ii)), que inclui determinados familiares de uma pessoa cuja morte tenha sido diretamente causada por um crime e que tenham sofrido um dano em consequência dessa morte (n.º 1, al. c) e n.º 2 da mesma norma legal); e (iii) a vítima “especialmente vulnerável” (n.º 1, al. b)), que será a pessoa cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, 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. São, também, sempre consideradas especialmente vulneráveis as vítimas de criminalidade violenta e de criminalidade especialmente violenta (n.º 3 do referido preceito legal).

Iremos dedicar a nossa atenção à terceira categoria de vítimas, isto é, às vítimas especialmente vulneráveis, por ser sobre elas que recaem as questões que a alteração incorporada no art. 152.º/1 do CP, em 2021, veio suscitar.

Desta forma, e seguindo a mesma linha do art. 67.º-A do CPP, Pinto de Albuquerque esclarece que são vítimas especialmente vulneráveis “aquelas que se encontram numa situação de especial fragilidade devido à sua idade precoce ou avançada, deficiência, doença física ou psíquica, gravidez ou dependência económica do agente”¹⁰³.

¹⁰² *Idem*, p. 146.

¹⁰³ Albuquerque, 2022, pp. 664-665.

De salientar, ainda, que, enquanto nos casos de criminalidade violenta e de criminalidade especialmente violenta (art. 1.º, als. j) e l) do CPP) as vítimas são automaticamente consideradas especialmente vulneráveis, já nos restantes casos (al. b) do n.º 1 do art. 67.º-A), apenas as autoridades judiciárias e os OPC podem, depois de realizada avaliação individual da vítima, atribuir-lhe o estatuto de “vítima especialmente vulnerável” (art. 20.º do Estatuto da Vítima). Esta avaliação é feita em ordem a determinar se a vítima especialmente vulnerável deve beneficiar de medidas especiais de proteção (art. 21.º do Estatuto da Vítima), em concreto: (a) as inquirições da vítima devem ser realizadas pela mesma pessoa, se a vítima assim o desejar, e desde que a tramitação do processo penal não seja prejudicada; (b) a inquirição das vítimas de violência sexual, violência baseada no género ou violência em relações de intimidade, salvo se for efetuada por magistrado do MP ou por juiz, deve ser realizada por uma pessoa do mesmo sexo que a vítima, se esta assim o desejar e desde que a tramitação do processo penal não seja prejudicada; (c) medidas para evitar o contacto visual entre as vítimas e os arguidos, nomeadamente durante a prestação de depoimento, através do recurso a meios tecnológicos adequados; (d) prestação de declarações para memória futura, nos termos previstos no art. 24.º; (e) exclusão da publicidade das audiências, nos termos do art. 87.º do CPP.

Porém, se nos centrarmos na vítima do crime de violência doméstica, verificamos que a Lei n.º 112/2009 define *vítima* como a pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou psíquica, um dano emocional ou moral, ou uma perda material, diretamente causada por ação ou omissão, incluindo as crianças ou os jovens até aos 18 anos que sofreram maus-tratos relacionados com exposição a contextos de violência doméstica (art. 2.º, al. a)); e como *vítima especialmente vulnerável* a pessoa cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua diminuta ou avançada idade, do seu estado de saúde ou 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 (alínea b) do art. 2.º).¹⁰⁴ Daqui resulta que, em relação ao crime de violência doméstica, a vítima é, geralmente, particularmente vulnerável devido à gravidade dos factos praticados contra ela, devido ao lapso de tempo pelo qual se prolongou a vitimização, ou devido às suas características intrínsecas, como, a fragilidade em razão da idade.¹⁰⁵

Por outro lado, constata-se que a vítima do crime de violência doméstica (especialmente vulnerável ou não) possui outros direitos e medidas de proteção para além dos previstos no *Estatuto da Vítima*, tal como consta da Lei n.º 112/2009 (arts.

¹⁰⁴ Tais definições estão, hoje, incluídas no conceito de vítima do CPP.

¹⁰⁵ Ferreira, 2016, p. 222.

20.º, 27.º-A, 29.º/3, 29.º-A, 30.º/3, 31.º, 34.º, 34.º-A, 34.º-B, 35.º, 36.º, 37.º, 37.º-A), na parte que não foi englobada na Lei n.º 130/2015.

2.1.3. A vulnerabilidade em razão da idade

Passamos a concentrar-nos agora num dos fatores específicos da especial vulnerabilidade: a idade, por ser aquele a que diz respeito, de forma mais flagrante, a alteração introduzida pela Lei n.º 57/2021.

Quando falamos de vítimas especialmente vulneráveis em razão da idade, pensamos em dois grupos etários concretos: os menores e os idosos.

Quem é considerado menor? E idoso? Qual a proteção acrescida que decorre dessa especial vulnerabilidade?

A resposta a estas questões não é fácil, uma vez que estamos perante conceitos que suscitam várias interpretações, dependendo da forma como cada ordem jurídica procede ao seu preenchimento e concretização.

2.1.3.1. Menores

Segundo o art. 1.º da CDC¹⁰⁶, é criança “todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”. No mesmo sentido, o direito português estabelece que a maioridade é atingida aos dezoito anos. Dito de outro modo, a menoridade dura desde o nascimento até ao momento em que se completa os dezoito anos (art 122.º do CC). Percebe-se, então, que “é o fator idade que define o conceito de criança e que a diferencia: da idade decorre a sua debilidade física, imaturidade, falta de conhecimento e de experiência”¹⁰⁷.

Daí que as crianças e jovens sejam possuidores de uma proteção legal acrescida, decorrente de uma maior fragilidade. Todavia, nem sempre os menores foram considerados sujeitos dignos de direitos e merecedores de proteção.

Assim sendo, “o infanticídio, a mutilação, o abandono, a exploração financeira, o abuso físico, verbal, emocional, psicológico e sexual [de menores] são práticas legais socialmente reconhecidas desde a Roma Antiga até às sociedades pré-industriais”¹⁰⁸.

De destacar que já “na Mesopotâmia, a criança era considerada como um objecto de autoridade total dos pais, estando nas suas mãos qualquer decisão respeitante à vida dos filhos, como por exemplo o casamento”¹⁰⁹. Da mesma forma, na Roma Antiga

¹⁰⁶ Adotada pela AGNU a 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal a 21 de setembro de 1990.

¹⁰⁷ Monteiro, 2020, p. 14.

¹⁰⁸ Dias, 2010, p. 251.

¹⁰⁹ Ramos, 2008, p. 31.

vigorava o *patria potestas*, que correspondia ao poder do pai sobre os filhos, do qual decorria, num expoente máximo, o direito de vida e de morte¹¹⁰.

Na Idade Média, “o conceito de infância tinha pouca especificidade, de tal modo que os pintores da época, ao desenharem crianças, representavam-nas com corpos pequenos com face de homem”¹¹¹, o que é demonstrativo não só da falta de reconhecimento da criança como pessoa¹¹², mas também símbolo da mão de obra infantil muito utilizada durante esse período, mantendo o filho a posição de subordinação ao poder ilimitado dos pais até ao século XVI.¹¹³

Porém, no século XVII, “os reformadores moralistas e os colégios das ordens religiosas recuperaram o sentimento da infância, a ideia de que a criança tem sentimentos e necessidades específicas da sua idade e diferentes dos adultos”¹¹⁴. No entanto, apenas

no século XVIII é que a criança começou a ser vista a partir de um olhar diferente; (...). Assim, paulatinamente, a criança começou a ser concebida como um sujeito merecedor de afecto e segurança. A partir do século XIX surge pela primeira vez o conceito de criança sujeito de direito. (...) Como forma de assegurar alguma protecção à criança, o Estado começa a intervir mais persistentemente no seio familiar controlando o poder parental e instaurando os deveres para com as crianças.¹¹⁵

Apesar destes pequenos avanços,

A consciência da especificidade da infância, da sua especial natureza, o reconhecimento das suas particulares necessidades, a descoberta da qualidade de pessoa da criança, merecedora do respeito da sua dignidade, titular de direitos fundamentais tal como o adulto só se operou efectivamente no século XX (conhecido como século da criança).¹¹⁶

É naquele século que se verifica uma alteração de pontos de vista sobre a criança, que deixou de ser considerada como um objeto propriedade dos pais, para passar a constituir um sujeito digno de direitos, “dotado de uma progressiva autonomia para o

¹¹⁰ Carvalho, 2018, pp. 10-11.

¹¹¹ Ramos, 2008, p. 32.

¹¹² Dias, 2008, p. 89.

¹¹³ *Idem*, p. 90.

¹¹⁴ *Idem*, p. 90.

¹¹⁵ Ramos, 2008, p. 33.

¹¹⁶ Dias, 2008, p. 93.

seu exercício em função da sua idade, maturidade e desenvolvimento das suas capacidades”¹¹⁷.

É, também, no século XX que surgem os primeiros diplomas internacionais referentes à proteção da criança, com destaque para a Declaração dos Direitos da Criança de 1924¹¹⁸, comumente conhecida como Declaração de Genebra; a Declaração Universal dos Direitos da Criança¹¹⁹ de 1959; e a Convenção sobre os Direitos das Crianças¹²⁰ de 1989 (considerada a Magna Carta dos Direitos da Criança).

Relativamente ao nosso sistema jurídico, no CC de 1966, como no Código de Seabra, permanecia, ainda, “a estrutura autoritária tradicional do poder paternal como poder-sujeição”¹²¹, só se tendo verificado uma alteração substancial de paradigma com a Reforma de 1977¹²².

A partir da Reforma, o poder paternal passa a englobar o “conjunto dos poderes-deveres que competem aos pais relativamente à pessoa e bens dos filhos, situação jurídica complexa, onde existem poderes funcionais, ao lado de puros e simples poderes”¹²³. Transitou-se, assim, da conceção do poder paternal (agora entendido como responsabilidades parentais) como uma relação de poder dos pais sobre os filhos, que incluía os poderes de representação, de educação e de correção (permitindo a aplicação de castigos corporais), para uma relação de tolerância e compreensão que promove o desenvolvimento harmonioso da personalidade do menor (“sujeito de direitos dotado de certo grau de autonomia”¹²⁴). Ou seja, “o conteúdo do poder paternal modificou-se porque também se criou um novo conceito de família, baseado na afetividade e compreensão dos seus membros”¹²⁵.

Em consonância com todas estas alterações, aumentou a preocupação com a violência contra as crianças, que redobrou de intensidade a partir dos finais do século passado¹²⁶.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 94.

¹¹⁸ Pela primeira vez, a expressão “direitos da criança” é referida num diploma internacional, cf. Dias, 2008, p. 93.

¹¹⁹ Estipula, no preâmbulo, que “a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de protecção e cuidados especiais, nomeadamente de protecção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento”.

¹²⁰ *Vd.* Dias, 2008, p. 94: “A grande novidade (...) é a consideração da criança como sujeito de direitos fundamentais dotado de uma progressiva autonomia para o seu exercício em função da sua idade, maturidade e desenvolvimento das suas capacidades. Ou seja, a consideração da criança como alguém capaz de formar e expressar as suas opiniões, de participar no processo de decisão de modo a influenciar a solução final – com capacidade para a autodeterminação [art. 12.º]”.

¹²¹ *Ibidem*, p. 90.

¹²² A Reforma de 77 foi influenciada pela CRP de 76, que passou a considerar o poder paternal como um poder funcional, englobado por deveres de cuidado e educação dos filhos, norteados pelo respeito da personalidade dos filhos (art. 36.º/5 da CRP), devendo o Estado e a sociedade intervir se o seu exercício for abusivo (art. 69.º da CRP), cf. *Ibidem*, pp. 92, 95-96.

¹²³ *Ibidem*, pp. 90-91.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 92.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 91.

¹²⁶ *Vd.* Dias, 2010, p. 253: “Em Portugal, só a partir da década de 1980 é que o fenómeno da violência contra as crianças começou a ser alvo da atenção de alguns profissionais, com destaque para os médicos e juristas”.

O art. 69.º/1 da CRP estipula que as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, de forma a garantir o seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão, salvaguardando-as do exercício abusivo da autoridade na família e demais instituições. De forma a concretizar este propósito, foi essencial a entrada em vigor da LPCJP (Lei n.º 147/99, de 01/09), com o objetivo exclusivo de proteção de menores vítimas, distinguindo-se, assim, dos menores que praticam crimes, abrangidos pela LTE (Lei n.º 166/99, de 14/09).

Apesar de grandes avanços na proteção das crianças, a verdade é que, contrariamente ao que poderia esperar-se, os crimes contra menores têm aumentado significativamente. Destacam-se, em específico, os crimes sexuais¹²⁷ e os crimes de violência doméstica¹²⁸, violência que nem sempre é exercida diretamente sobre a criança, e que tem lugar muitas vezes a coberto do poder de correção dos pais sobre os filhos.

Esta situação está na base de algumas alterações legislativas dos últimos anos, entre as quais se destaca a introdução da al. e) do n.º 1 do art. 152.º do CP.

2.1.3.2. Idosos

Embora a palavra *idoso* suscite várias e diferentes interpretações, na medida em que “a utilização exclusiva do critério *idade* não garante a necessária uniformidade, dado haver pessoas que, apesar de terem uma idade considerada avançada, mantêm a sua saúde, autonomia e independência, e o seu entendimento variar de sociedade para sociedade”¹²⁹, poderá apontar-se, tal como estabelece a OMS, com base no requisito cronológico, os 60 anos (em países em desenvolvimento) e os 65 anos (em países desenvolvidos) como o marco etário que define a entrada na velhice¹³⁰⁻¹³¹.

A verdade é que este estatuto “jamais é conquistado pelo idoso. É-lhe concedido pela sociedade, que define as suas possibilidades e interesses”¹³². Com efeito, “a velhice não só é imbuída do estado sócio-cultural de uma determinada época e sociedade, como esta veicula representações legitimadoras de certas formas de tratamento dos seus idosos”¹³³. Assim, na Grécia Antiga, o velho era considerado como triste e ridículo, sendo pouco estimado¹³⁴. Já para os Romanos, a velhice foi objeto de duas visões: uma positiva,

¹²⁷ Cf. *Diário de Notícias*, 13/10/2022.

¹²⁸ Cf. *Diário de Notícias*, 22/06/2022.

¹²⁹ Fernandes, 2019, p. 171.

¹³⁰ *Idem*, p. 171.

¹³¹ O debate sobre a entrada na velhice tem ganho importância, sendo vários os países a reconsiderar o conceito de idoso, uma vez que o critério dos 65 anos parece estar definitivamente ultrapassado nas sociedades do século XXI. Por exemplo, em Itália, já se procedeu à alteração para os 75 anos, por se acreditar que uma pessoa de 65 anos poderá ainda possuir as condições físicas e cognitivas de uma de 40 ou 50.

¹³² Dias, 2005, p. 251.

¹³³ *Idem*, p. 251.

¹³⁴ *Idem*, p. 251.

associada à ideologia do *Pater Familias*; e outra negativa, relacionada com o tempo Imperial, sendo rejeitada¹³⁵.

Contrariamente ao Renascimento (e até mesmo durante o século XVII), no qual se acentuou o culto da juventude, o Iluminismo passou a encarar os mais velhos como pessoas completas, potenciando o surgimento da primeira legislação no sentido de responder “às necessidades dos idosos, sobretudo dos mais desprotegidos”¹³⁶. O século XIX ficou marcado pelo aparecimento de “novas instituições, com vista à reincorporação dos idosos na sociedade (e.g., asilos, hospitais). O seu isolamento passou a ser institucionalizado e a velhice começou a ser encarada como uma doença social”¹³⁷.

No século XX, volta a verificar-se uma dualidade de opiniões. Até aos anos 80, há a “(re)emergência de uma imagem altamente desvalorizadora da velhice, a qual passou a estar associada à sua improdutividade”¹³⁸, enquanto nos finais do século, “as associações e movimentos políticos de defesa e promoção dos direitos da pessoa idosa, passaram a veicular um novo entendimento de velhice”¹³⁹⁻¹⁴⁰.

Ainda hoje, o conceito continua a acarretar um duplo significado: o envelhecimento é, por um lado, sinónimo de pobreza, isolamento social, solidão, abandono, doença, dependência, fragilidade¹⁴¹; mas também é associado a um tempo de liberdade, lazer, aperfeiçoamento pessoal, à frequência das “universidades da terceira idade” e ao “turismo sénior”, sendo os idosos considerados, cada vez mais, membros ativos da sociedade¹⁴², que participam na educação dos netos, ajudam os filhos, representando os “guardiões da memória e transmissores de valores culturais de uma comunidade”¹⁴³.

Junta-se a esta dicotomia a constatação do

progressivo envelhecimento da população no mundo ocidentalizado
[a qual] tem gerado preocupação a vários níveis, desde a sustentabilidade do

¹³⁵ *Idem*, p. 251.

¹³⁶ *Idem*, p. 251.

¹³⁷ *Idem*, p. 251.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 252.

¹³⁹ *Idem*, p. 252.

¹⁴⁰ Esta resenha histórico-jurídica apenas descreve o *modus cogitandi* dos países ocidentais, contrariamente às civilizações orientais “onde ainda se pratica o «Culto dos Antepassados», em paralelo com a observância da «Piedade Filial» confuciana, bem como das sociedades tradicionais africanas onde impera o respeito pelo Ancião e pela sua Sabedoria”, cf. Magalhães, 2019, p. 14.

¹⁴¹ Novo, *et al.*, 2016, p. 21.

¹⁴² Mauritti, 2004, p. 340.

¹⁴³ Faria, 2018, p. 55.

Estado Providência até aos desafios que esse processo gera relativamente aos cuidados exigidos por uma sociedade envelhecida¹⁴⁴⁻¹⁴⁵.

A este panorama soma-se uma outra faceta possível do envelhecimento: a exposição à violência¹⁴⁶. De facto, “o abuso de idosos é um produto do envelhecimento global e, simultaneamente, o envelhecimento da população é consistente com o aumento da prevalência do abuso de idosos”¹⁴⁷⁻¹⁴⁸.

A progressiva perda de autonomia e capacidade das pessoas mais velhas, no que toca à aptidão para gerir as suas próprias vidas, leva a uma situação de dependência, relativa ou total, de terceiros (familiares¹⁴⁹, cuidadores, instituições de solidariedade social, etc.)¹⁵⁰, que propicia, frequentemente, os maus-tratos.

Neste sentido,

A violência exercida contra os mais velhos está diretamente relacionada com o aumento da esperança de vida das pessoas, com o enfraquecimento do estatuto do idoso, e com a mudança na estrutura social e económica da sociedade moderna. (...) Tudo isto conduz à vulnerabilidade, à solidão, à pobreza dos mais velhos, e à violência por parte dos cuidadores e familiares, tornando urgente uma reflexão alargada acerca das necessidades de proteção deste grupo, designadamente pelo Direito Penal.¹⁵¹

Muitos casos de violência são, então, praticados “no âmbito familiar, pelo cônjuge, outras vezes pelos filhos, ou por outras pessoas que coabitam com ele, (...), sendo suscetíveis de causar graves sequelas emocionais e psicológicas à vítima”¹⁵², verificando-se, nos últimos tempos, um agravamento significativo desta realidade.¹⁵³

¹⁴⁴ Fernandes, 2019, p. 170.

¹⁴⁵ Para melhor perceção do fenómeno na Europa, *vd.* Faria, 2019, pp. 47-48. Sobre os índices de envelhecimento em Portugal. consultar: <https://www.pordata.pt/portugal/indice+de+envelhecimento+e+outros+indicadores+de+envelhecimento-526>.

¹⁴⁶ O reconhecimento da violência sobre os idosos foi bastante tardio, identificando-se como grave problema social apenas em finais dos anos 70/início dos anos 80, cf. Dias, 2005, p. 260.

¹⁴⁷ Fernandes, 2019, p. 171.

¹⁴⁸ Mas, como exemplificado pela análise histórica, “não é correto assumir que o fenómeno da violência contra os mais velhos é exclusivo das sociedades modernas, porque não é assim”, cf. Faria, 2019, p. 16.

¹⁴⁹ “É preciso que os filhos e os netos cumpram o dever que têm perante o direito, e de que cuidam os órgãos do Estado, que os obriga nos limites da exigibilidade a tomar conta, a alimentar, a pagar as despesas da farmácia e, o que parece uma verdade de elementar evidência, mas que por vezes parece esquecida ou perdida em alguns lares, a tratar com o devido cuidado e respeito aqueles que os precederam” – cf. *Ibidem*, pp. 225-226.

¹⁵⁰ Fernandes, 2019, p. 171.

¹⁵¹ Faria, 2019, p. 95.

¹⁵² *Idem*, pp. 140.

¹⁵³ Segundo dados da APAV, em 2021, registaram-se 1594 vítimas idosas de crime e violência, o que equivale a uma média de quatro pessoas por dia, sendo que “Em cerca de 29% dos casos, a vítima é pai ou mãe do autor do crime”. Como consequência, “o serviço da linha SOS Pessoa Idosa, (...), contabilizou um total de

Este cenário está associado, entre muitos outros fatores, à falta de proteção legal dos idosos vítimas de violência. Concretamente, na nossa ordem jurídica, interessa fazer referência ao art. 72.º da CRP, que define os direitos da pessoa idosa, de entre os quais se destaca o direito à segurança, e à Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2015, de 25 de agosto, que aprovou a Estratégia de Proteção do Idoso, sobretudo no plano civil e penal. Esta estratégia estabelece a necessidade de alterar o CP, com vista ao reforço da proteção dos direitos dos idosos, através da tutela penal, apontando como ações a desenvolver a introdução de normas que sancionem comportamentos que atentem contra os seus direitos fundamentais (medida n.º 4). Porém, tais medidas, à exceção do regime do maior acompanhado, nunca foram concretizadas na prática.

Conclui-se que, a nível penal, “o ordenamento jurídico português não possui leis específicas de protecção do idoso, ao contrário do que acontece com as crianças e jovens, por um lado (...), e com as vítimas do crime de violência doméstica, por outro”¹⁵⁴⁻¹⁵⁵.

Claro está que os idosos, enquanto vítimas de violência doméstica, são considerados especialmente vulneráveis, aproveitando as leis que os protegem, mas a verdade é que estas normas legais foram criadas para proteger, essencialmente, mulheres e crianças¹⁵⁶. Sem dúvida, aqui reside o problema:

as pessoas idosas têm sofrido em grande parte porque as soluções pragmáticas e as várias políticas relacionadas com a violência contra os idosos foram desenvolvidas para resolver os problemas criados pela violência contra crianças, mulheres ou vítimas particularmente vulneráveis, não sendo especificamente destinadas às pessoas de idade. Os modelos desenvolvidos para ajudar crianças em perigo ou mulheres sujeitas a violência doméstica foram aplicados automaticamente às pessoas de idade sem serem sujeitos a qualquer tipo de avaliação independente¹⁵⁷.

No campo da violência, pouco, ou nada tem sido feito a favor das vítimas idosas: contrariamente aos menores, as pessoas mais velhas não beneficiam da tutela de

1812 contactos telefónicos, e-mails e articulações interinstitucionais” em pedidos de ajuda, cf. *Diário de Notícias*, 26/10/2022.

¹⁵⁴ Fernandes, 2019, p. 180.

¹⁵⁵ De acordo com a OMS, de entre 53 países, Portugal está no grupo dos cinco que pior tratam os idosos – cf. *Diário Notícias*, 23/02/2018.

¹⁵⁶ *Vd.* Faria, 2018, p. 136: “Em relação à qualificação da pessoa de idade como vítima especialmente vulnerável, não nos suscita críticas a solução legal que coloca essa qualificação na dependência de uma avaliação individual, mas tem de se reconhecer que existem grandes diferenças entre a atenção prestada pela lei e no terreno a estas vítimas e às vítimas menores e de violência de género”.

¹⁵⁷ Excerto do Relatório da OMS referente à Resolução do Comité Regional para a Europa (*Resolution EUR/RC55/R9*), *cit.* por Faria, 2019, p. 217.

comissões de proteção específica, não está prevista a denúncia obrigatória¹⁵⁸ dos crimes cometidos contra elas, nem têm um provedor do idoso que zele pelos seus direitos¹⁵⁹.

Por isso, como veremos mais à frente, alterações ao crime de violência doméstica como a que ocorreu em 2021 em nada ajudam no combate desta realidade.

3. A exigência de coabitação

O preenchimento do crime de violência doméstica exige, como vimos, que, entre agressor e vítima, exista ou uma relação familiar (presente ou passada), ou coabitação, ou ambas.

Se é verdade que o requisito da existência de uma relação familiar/afetiva nunca foi contestado, sendo quase *conditio sine qua non* para a prática deste ilícito penal, já a exigência de coabitação sempre foi motivo de divergência de opiniões.

Em concreto, o pressuposto da coabitação apenas é imposto quando estejam em causa vítimas especialmente vulneráveis, não sendo exigido no caso de cônjuge/ex-cônjuge, de pessoa do outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha/tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ou, ainda, de progenitor de descendente comum em 1.º grau, o que configura “no mínimo, uma gritante desigualdade de tratamento”¹⁶⁰ entre vítimas¹⁶¹.

Assim sendo, o art. 152.º/1/d) do CP pressupõe a observância de dois requisitos específicos: a especial vulnerabilidade e a coabitação.

O que se entende por vítima especialmente vulnerável foi previamente analisado. Já a exigência de coabitação pressupõe a partilha do mesmo espaço de habitação, “um residir em comum, de modo que coabitar implica que o domicílio seja comum. (...) o domicílio é tido como a casa da residência, o local onde se mora, que se habita”¹⁶².

De salientar que este requisito não é específico da nossa ordem jurídica, estando também previsto no CP espanhol¹⁶³ e no *Domestic Violence, Crimes and Victims Act*¹⁶⁴,

¹⁵⁸ *Vd.* Faria, 2019, pp. 100 e 214.

¹⁵⁹ Faria, *in Advocatus*, 8/11/2021.

¹⁶⁰ Brito, 2007, pp. 179-180, nota 8.

¹⁶¹ *Vd.* Faria, 2019, p. 145: “não é possível maior evidência de que é assim do que a redação da alínea b) do n.º 1 do artigo 152.º, que não deixa de fora da previsão legal praticamente nenhuma forma de agressão ou de perseguição que um namorado ou ex-namorado possa cometer sobre o seu parceiro ou parceira, atual ou pretérita, mesmo que nunca tenham coabitado (...), e que revela uma preocupação quase obsessiva com a violência no âmbito das relações conjugais e similares, quando posta em confronto com a alínea d)”.

¹⁶² Carvalhas, 2019, p. 216.

¹⁶³ Art. 153.º/1: “Quem, por qualquer meio ou procedimento, causar a outrem um dano psicológico ou uma lesão menos grave do que aquelas previstas no número 2 do artigo 147.º, ou atingir ou maltratar outrem sem causar lesões, quando a pessoa ofendida for ou tiver sido (...) pessoa particularmente vulnerável que coabite com o autor, será punido com pena de prisão de seis meses a um ano ou trabalhará em benefício da comunidade por trinta e um a oitenta dias (...)” – tradução nossa.

¹⁶⁴ *Cf. Relatório: Projeto Portugal Mais Velhos*, 2020, p. 58: “No seu artigo 5.º, n.º 1, alínea a), (...), determina que uma pessoa é considerada culpada de um crime se uma criança ou adulto vulnerável morrer ou sofrer danos físicos graves em resultado de uma atuação ilegal da pessoa que (i) era membro da mesma habitação que a vítima ou (ii) tinha contacto frequente com esta. No n.º 4 do mesmo artigo esclarece-se que se considera que o/a agressor/a é um membro da mesma habitação que a vítima quando visita a habitação

no ordenamento jurídico inglês. Contudo, há ordens jurídicas, próximas da nossa, em que a exigência de coabitação não é pressuposto obrigatório da incriminação, *v.g.*, nas ordens jurídicas francesa¹⁶⁵ e italiana¹⁶⁶, bastando “a prática das condutas violentas previstas na Lei para que o/a agressor/a seja punido/a”¹⁶⁷.

Regressando à análise da lei portuguesa, verifica-se, portanto, que a referida al. d) “impede a qualificação da agressão como violência doméstica sempre que o seu autor não se deixe inserir no espaço familiar e de vida da vítima”¹⁶⁸. Acresce, ainda, que parece ser irrelevante, para o legislador, a violência doméstica exercida sobre pessoa particularmente indefesa que tenha coabitado com o agente (mas que já não coabite à data da prática dos factos), concluindo-se que a particular vulnerabilidade da vítima em conjugação com uma passada coabitação com o agressor não confere à violência doméstica um desvalor equiparável à que seja cometida sobre um dos outros tipos de vítimas especificado no art. 152.º/1 do CP¹⁶⁹. Constata-se, assim, que

a exigência da coabitação entre agressor/a e vítima particularmente indefesa (...) no crime de violência doméstica implica que alguns comportamentos violentos não sejam qualificados como violência doméstica e, no limite, que os/as seus/suas agentes saiam impunes¹⁷⁰.

Poder-se-ia, no entanto, considerar que as situações que não se deixam incluir naquela al. d), por falta de coabitação, seriam abrangidas pelo crime de maus-tratos, nos termos do art. 152.º-A do CP, sempre que os ascendentes detenham a guarda parental (quando estejam em causa menores), e os filhos ou netos possam ser qualificados como “cuidadores”¹⁷¹ (no caso de idosos)¹⁷².

Mas a verdade é que o crime de maus-tratos está previsto, sobretudo, para a violência em contexto institucional, como em escolas, creches, lares, etc.¹⁷³. E, mesmo

de forma tão frequente e por tais períodos de tempo que seja razoável considerá-lo/a como membro daquela habitação, mesmo que aí não resida”.

¹⁶⁵ “Já o Código Penal francês pune as condutas violentas praticadas contra pessoas particularmente indefesas (...), sem exigir quaisquer outras condições. Artigo 222-14: A violência habitual contra menores de quinze anos de idade ou contra uma pessoa cuja vulnerabilidade específica, devido à idade, doença, enfermidade, deficiência física ou mental ou estado de gravidez, é aparente ou conhecida pelo autor, este é punido (...)”. – *Idem*, p. 57.

¹⁶⁶ “Artigo 572.º: Qualquer pessoa que, nos casos indicados no artigo anterior, abuse de um membro da família ou coabitante, ou de uma pessoa sujeita à sua autoridade ou que lhe tenha sido confiada por razões de educação, instrução, cuidado, supervisão ou custódia ou pelo exercício de uma profissão ou arte, é punido com pena de prisão de três a sete anos”. – *Idem*, p. 57.

¹⁶⁷ *Idem*, p. 57.

¹⁶⁸ Faria, 2019, p. 143.

¹⁶⁹ Brito, 2007, pp. 179-180, nota 8.

¹⁷⁰ Relatório: Projeto Portugal Mais Velho, 2020, p. 56.

¹⁷¹ A qualificação como cuidadores “não só não se adequa à sua qualidade de filhos e à natureza do vínculo familiar existente, como se torna duvidoso quando os mesmos filhos não cuidam e não tratam, pelo que só formalmente mantém a qualidade de cuidadores enquanto titulares de deveres de garante e de cuidado em relação à vítima”, cf. Faria, 2019, pp. 143-144.

¹⁷² Fonseca, 2020, p. 46.

¹⁷³ Carvalho, 2012, p. 535.

que fosse possível integrar a situação no âmbito de aplicação do art. 152.º-A, continuaria a ser desvantajoso para a vítima, na medida em que, ao contrário do crime de violência doméstica, o crime de maus-tratos não inclui a possibilidade de aplicação de penas acessórias¹⁷⁴, como, por exemplo, a proibição de contacto com a vítima (exclusiva do crime de violência doméstica), que se caracteriza como a mais relevante nesta matéria¹⁷⁵.

Além disso, ao englobar a situação no crime de maus-tratos a vítima não beneficiaria do estatuto de vítima de crime de violência doméstica e dos direitos e medidas consagrados na Lei n.º 112/2009¹⁷⁶, uma vez que se sobreporia sempre o facto de não haver coabitação à especial relação existente entre agressor e vítima.

Já se não existir coabitação, nem o dever de “guarda” ou “cuidado”, requisitos essenciais do crime de maus-tratos, terão de ser aplicados os tipos legais que preveem e punem as respetivas condutas isoladamente, como o crime de ofensas à integridade física ou o crime de ameaça, não se atendendo ao ambiente familiar/doméstico em que tais ações venham a ser praticadas. Por outro lado, não havendo nenhum ilícito penal que preveja, autonomamente, os maus-tratos psicológicos, estes só serão tidos em conta se forem capazes de lesar a saúde ou o bem-estar físico da vítima¹⁷⁷.

Compreende-se, assim, não só as críticas apontadas a este requisito, como também as várias propostas que têm sido elaboradas na tentativa de uma mudança.

Neste sentido, o Projeto *HandsUp* propôs que se acrescente ao art. 152.º/1/d): “ou que seja seu descendente ou ascendente”, passando a alínea a ter a seguinte redação: “a pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite ou que seja seu descendente ou ascendente”¹⁷⁸. Do mesmo modo, o Projeto *Portugal Mais Velho* formalizou uma proposta de alargamento da noção de coabitação daquela al. d), sugerindo que sejam punidas, a título de violência doméstica, as situações em que “o/a agressor/a visita a habitação da vítima de forma tão frequente e por tais períodos de tempo que seja razoável considerá-lo como membro daquela, mesmo que aí não coabite”¹⁷⁹.

Apesar destes esforços, o art. 152.º continua a exigir a coabitação para vítimas especialmente vulneráveis ou, pelo menos, para algumas.

¹⁷⁴ Pode aferir-se que a ausência de penas acessórias se deve ao facto de não existir uma relação presente ou passada de conjugalidade ou análoga, nem de coparentalidade ou coabitação, cf. *Idem*, p. 536.

¹⁷⁵ Faria, 2019, p. 144.

¹⁷⁶ *Idem*, p. 144.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 139; vd. Fonseca, 2020, pp. 46-47.

¹⁷⁸ Projeto *HandsUp*, 2018, pp. 32-33.

¹⁷⁹ Recomendações: Projeto Portugal Mais Velho, 2020, p. 7.

4. O aditamento da alínea e)

Como temos vindo a adiantar, a Lei n.º 57/2021 incorporou uma nova alínea ao art. 152.º/1 do CP, passando a constituir crime de violência doméstica as agressões cometidas contra menor que seja descendente do agressor, do seu cônjuge, de pessoa com quem mantenha relação análoga à dos cônjuges, ou do pai ou mãe dos seus filhos, ainda que sem coabitação.

O aditamento da al. e) visa garantir a proteção das crianças e jovens contra o risco de violência física e psicológica em contexto familiar, mesmo que esta ocorra em situações em que não haja coabitação, como nos casos em que os progenitores apenas têm os menores a seu cargo ao fim de semana, ou pontualmente, em contexto de direito de visita.

Isto significa que, neste momento, não é preciso verificar-se nenhum requisito adicional, para além da necessidade de a criança ser descendente do agressor ou de uma das pessoas referidas nas als. a), b) e c) do mesmo preceito legal, para que seja preenchido o tipo legal, não se exigindo a vulnerabilidade do menor, ou a coabitação com o agressor.

Em contrapartida, as restantes vítimas particularmente indefesas, isto é, idosos, deficientes, doentes, grávidas e dependentes economicamente, continuam a estar subordinadas ao regime do art. 152.º/1/d) do CP, sendo de concluir que o legislador acautelou o problema dos menores, dando resposta às críticas que há muito se faziam ouvir neste domínio, mas esqueceu as restantes vítimas vulneráveis. Queremos, com isto, dizer que se consagrou um tratamento de favor para menores que conduz a um tratamento desigual entre vítimas especialmente vulneráveis em total igualdade de circunstâncias.

Aliás, esta alteração legislativa representa uma flagrante diferenciação entre crianças e idosos, uma vez que o legislador concedeu, dentro do fator específico idade, uma situação mais favorável a um dos grupos que o integram. Senão vejamos: um menor que não coabite com o progenitor-agressor, que não poderia ser considerado vítima de violência doméstica por não estar contemplado pela al. d), do n.º 1, pode, agora, ser vítima deste crime com base na al. e); mas o idoso que não coabite com o filho/neto agressor continua a não estar tutelado pelo art. 152.º¹⁸⁰ e dificilmente pode beneficiar da aplicação do art. 152.º-A, como *supra* explicado.

Tudo isto nos leva a afirmar que o art. 152.º/1/e) do CP conflitua com o princípio da igualdade constitucionalmente protegido, não por consagrar só um tratamento

¹⁸⁰ *Vd.* Faria, 2019, p. 143: “sendo certo que talvez seja ainda mais censurável a conduta do filho que agride o pai mas não vive com ele, limitando-se a visitá-lo pontualmente, tantas vezes para extorquir dinheiro ou simplesmente para o agredir, do que aquele que, bem ou mal, vai assumindo as suas obrigações, lhe faz companhia, e lhe presta assistência”.

diferenciado sem justificação admissível, como por estabelecer uma discriminação infundada entre vítimas especialmente vulneráveis.

4.1. Princípio da igualdade

O princípio da igualdade “tem na Lei Fundamental portuguesa um caráter inequivocamente nuclear”¹⁸¹, estando previsto no Título I da Parte I da *Constituição (Princípios Gerais, Direitos e Deveres Fundamentais)*, mais concretamente, no art. 13.º.

Antes de mais, é de salientar que “o enunciado da igualdade se apresenta com uma referência direta à dignidade¹⁸², o que faz com que partilhe uma característica comum com as normas de direitos fundamentais”¹⁸³.

Da leitura do art. 13.º da CRP, percebemos que este princípio se divide em quatro partes: “a dignidade social como base constitucional do princípio da igualdade e a igualdade dos cidadãos perante a lei, relativas ao n.º 1, a igualdade de todos os cidadãos em matéria de direitos e deveres e a proibição de discriminações, relativas ao n.º 2¹⁸⁴⁻¹⁸⁵”, podendo apontar-se três vertentes que compõem o seu conteúdo:

(a) a proibição do arbítrio, sendo inadmissíveis, quer diferenciações de tratamento sem qualquer justificação razoável, (...), quer a identidade de tratamento para situações manifestamente desiguais; (b) proibição de discriminação, não sendo legítimas quaisquer diferenciações de tratamento entre os cidadãos baseadas em categorias meramente subjetivas ou em razão dessas categoriais (...); (c) obrigação de diferenciação, como forma de compensar a desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelos poderes públicos, de desigualdades fácticas de natureza social, económica e cultural.¹⁸⁶

Como corolário do conteúdo que apresenta, este princípio pode dividir-se em duas dimensões: uma negativa, instituindo que todos os cidadãos têm a mesma dignidade e impondo a sua igualdade formal perante a lei (proíbe-se, assim, as discriminações arbitrárias tanto favoráveis, como desfavoráveis); e uma positiva, que compreende vários âmbitos:

¹⁸¹ Estêvão, 2021, p. 25.

¹⁸² *Vd.* Canotilho & Moreira, 2007, p. 337.

¹⁸³ Estêvão, 2021, p. 26; *vd.* Vaz, *et al.*, 2015, p. 221.

¹⁸⁴ Sobre o art. 13.º/2, da CRP, *vd.* Fertuzinhos, 2016, p. 55.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 55.

¹⁸⁶ Canotilho & Moreira, 2007, p. 339; *vd.* Miranda & Medeiros, 2005-2007, p. 224.

(i) tratamento igual de situações iguais (ou tratamento semelhante de situações semelhantes); (ii) tratamento desigual de situações desiguais, mas substancial e objectivamente desiguais e não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador; (iii) tratamento em moldes de proporcionalidade das situações relativamente iguais ou desiguais e que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em obrigação; (iv) tratamento das situações não apenas como existem mas também como devem existir (...); (v) consideração do princípio não como uma “ilha”, mas como princípio a situar no âmbito dos padrões materiais da Constituição.¹⁸⁷

Em síntese, este princípio obriga os poderes públicos ao tratamento igual de todos perante a lei, proibindo a discriminação infundada, impondo, todavia, o tratamento diferenciado das pessoas quando existam particularidades relevantes que reclamem consideração. Daí que,

Enquanto norma geral dirigida ao legislador e ao intérprete, [o art. 13.º] impõe a sua estatuição em todas as atuações legislativas, administrativas e judiciais, pelo simples facto de nenhum âmbito de atuação ser descrito normativamente. O seu domínio normativo é, assim, relativo a tudo.¹⁸⁸

No que é relevante para o nosso trabalho, verifica-se que, por vezes, as *intervenções legislativas* não cumprem o princípio da igualdade, o que obriga a lançar mão da fiscalização da constitucionalidade dessas normas.

Em ordem a avaliar o cumprimento, ou a violação, do princípio da igualdade é necessário ter em conta que “o problema jurídico parte, invariavelmente, da identificação de uma relação de igualdade ou de desigualdade em determinado tratamento normativo”¹⁸⁹, cabendo um “juízo comparativo relativo a (...) duas ou mais situações”¹⁹⁰. Só após essa comparação é que pode inferir-se “que o tratamento normativo deveria ser (i) desigual ao invés de igual ou (ii) igual ao invés de desigual, sendo que se essa alegação não surgir é porque o caso (...) não convocou um problema de igualdade”¹⁹¹. Por fim, terá de averiguar-se a existência de comparabilidade entre os termos selecionados, “sendo

¹⁸⁷ Miranda & Medeiros, 2005-2007, pp. 222-223.

¹⁸⁸ Estêvão, 2021, p. 30.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 40.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 40.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 41.

que este último pressuposto redundará sempre na correta escolha do correto critério de comparação”¹⁹².

De volta ao nosso estudo, as normas a comparar são, então, as als. e) e d) do n.º 1 do art. 152.º do CP. Ao estabelecermos os termos de comparação: (a) menores que não coabitem com o agressor e (b) pessoas particularmente indefesas que coabitem com o agressor, percebemos que estamos perante um tratamento normativo desigual para uma realidade igual, uma vez que uma das circunstâncias do par comparativo está integrada numa previsão normativa específica (al. e)), não se verificando a mesma previsão em relação à outra circunstância englobada no juízo comparativo (isto é, a hipótese plasmada em (b), que continua submetida à al. d)), existindo comparabilidade entre as situações, já que se compara vítimas especialmente vulneráveis sob o mesmo critério (a exigência de coabitação), comprovando-se “a inexistência de qualquer diferença justificativa de tratamento desigual”¹⁹³.

Fica, assim, demonstrado que, ao criar uma alínea autónoma para os menores, o legislador estabelece um critério desigual e discriminatório em relação aos restantes vulneráveis e, em particular, em relação aos idosos que com eles partilhavam a al. d).

4.2. Inconstitucionalidade por ação ou por omissão?

Averiguada a violação do princípio da igualdade, cabe identificar que tipo de inconstitucionalidade afeta a al. e) do n.º 1 do art. 152.º.

Desde logo, ressalta à evidência que esta inconstitucionalidade, a existir, pode ser por ação, porque a norma adotada é contrária à CRP, por violação de um princípio constitucionalmente protegido. Dito de outra forma, a desconformidade com Constituição “resulta da violação direta, por ato de poder público”¹⁹⁴, implicando o incumprimento da igualdade formal/igualdade perante a lei, por adoção de um preceito legal que prevê um tratamento diferenciado injustificado¹⁹⁵.

Contudo, entendemos que também pode falar-se de inconstitucionalidade por omissão, na medida em que, sob uma outra perspetiva, não existe uma atuação do legislador, quando a Constituição o exigia¹⁹⁶, pois, *in casu*, o princípio da igualdade reclama o tratamento igual (dispensa do requisito da coabitação) de todas as vítimas vulneráveis, constituindo a al. e) uma medida legislativa incompleta¹⁹⁷.

¹⁹² *Ibidem*, p. 48.

¹⁹³ Canotilho & Moreira, 2007, p. 340.

¹⁹⁴ Vaz, *et al.*, 2015, p. 150.

¹⁹⁵ Canotilho & Moreira, 2007, p. 345.

¹⁹⁶ A desconformidade por omissão resulta “de situações de inércia (*o non facere*) de um órgão de poder que estava obrigado à atuação, ou seja, a violação da Constituição ocorre precisamente pela não atuação, quando esta era devida”, cf. Vaz, *et al.*, 2015, p. 150.

¹⁹⁷ Verifica-se o incumprimento da igualdade através da lei, a qual “obriga o legislador a concretizar as imposições constitucionais dirigidas à eliminação das desigualdades fácticas impeditivas do exercício de

Parece-nos, ainda assim, que a ser invocada, a inconstitucionalidade por ação será mais vantajosa, uma vez que a inconstitucionalidade por omissão “é um mecanismo que apenas alerta o legislador para ter que legislar, não há efeitos adicionais, visto o artigo 283.º da CRP”¹⁹⁸ e os arts. 67.º e 68.º da LOTC. Já a inconstitucionalidade por ação pode ser suscitada a propósito da aplicação da norma em concreto (arts. 204.º e 280.º da CRP)¹⁹⁹, *v.g.*, num processo de violência doméstica que corra termos num qualquer tribunal judicial, tendo legitimidade para tal não só o juiz, por dever de ofício, como também o MP, enquanto parte, e as partes intervenientes no processo (o arguido e/ou assistente), desde que tenha relevância para a decisão do caso²⁰⁰.

Há que reconhecer, todavia, que desencadear a fiscalização concreta da al. e), não se adivinha tarefa fácil, já que, não raras vezes, a violência doméstica sobre vítima especialmente vulnerável não chega sequer a ser conhecida, e os poucos casos que chegam a tribunal acabam, na maioria das vezes, suspensos a requerimento da vítima.

De facto, se pensarmos, em particular, nos casos que envolvem pessoas mais velhas, constatamos que

em contexto familiar, o idoso dificilmente denunciará o seu agressor, quer em razão da existência de uma relação de parentesco ou de afetividade, quer, sobretudo, por medo da retaliação, seja ela direta (violência física) ou indireta (abandono do cuidado do idoso), ou até, pela impossibilidade de o fazer, por si²⁰¹.

Confirma-se, por isso, que o legislador criou uma situação insustentável e de difícil resolução, antevendo-se que só em “direito progresso” a problemática venha a ser solucionada, ou seja, mediante nova alteração ao art. 152.º do CP.

Conclusão

Importa proceder agora a algumas reflexões conclusivas sobre as questões abordadas ao longo deste trabalho, com a certeza, porém, de que muito fica por dizer.

alguns direitos fundamentais (discriminações positivas através da lei e deveres de actuação legislativa)”, cf. Canotilho & Moreira, 2007, p. 345.

¹⁹⁸ Lopes & Alves, 2017, p. 382.

¹⁹⁹ De notar: “É importante que as questões concretas sejam levadas ao Tribunal Constitucional porque, pelo n.º 3 do artigo 281.º da CRP, ao fim de três casos concretos em que o Tribunal decida sempre da mesma forma, ou seja, sempre pela inconstitucionalidade de uma norma em casos de fiscalização concreta, poderá decidir pela declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade da norma. Ao fazê-lo, fá-lo-á com os efeitos previstos no artigo 282.º da CRP”, cf. *Idem*, p. 382.

²⁰⁰ Vaz, *et al.*, 2015, pp. 171-175.

²⁰¹ Ferreira, *in Público*, 28/09/2022; *vd. Expresso*, 1/10/2021.

Pretendemos, com este estudo, refletir sobre o crime de violência doméstica contra vítima especialmente vulnerável e sobre o pressuposto da exigência de coabitação de que depende, e o primeiro sentimento que nos ocorre a esse propósito é o de injustiça, mas também de inércia, relativamente às soluções que o legislador tem vindo a consagrar.

Se, até 2021, era de criticar a subordinação de todas as vítimas particularmente vulneráveis ao requisito da coabitação, neste momento é incompreensível a distinção que é feita relativamente aos menores, mantendo as restantes vítimas vulneráveis dependentes dessa exigência. Na verdade, quer a solução anterior, quer a solução posterior à alteração de 2021 nos suscitam dúvidas e críticas, sem resposta plausível.

Faz sentido que para vítimas especialmente vulneráveis, que necessitam de uma proteção acrescida, a aplicação do art. 152.º/1 seja mais exigente do que em relação às restantes vítimas deste crime? A existirem exigências acrescidas, não deveriam elas funcionar para todos? Como explicar o tratamento diferente concedido aos menores em relação às restantes vítimas vulneráveis? E, em concreto, relativamente aos idosos? Qual a razão para conferir um tratamento distinto a uma das vulnerabilidades pela idade e não a outra? A criar uma alínea autónoma para o fator idade, não deveria esta incluir ambos os grupos que o compõem (menores e idosos)? Mas essa solução não significaria, também ela, uma violação do princípio da igualdade em relação às restantes vítimas vulneráveis?

Embora seja possível compreender a razão que conduziu ao aditamento da al. e), não podemos deixar de entender que o seu fundamento material vale em relação às restantes vítimas particularmente indefesas, já que assim como um pai pode aproveitar o regime de visitas para exercer violência sobre o filho menor, também é possível a hipótese contrária, em que filhos ou netos que visitam pais ou avós exerçam maus-tratos contra eles, ou acabem por lhes extorquir dinheiro.

E, sob este ponto de vista, juntamos mais uma crítica às nossas observações: não nos parece correto que o legislador tenha acrescentado, em 2021, a violência económica ao crime de violência doméstica, sabendo que tais condutas têm particular incidência sobre vítimas idosas, continuando a exigir em relação a estas a coabitação.

Do mesmo modo, não percebemos como é que o legislador não tomou em conta a realidade vivida no nosso país aquando da modificação da norma legal. Falamos aqui do facto de a Lei n.º 57/2021 ter surgido em plena pandemia (devido à Covid-19), durante a qual inúmeras vítimas vulneráveis – em especial vítimas mais velhas – acabaram por ficar a viver sozinhas, “presas” nas suas próprias casas, tornando-se mais expostas a agressões de familiares próximos, que passaram a visitá-las com regularidade, levando a um aumento dos casos de violência na família. Sem dúvida, teria sido o momento

oportuno para adaptar o art. 152.º/1/d) a este novo contexto, retirando-se a referência à coabitação.

Acreditamos, assim, que a junção da al. e) ao n.º 1 do art. 152.º é demonstrativa da “falta de visão integrada do ponto de vista legislativo dos vários tipos de vítimas, dos vários tipos de direitos e de haver muitas vezes apenas a legislação do momento, do impulso, e que isso, em última análise, acaba por tornar menos operacional a lei”²⁰², materializando, como vimos, uma solução inconstitucional e discriminatória.

Por isso, propomos uma alteração legislativa que, salvo mais elevado entendimento, poderia e deveria ter sido adotada pelo legislador em 2021, por se constatar como imperativa para uma correta aplicação do art. 152.º/1 do CP na prática: consideramos que a al. e) deverá desaparecer, passando a al. d) apenas a exigir a especial vulnerabilidade da vítima, independentemente de haver, ou não, coabitação. A al. d), à semelhança da al. b), passaria assim a ter a seguinte redação: “A pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, ainda que sem coabitação”.

Terminamos, relembando o argumento que nos levou à realização deste trabalho:

A tendência para encarar o problema da violência doméstica exclusivamente sob a ótica das mulheres e das crianças não pode conduzir à desproteção de outras vítimas vulneráveis e ao desrespeito do princípio da igualdade constitucionalmente consagrado. O dever de combater a violência contra todos os grupos vulneráveis, entre os quais os mais velhos, não é apenas um dever ético de solidariedade, mas é um dever jurídico e constitucional que decorre do princípio da dignidade humana, da tutela dos direitos, liberdades e garantias do cidadão (...) ²⁰³.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, P.P. de (2022). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.ª ed. Universidade Católica Editora.

²⁰² Presidente da APAV, in *Observador*, 25/06/2020.

²⁰³ Faria, in *Advocatus*, 8/11/2021.

- ALMEIDA, M.T.F. de (2022). O crime de violência doméstica: O antes e o depois da Convenção de Istambul. In CUNHA, M. (coord.). *Combate à violência de género: Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*. Porto: Universidade Católica Editora.
- BELEZA, T. (2021). Violência doméstica. *Violência doméstica e violência na intimidade – Jurisdição penal e processual penal*. CEJ. <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=Wb59YCBSB3I%3D&portalid=30>.
- BRANDÃO, N. (2010). A tutela penal especial reforçada da violência doméstica. *Revista Julgar*, n.º 12 (especial). <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/009-024-Tutela-especial-VD.pdf>.
- BRITO, T.Q. et al. (2007). *Direito Penal – Parte Especial: Lições, estudos e casos*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CANOTILHO, J.J.G. & MOREIRA, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.^a ed. Coimbra Editora.
- CANOTILHO, M. (2022). A vulnerabilidade como conceito constitucional: Um elemento para a construção de um constitucionalismo do comum. *Vulnerabilidade e Cuidado: Uma Abordagem de Direitos Humanos*. Oñati Socio-legal Series, vol. 12, no. 1. <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1328/1535>.
- CARDOSO, C.A.T. (2012). *A violência doméstica e as penas acessórias*. Tese de mestrado em Direito Criminal. Porto: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/9686>.
- CARVALHAS, N. (2019). Crimes cometidos contra idosos. In *O Direito dos “mais velhos”*. CEJ. <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=AxgUgz4KFVc%3D&portalid=30>.
- CARVALHO, A.T. de (2012). *Comentário conimbricense do Código Penal: Parte especial*, vol. 1, 2.^a edição. Coimbra Editora.
- CARVALHO, J.M.M. (2018). *Da criminalização dos castigos corporais aplicados pelos progenitores no exercício das responsabilidades parentais: Do poder de correção ao dever de educação*. Tese de mestrado em Direito Criminal. Porto: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26431/1/Dissertação%20-%20Castigos%20Corporais%20PDFA.pdf>.
- DIAS, C. (2008). A criança como sujeito de direitos e o poder de correção. *Revista Julgar*, n.º 4. <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/05-Cristina-Dias-poder-correção.pdf>.
- DIAS, I. (2005). Envelhecimento e violência contra os idosos. *Sociologia*, Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto, vol. XXV. <https://ojs.letras.up.pt/index.php/Sociologia/article/view/2391>.
- DIAS, I. (2010). Violência doméstica e justiça: Resposta e desafios. *Sociologia*, Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto, vol. XX. <https://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/8796.pdf>.
- DIAS, M.C.S. de M. (2019). Ofendida, lesada, assistente, vítima – definição e intervenção processual. *Julgar Online*. <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/02/20190211-ARTIGO-JULGAR-Ofendida-lesada-assistente-v%C3%ADtima---M-Carmo-S-Dias.pdf>.

- ESTÊVÃO, P.M.V. (2021). *A configuração do princípio da igualdade enquanto parâmetro de controlo da constitucionalidade*. Tese de mestrado em Direito e Ciência Jurídica, especialidade em Direito Administrativo. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/55053/1/ulfd0150874_tese.pdf.
- ESTEVES, M.L. (2017). A vítima – da quase “invisibilidade” à obtenção de um “estatuto”. Ou do (inevitável) caminho para a humanização da ordem jurídico-penal. In *Novos desafios em torno da proteção da vítima: Uma perspetiva multidisciplinar*. Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, Escola de Direito da Universidade do Minho. https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/50675/1/EBOOK_Novos_desafios_em_torno_da_protecao_da_vitima_2017.pdf.
- FARIA, M.P. de (2018). *Os crimes praticados contra idosos*, 2.^a ed. Porto: Universidade Católica Editora.
- FARIA, M.P. de (2019). *Os crimes praticados contra idosos*, 3.^a ed. Porto: Universidade Católica Editora.
- FARIA, M.P.R. de (2021). A Lei n.º 57/2021, de 16 de agosto – um exemplo de inconstitucionalidade por omissão? *Advocatus*, 8/11/2021. <https://eco.sapo.pt/opiniao/a-lei-no-57-2021-de-16-de-agosto-um-exemplo-de-inconstitucionalidade-por-omissao/>.
- FERNANDES, D. (2019). Crimes contra a liberdade e integridade pessoal – Enquadramento jurídico, prática e gestão processual. In *O Direito dos “mais velhos”*. CEJ. <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=AxgUgz4KFVc%3D&portalid=30>.
- FERNANDES, P.C. (2021). Violência doméstica. Novo quadro penal e processual penal. In *Violência doméstica e violência na intimidade – Jurisdição penal e processual penal*. CEJ. <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=Wb59YCBSB3I%3D&portalid=30>.
- FERREIRA, M.E. (2005). *Da intervenção do Estado na questão da violência conjugal*. Coimbra: Almedina.
- FERREIRA, M.E. (2016). Medidas de proteção de vítimas vulneráveis no âmbito da violência doméstica. In Cunha, M.C. (coord.). *Combate à violência de género: Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*. Porto: Universidade Católica Editora.
- FERREIRA, M.E. (2017). Crítica ao pseudo pressuposto da intensidade no tipo legal de violência doméstica. *Julgar Online*. <http://julgar.pt/critica-ao-pseudo-pseudopressuposto-da-intensidade-no-tipo-legal-de-violencia-domestica/>.
- FERREIRA, M.E. (2022). O papel do Estado Português no combate aos maus-tratos aos idosos. *Público*, 28/09/2022. <https://www.publico.pt/2022/09/28/impar/noticia/papel-estado-portugues-combate-maustatos-idosos-2022125>.
- FERTUZINHOS, S. (2016). Fundamentos constitucionais da igualdade de género. *Sociologia, Problemas e Práticas*, n.º especial. Instituto Universitário de Lisboa. <https://repositorio.iscte-iul.pt/handle/10071/14553>.
- FONSECA, C.A. (2020). *O crime de violência doméstica contra pessoa vulnerável em razão da idade: Em particular a exigência de coabitação*. Tese de mestrado em Direito. Porto: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/35601/1/202764303.pdf>.

- LEÃO, A.C. (2022). O Estado perante a vulnerabilidade. In *Vulnerabilidade e cuidado: Uma abordagem de direitos humanos*. Oñati Socio-Legal Series, vol. 12, no. 1. <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1326/1532>.
- Leite, A.L. (2010). A violência relacional íntima: Reflexões cruzadas entre o direito e a criminologia. *Revista Julgar*, n.º 12 (especial). <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2010/09/025-066-Violência-relacional-%C3%ADntima.pdf>.
- LOPES, J.A.S. & ALVES, D.R. (2017). Sobre a fiscalização da constitucionalidade. *Revista Jurídica Portuguesa*, n.º 21. <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/10632>.
- MAGALHÃES, A.M. (2019). Traços “específicos” do regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais das pessoas “mais velhas” – Do seu reforço jurídico-internacional enquanto direitos humanos. In *O Direito dos “mais velhos”*. CEJ. <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=AxgUgz4KFVc%3D&portalid=30>.
- MAGALHÃES, T. (2010). *Violência e abuso: Respostas simples para questões complexas*. Estado da Arte. Imprensa da Universidade de Coimbra. <https://digitalisdsp.uc.pt/bitstream/10316.2/2599/9/Violência%20e%20Abuso%20%282010%29.pdf>.
- MAURITTI, R. (2004). Padrões de vida na velhice. *Análise Social*, vol. XXXIX. <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218705579IorOG8pd6Mj50DK4.pdf>.
- MIRANDA, J. & MEDEIROS, R. (2005-2007). *Constituição Portuguesa anotada*, 3 vols. Coimbra: Coimbra Editora.
- MONTEIRO, M.A.A. (2020). *A proteção das crianças vítimas de crime no processo penal português*. Tese de mestrado em Direito Forense. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/31983/1/MARIAALMEIDAMONTEIRO_Dissertação.pdf.
- NETO, L. (2022). Vulnerabilidade e exercício de direitos: O livre desenvolvimento da personalidade. *Vulnerabilidade e cuidado: Uma abordagem de direitos humanos*. Oñati Socio-Legal Series, vol. 12 no. 1. <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1329/1537>.
- NEVES, J.F.M. das (2021). Violência doméstica – bem jurídico e boas práticas. In *Violência doméstica e violência na intimidade – Jurisdição penal e processual penal*. CEJ. <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=Wb59YCBSB3I%3D&portalid=30>.
- NOVO, R. et al. (2016). Violência contra a pessoa idosa no contexto familiar. In *Guia de apoio aos profissionais na identificação e sinalização*. Instituto Politécnico de Bragança. <https://bibliotecadigital.ipb.pt/handle/10198/14270>.
- RAMOS, T.B. (2008). *A intervenção na criança/jovem em risco – um percurso a construir*. Tese de mestrado em Bioética. Porto: Faculdade de Medicina da Universidade do Porto. <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/22134/3/TeseTniaRamos.pdf>.
- VIEIRA, P.M. (2016). A vítima enquanto sujeito processual e à luz das recentes alterações legislativas. *Revista Julgar*, n.º 28. <http://julgar.pt/a-vitima-enquanto-sujeito-processual-e-a-luz-das-recentes-alteracoes-legislativas/>.

- APAV (2020). *Recomendações: Projeto Portugal Mais Velho*. Fundação Calouste Gulbenkian. <https://apav.pt/publiproj/images/yootheme/PDF/RecomendacoesPortugalMaisVelho.pdf>.
- APAV (2020). *Relatório: Projeto Portugal Mais Velho*, Fundação Calouste Gulbenkian. <https://apav.pt/publiproj/images/yootheme/PDF/RelatorioPortugalMaisVelho.pdf>.
- PORDATA. Índice de envelhecimento e outros indicadores de envelhecimento (2021). In *Estatísticas sobre Portugal e Europa*. <https://www.pordata.pt/portugal/indice+de+envelhecimento+e+outros+indicadores+de+envelhecimento-526>.
- Jornal “Diário Notícias” (23/02/2018). OMS. Portugal é um dos cinco países da Europa que pior trata os idosos. <https://www.dn.pt/portugal/portugal-esta-nos-cinco-paises-da-europa-que-pior-trata-os-idosos-estudo-9139937.html/>.
- Jornal “Diário de Notícias” (22/06/2022). Crianças e jovens em situações de perigo aumentaram em 2021. <https://www.dn.pt/sociedade/criancas-e-jovens-em-situacoes-de-perigo-aumentaram-em-2021-14961109.html/>.
- Jornal “Diário de Notícias” (13/10/2022). Registo de identificação tem quase 6.500 agressores sexuais de crianças. <https://www.dn.pt/sociedade/registo-de-identificacao-tem-quase-6500-agressores-sexuais-de-criancas-15249941.html/>.
- Jornal “Diário de Notícias” (26/10/2022). Quatro idosos por dia são vítimas de violência. Muitas vezes na família. <https://www.dn.pt/sociedade/quatro-idosos-por-dia-sao-vitimas-de-violencia-muitas-vezes-na-familia-15287296.html/>.
- Jornal “Expresso” (1/10/2021). Violência contra idosos mais do que duplicou nos últimos oito anos. Metade não apresenta queixa. <https://expresso.pt/sociedade/2021-10-01-Violencia-contra-idosos-mais-do-que-duplicou-nos-ultimos-oito-anos.-Metade-nao-apresenta-queixa-d4834e8b>.
- Projeto *HandsUp* (2018). Plano Nacional de Ação para a Eliminação dos Castigos Corporais a Crianças, In AA. VV., Projeto “*HandsUp – Promoting the Effective Elimination of Corporal Punishment Against Children*”. APDES – Agência Piaget para o Desenvolvimento, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Direito. <https://drive.google.com/file/d/1rMJpg4gbfwer3XKFbJMKNHaIC24Rhcki/view>.

Jurisprudência

(In <https://www.dgsi.pt>)

Acórdão do TRC, de 19/11/2008, Proc. n.º 182/06.8TAACN, relator: Ribeiro Martins.

Acórdão do TRC, de 28/04/2010, Proc. n.º 13/07.1GACTB.C1, relator: Alberto Mira.

Acórdão do TRC, de 29/01/2014, Proc. n.º 1290/12.1PBAVR.C1, relator: Jorge Dias.

Acórdão do TRE, de 03/07/2012, Proc. n.º 53/10.3GDFTR.E1, relator: Sérgio Corvacho.

Acórdão do TRG, de 04/12/2017, Proc. n.º 214/16.1PBGMR.G1, relator: Pedro Cunha Lopes.

Acórdão do TRL, de 13/12/2016, Proc. n.º 1152/15.OPBAMD-5, relator: Cid Geraldo.

Acórdão do TRL, de 14/10/2020, Proc. n.º 749/19.4PBSNT.L1-3, relator: Cristina Almeida e Sousa.

Acórdão do TRP, de 31/01/2001, Proc. n.º 0041056, relator: Conceição Gomes.

Acórdão do TRP, de 05/11/2003, Proc. n.º 0342343, relator: Isabel Pais Martins.

Acórdão do TRP, de 30/01/2008, Proc. n.º 0712512, relator: Maria Leonor Esteves.

Acórdão do TRP, de 06/02/2013, Proc. n.º 2167/10.OPAVNG.P1, relator: Coelho Vieira.

Discriminação múltipla
(em especial em razão da religião e do sexo)

Algumas pistas de reflexão

Maria Gabriela Valente Silva Ferreira

Sob a orientação da Professora
Doutora Milena Silva Rouxinol

A quem me guia e guiou.

Resumo

Este trabalho foi concebido com o objetivo de explicar o fenómeno da discriminação múltipla no seio do Direito Antidiscriminação. Focando-nos, em particular, na discriminação múltipla em função da religião e do sexo, começamos por uma perspetiva geral sobre o fenómeno discriminatório laboral e consideramos, ulteriormente, o problema da discriminação múltipla, designadamente assente naquele par de fatores. Sublinhamos a relevância prática desta figura e, bem assim, a falta de reconhecimento do mesmo pelos órgãos internacionais e nacionais.

Aqui chegados, analisamos as possíveis soluções apresentando algumas teses, com destaque para a designada teoria interseccional, que nos ajuda a perceber os contornos singulares da discriminação múltipla. Depreendemos, finalmente que a intervenção dos órgãos legislativos é necessária para que se aborde o problema e se percorra o caminho da solução.

Palavras-chave: Direito do trabalho; direito antidiscriminação; discriminação múltipla; discriminação em função do sexo e da religião; discriminação interseccional; teoria interseccional.

Abstract

This work aims to explain the phenomenon of multiple discrimination within Anti-Discrimination Law. Focusing, in particular, on discrimination on grounds of religion and sex, we begin with a general overview of the discriminatory phenomenon in the working place, moving on to the problem of multiple discrimination, especially on those grounds, while underlining the practical interest of this concept and the lack of its recognition by national and international bodies.

Afterwards, we analyse possible solutions, mainly the intersectional theory, concluding for the need of legislative intervention to address this issue.

Keywords: Labour law; anti-discrimination law; multiple discrimination; discrimination on grounds of religion and sex; intersectional discrimination; intersectional theory.

Índice

I. Direito antidiscriminação	6
1. Do direito do trabalho e direito antidiscriminação – notas introdutórias	6
2. O fenómeno discriminatório – alguns esclarecimentos terminológico-conceituais	7
3. O direito antidiscriminação: uma perspetiva europeia	8
4. Discriminação direta	9
5. Discriminação indireta	10
6. Outros tipos de discriminação. Breve referência à discriminação múltipla	12
7. Fundamentos normativos basilares	12
8. Justificação da discriminação	14
II. Discriminação múltipla	19
1. Considerações iniciais	19
2. Entre o sexo e a religião: Discriminação multiplicada	24
3. Aproximação à noção: o caso particular da discriminação com base no sexo e na religião	25
4. As cinquenta sombras da discriminação múltipla: qualitativa (interseccional) e quantitativa (aditiva e composta)	28
5. A teoria interseccional	30
III. Considerações finais	35
1. O enquadramento da discriminação múltipla: à procura de soluções e previsões, os possíveis caminhos a tomar	35
2. Súmula e notas finais	37
Bibliografia	38

Lista de siglas e abreviaturas

CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho
DUE	Direito da União Europeia
EM	Estados Membros
ONU	Organização das Nações Unidas
pp.	pp.
TCE	Tratado da Comunidade Europeia
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJ(EU)	Tribunal de Justiça da União Europeia
EU	União Europeia

I. Direito Antidiscriminação

Do direito do trabalho e direito antidiscriminação – notas introdutórias

O Direito do Trabalho integra uma profunda componente humana, basilar para o funcionamento do mesmo. Em fusão intrínseca com este está o Direito Antidiscriminação, por forma a pôr fim ao arbítrio¹ e às diferenciações assentes em fatores que deveriam ser neutros no seio da relação laboral. Este ramo de Direito tem vindo a lograr relevância na cena nacional, a par com o que vinha já acontecendo no plano internacional e europeu, bem como noutros ordenamentos jurídicos. Tal amadurecimento parece prender-se não só com o imperativo de cumprimento da legislação europeia, mas igualmente com a sensibilidade e preocupação crescentes que vêm surgindo a respeito desta matéria, levando a uma maior proteção do trabalhador e à atenuação das conjunturas discriminatórias entre nós.

Embora geralmente considerado jovem e as preocupações que lhe subjazem sejam, em larga medida, atuais, o Direito Antidiscriminação deverá antes ser considerado como uma procura de solução para disfunções persistentes.

Pode dizer-se que o Direito Antidiscriminação cumpre um propósito particular que converge com o do Direito do Trabalho, salvaguardando o trabalhador, elemento mais débil da relação laboral², resguardando-o das mais variadas circunstâncias discriminatórias que possam vir a surgir dentro do local de trabalho ou durante o processo de recrutamento.

Porventura em razão da sua juventude e extrema permeabilidade à realidade social, o Direito Antidiscriminação apresenta ainda alguns conceitos escassamente sedimentados³. É o que sucede com o de discriminação múltipla, ao qual pretendemos dedicar a nossa atenção⁴.

Neste estudo procuramos mostrar que a discriminação múltipla não deve considerar-se irrelevante no plano prático, apesar de não ter merecido ainda particular atenção no âmbito dos estudos jurídicos neste domínio. Procuraremos conjugar diversas fontes doutrinárias e jurisprudenciais, de modo a explicar o que se entende por discriminação múltipla, nomeadamente quando falamos de discriminação múltipla em função da religião e do sexo e, principalmente, a combinação entre as duas vertentes.

¹ Mestre, 2020, p. 12.

² Dray, 2022, pp. 119 e ss.

³ Mestre, 2020, pp. 50 e 250.

⁴ Bruno Mestre, por exemplo, considera que o problema da discriminação múltipla tem uma relevância meramente teórica. Voltaremos ao ponto.

Acreditamos que abordar este tema em forma de estudo acadêmico e abri-lo a questões e interpretações distintas será uma forma de lhe permitir avançar enquanto um ramo de extrema pertinência, especialmente no que toca ao Direito do Trabalho Português e o seu estudo no futuro.

Não podemos, sem embargo, tratar do tema da discriminação múltipla sem fazer uma referência moderadamente extensiva, dentro do que nos é possível, ao Direito Antidiscriminação. O fenómeno da discriminação múltipla nasce e cresce dentro do Direito Antidiscriminação e das suas bases e, assim sendo, neste capítulo iremos referir-nos aos seus conceitos basilares e à sua aplicação prática.

O fenómeno discriminatório – alguns esclarecimentos terminológico-conceituais

Pensa-se que o problema discriminatório, em certos contextos, não será tanto uma adversidade que se constituiu no ato discriminatório ele próprio, mas antes na sua razão, no fundamento discriminatório que leva à ação em causa⁵. Em boa verdade, as conjunturas discriminatórias perseveram em virtude dos fatores discriminatórios que lhe subjazem, o que denota a necessidade de, a montante, os prever e reconhecer, de modo a minimizar as primeiras. Esta ideia tem vindo a ser difundida desde o *Civil Rights Act* de 1964⁶, que foi, de certa forma, o pioneiro em matéria de Direito Antidiscriminação. Este, de antemão, fez por discernir os vários fatores que originam a discriminação, efetivando a primeira ponte que nos permitiu construir o Direito Antidiscriminação.

A discriminação pode assumir variadas formas e ter origem em diferentes fatores. No entanto, a ideia de diferenciação está presente em todas as noções que possamos encontrar do ato de discriminar. A ação de diferenciar alguém está diretamente interligada com o ato de discriminar, na medida em que quando existe discriminação tem de existir obrigatoriamente uma diferenciação⁷. Tal diferenciação assenta numa compreensão *compartimentada* dos sujeitos, isto é, da inserção das pessoas em categorias – de sexo, de idade, de crença religiosa, de orientação sexual, etc. – conforme as suas características biológicas ou escolhas fundamentais.

Neste sentido, os tribunais americanos⁸ têm vindo até a definir a discriminação como um *term of art*, no qual estão presentes diferentes teorias com distintos modos de

⁵ Mestre, 2020, p. 49.

⁶ O *Civil Rights Act* consiste numa legislação datada de 1964 que marcou um ponto de viragem nos direitos dos cidadãos americanos e proíbe a discriminação em função da raça, cor, religião, sexo, nacionalidade, e, posteriormente, orientação sexual e identidade de género.

⁷ Mas não o contrário é obrigatório.

⁸ Vanguardistas nesta matéria pela adoção do referido *Civil Rights Act* de 1964. Esta foi uma das primeiras sistematizações em torno do Direito Antidiscriminação. A América foi igualmente palco para as primeiras

aplicação⁹. De um modo certamente desprezioso e breve, a discriminação faz-se pela diferenciação no tratamento de alguém, sendo esse tratamento injusto e muitas vezes prejudicial¹⁰ causado por uma certa característica inerente a essa mesma pessoa. Todavia, sabemos e compreenderemos melhor adiante que existem certos modos de diferenciação que podem ser válidos e não proibidos legalmente, como será o caso de algumas escolhas decorrentes das empresas de tendência ou conjeturas onde se aplique o instituto dos critérios ocupacionais genuínos, que a seu tempo aprofundaremos¹¹.

Iremos ainda tomar em consideração o(s) conceito(s) de igualdade, uma vez que se existe discriminação, não existe igualdade de tratamento. Cada pessoa deverá ser tratada com base na sua dignidade pessoal, deixando de lado características estereotipadas. Ao mesmo tempo, a igualdade está presente quando falamos em tratamento igual para grupos específicos de pessoas em desvantagem¹² pelas mais variadas razões, desde o sexo à etnia. A discriminação e o Direito Antidiscriminação estão diretamente interligados com o princípio da igualdade, mas não se podem confundir com o mesmo. O princípio da proibição da discriminação é, frequentemente, confundido e difundido como o princípio da igualdade, levando a crer que se trata do mesmo conceito e que se prenderá com “delimitar en negativo lo que ya proclama el principio general de igualdad”¹³. A verdade é que se trata de noções distintas.

Destarte, a violação do princípio da igualdade terá mais em conta a diferenciação (*lato sensu*) sem motivo, arbitrária, enquanto o princípio da não discriminação terá em consideração a diferenciação assente na pertença a categorias sociais delimitadas. O que aqui pretendemos estudar e trabalhar é o princípio da não discriminação, o que se entende por essa mesma ideia, como ela está prevista e como poderia estar, e tecer considerações em especial sobre a discriminação múltipla em função da religião e do sexo, sempre no trilho da discriminação motivada.

O direito antidiscriminação: uma perspetiva europeia

Será de notar que o Direito Antidiscriminação, enquanto ramo autónomo no seio da UE, parece existir desde a entrada em vigor do antigo TCE (Tratado da Comunidade Europeia), onde no artigo 13.º já se previa que o Conselho deveria tomar as medidas

intervencões no sentido de reconhecimento da discriminação múltipla, movimento iniciado por feministas negras, que viam os seus direitos a ser denegridos em relação às mulheres brancas e homens negros. Neste panorama os tribunais americanos viram-se obrigados a tomar posição em relação à discriminação múltipla. Quanto ao último, voltaremos a este ponto.

⁹ Zimmer, Sullivan & White, 2008, p. 1.

¹⁰ Zimmer, Sullivan & White, 2008, p. 2.

¹¹ Coelho, 2016, p. 88.

¹² Cf. Princípio da Igualdade Material.

¹³ Del Cuvillo, 2019, p. 197.

apropriadas de modo a combater a discriminação com base no sexo, raça ou etnia, religião e crenças, deficiência, idade e, ainda, orientação sexual.

Este artigo é hoje o artigo 19.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante TFUE). Isto para compreendermos que a previsão de Antidiscriminação no núcleo da UE existia já antes da entrada em vigor das diretivas dedicadas exclusivamente a este problema. No entanto, considera-se que, ao tempo da entrada em vigor do artigo 13.º do TCE, não se tinha em mente a dimensão que esta problemática viria a ter¹⁴, tendo como que aberto a porta a um mundo de possíveis soluções para esta temática, que ainda não tinha sido abordada enquanto problema real no mundo do Direito, especialmente do Direito do Trabalho e dentro da própria UE.

Este panorama resultou numa variadíssima coletânea de projetos legislativos e normas europeias que acabaram por tornar o Direito Antidiscriminação fragmentado e até contraditório, refletindo de um modo manifestamente insuficiente o escopo de relações que existem dentro dos problemas discriminatórios¹⁵ e deixando de parte, como já vimos até, uma grande parte do problema real, que tem lugar todos os dias nas vidas dos trabalhadores.

Discriminação direta

Desde logo, devemos precisar a distinção entre discriminação direta e indireta, as mais prominentes formas de discriminação abordadas no âmbito da relação laboral, a distinção que está no cerne do Direito Antidiscriminação¹⁶.

A discriminação direta, de um modo geral, poderá ser descrita como aquele comportamento que denota um tratamento desigual de um certo indivíduo devido a uma certa e particular característica inerente ao mesmo¹⁷. Devemos notar a Diretiva 2000/48/CE¹⁸, que nos diz, no seu artigo 2.º, n.º 2, que:

“Considera-se que exista discriminação direta, sempre que, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1.º¹⁹, uma pessoa **seja objeto de tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável**”.

A respeito da discriminação direta, será ainda de reconhecer o artigo 23.º, n.º 1, alínea a) do Código do Trabalho (doravante CT):

¹⁴ Schiek & Chege, 2009, p. 38.

¹⁵ Schiek & Chege, 2009, p. 38.

¹⁶ Deakin & Morris, 2012, p. 618.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Diretiva-Quadro em Matéria de Direito Antidiscriminação no seio da Relação Laboral.

¹⁹ Os fatores, no caso da diretiva são: a religião ou convicções, deficiência, idade ou orientação sexual.

“[Haverá] discriminação direta sempre que, em razão de um fator de discriminação, uma pessoa **seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou venha a ser face a outra pessoa em situação comparável**”.

Destarte, os conceitos de discriminação direta que aqui vemos são essencialmente idênticos, muito devido à obrigação da legislação portuguesa em seguir as Diretivas emanadas no seio do Direito da União Europeia (doravante DUE).

Ainda, na perspectiva de lograr uma definição concreta daquilo que se poderá entender como discriminação, será de atentar nas duas outras diretivas europeias que enquadram o Direito Antidiscriminação: a Diretiva 2000/43, com uma redação idêntica à anterior, mas diretamente aplicada à discriminação em função da raça, e a Diretiva 2006/54²⁰, que enfoca a discriminação em função do sexo, tema que aqui também iremos aprofundar.

Como vimos mediante a definição que nos é dada nas Diretivas europeias e na legislação nacional, a discriminação direta implica sempre um comparador, seja este real ou hipotético, pois está em causa um tratamento de desfavor em relação a outra pessoa ou a outra situação que eventualmente pudesse ter sucedido em sede da relação de trabalho.

Um rápido exemplo de um comparador real poderá consistir em uma mulher ser discriminada em função do seu sexo em relação a um colega de trabalho homem, auferindo, ao final do mês, menos que esse colega pela execução da mesma exata função. Neste exemplo académico clássico, tratamos de um comparador real. Ao contrário, um comparador hipotético seria, por exemplo, uma pessoa com deficiência ser despedida ou até nem sequer contratada pela sua condição, sem, no entanto, existir ninguém na empresa com a mesma condição para que se possa efetuar a comparação. Nestes casos, prevê-se o comparador hipotético, com o objetivo de que estes casos não sejam marginalizados em relação aos restantes, sendo contemplados na previsão legislativa do Direito Antidiscriminação²¹.

Discriminação indireta

Seguidamente, no que diz respeito à discriminação indireta, podemos afirmar que ocorre quando um comportamento ou critério aparentemente neutro adotado por um sujeito, nomeadamente a entidade patronal, é suscetível de ser discriminatório para

²⁰ Coelho, 2016, p. 88.

²¹ Art. 23.º, n.º 1, al. a), última parte.

certos grupos de pessoas, sendo que os problemas de prova aparentam ser maiores quanto a este tipo de discriminação²². As políticas implementadas pelas empresas muitas vezes aparentam neutralidade e, em boa verdade, acabam por ser discriminatórias. Um exemplo sintético será quando uma empresa implemente uma regra que diga que não contrata qualquer pessoa que resida a mais de 10 quilómetros da empresa. Ilusoriamente, esta política é totalmente neutra, parecendo apenas uma opção da empresa. Na verdade, condutas em conformidade com esta originam situações discriminatórias. Tendencialmente, por exemplo, as minorias étnicas e raciais residem nos subúrbios das cidades, o que resulta em que esta política seja, de facto, discriminatória. O problema e a especificidade da discriminação indireta estão na aparência de neutralidade, que muitas vezes não é levada a fundo e, naturalmente, resulta em conjunturas discriminatórias.

Aqui parecem relevar mais as consequências do ato do que propriamente a intenção²³, pois, em boa verdade, falamos de critérios que podem ser efetivamente neutros sem qualquer tipo de pretensão discriminatória, mas que, nos seus resultados, produzem situações discriminatórias para trabalhadores ou candidatos, e, como tal, cabe também proteção anti discriminatória nestes casos. O que se pretende analisar aqui não é tanto a ação, mas sim os seus resultados, pois, em bom rigor, todas as ações podem ter efeito indiretos indesejados sobre determinadas pessoas ou grupos de pessoas²⁴.

O reconhecimento da discriminação indireta teve origem, mais uma vez, na jurisprudência americana. No seio da UE, também este modo de discriminação está previsto, nomeadamente na Diretiva 2000/78/CE, no seu artigo 2.º, n.º 2, alínea b), que nos diz que existirá discriminação indireta quando:

“Uma disposição, critério ou prática **aparentemente neutra** seja suscetível de colocar numa situação de desvantagem pessoas com determinada religião ou convicções, com uma determinada deficiência, pessoas de uma determinada classe etária ou pessoas com uma determinada orientação sexual, comparativamente com outras pessoas (...)”.

Ademais, podemos ainda contar com a previsão do nosso CT, que visa a discriminação indireta no seu artigo 23.º, n.º 1, alínea b):

“Discriminação Indireta, sempre que uma disposição, critério ou prática **aparentemente neutro** seja suscetível de colocar uma pessoa, por

²² Coelho, 2016, p. 95.

²³ Coelho, 2016, pp. 95 e 96.

²⁴ Mestre, 2020, p. 64.

motivo de um fator de discriminação, numa posição de desvantagem comparativamente com outras, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificado por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários”.

Aqui também, como tivemos oportunidade de verificar a propósito da discriminação direta, a definição passa pelas mesmas linhas da Diretiva europeia que lhe deu origem, se bem que não tão diretamente idêntica, como vimos no caso da discriminação direta. Ainda, como também vimos anteriormente para a discriminação direta, igualmente aqui a previsão está presente nas Diretivas 2000/43/CE e 2006/54/CE. Temos, de facto, de verificar uma situação de desvantagem em relação a outra pessoa, mesmo que a prática em causa seja teoricamente neutra e sem intenções de afetar negativamente alguém.

Outros tipos de discriminação. Breve referência à discriminação múltipla

Devemos atentar em alguns tipos de discriminação reconhecidos. Entre estes estão: a discriminação por associação, a instrução para discriminar, a retaliação, o assédio ou, ainda, se quisermos autonomizá-la, a “discriminação ao contrário”. Na verdade, todas estas formas de discriminação são de alguma forma reconhecidas pelo Direito, seja em legislação ou jurisprudência, a nível europeu²⁵.

Dentro destas “subcategorias”, poderia estar inserida a discriminação múltipla que, porventura em razão da indefinição conceitual que ainda a marca, não se encontra reconhecida autonomamente, nem na UE, nem em Portugal, nem na generalidade dos ordenamentos jurídicos²⁶.

Com efeito, veremos que apenas em oito Estados Membros dentro da UE se consagra este fenómeno em lei²⁷. Um outro ordenamento jurídico que prevê a discriminação múltipla é o britânico, no seu *Equality Act 2010*, dando-lhe este a designação de “*combined or dual discrimination*”. A este propósito, remete-se desde já para o ponto 2, onde se irá desenvolver o quesito em relação à discriminação múltipla.

²⁵ Por exemplo, na Diretiva 2000/78.

²⁶ Xenidis, 2018, pp. 41-74.

²⁷ Os estados que preveem na sua legislação a Discriminação Múltipla são os seguintes: Alemanha, Áustria, Bulgária, Croácia, Eslovénia, Grécia, Países Baixos e Roménia.

Fundamentos normativos basilares

A proibição da discriminação pode encontrar-se, desde logo, no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP), que consagra o princípio da igualdade. No entanto, é necessário ir além desta norma para descortinar todas as dimensões deste imperativo, cuja complexidade ultrapassa o mero enunciado do princípio da igualdade²⁸. Deste modo, há que ler conjuntamente todos os conceitos e previsões relacionados com este imperativo.

Tendo tido origem, como se referiu, no domínio anglo-saxónico²⁹, o Direito Antidiscriminação tem assumido importância crescente em todos os territórios da União Europeia, sendo de crucial relevância as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia³⁰. Importa ainda, no contexto europeu, ter em conta o Direito do Conselho da Europa, nomeadamente as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante TEDH).

A UE adotou um sistema de listas fechadas³¹, o que significa que prevê um certo número de fatores de discriminação e, como o próprio nome indica, esses são todos os fatores sobre os quais se pode invocar casos de discriminação. O mesmo fenómeno acontece num certo número de países, como é o caso do Reino Unido ou os Estados Unidos da América.

Sob outra perspetiva estão os países que adotaram um sistema de lista aberta, o que significa que as listas de fatores discriminatórios são meramente exemplificativas, como, aliás, é o caso de Portugal. Os fatores que se encontram previstos no artigo 24.º do CT representam apenas alguns dos que se podem designar como fenómenos discriminatórios. A lista que aí se encontra não é taxativa, pelo que, para além dos critérios previstos no nosso artigo 24.º, podem ainda vir a ser considerados outros distintos destes, opção legislativa que nos parece mais ajustada à intencionalidade do Direito Antidiscriminação e, em particular, ao eventual reconhecimento da relevância da discriminação múltipla enquanto espécie do fenómeno discriminatório.

Esta opção facilita o percurso ao trabalhador que invoca ter sido alvo de discriminação, pois, quando intenta a ação, não tem necessariamente de tentar encaixar o seu caso numa lista fechada de critérios que dificultam a já precária posição do trabalhador que se sente discriminado, acabando este muitas vezes por não conseguir

²⁸ Mestre, 2020, p. 27.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Decisões que se aprofundarão de seguida.

³¹ Em Direito Antidiscriminação é bastante comum que se divida as previsões legais em Listas Abertas e fechadas, pois são as mais comuns formas de representação deste problema na lei.

ver a sua posição provada. Neste caso, pode invocar discriminação com base no fator que bem entender, e caberá ao tribunal fazer o julgamento, esteja ele previsto em lei ou não.

As listas fechadas, por outro lado, evidenciam efeitos perversos quando nos vemos no seio de uma conjectura discriminatória. Existem vários fenómenos discriminatórios não contemplados no núcleo normativo. Um exemplo paradigmático e que causa bastante inquietação é o da identidade de género³².

Quando parece ainda não existir espaço para aceitar a identidade de género como um fenómeno discriminatório idêntico aos restantes, tende a recorrer-se ao contencioso por via da discriminação em função do sexo, que são dois cenários totalmente paralelos. A utilização deste tipo de sistemas, nos dias de hoje, incorre numa total falta de consideração das preocupações sociais por parte dos nossos legisladores e leva a que surjam casos como *P. v. S.*³³, onde a ideia de transexualidade é posta de lado e o TJ(EU) considera a circunstância como uma mera expressão do princípio da igualdade³⁴, obrigando, como referimos, a que se utilizem comparadores não corretos para a situação, e que, por consequência, o trabalhador não veja a resolvida a sua situação e se sinta ainda mais desvalorizado pela sua identidade e dignidade não serem reconhecidas.

Há quem entenda, igualmente, que esta seria uma das soluções para o problema da discriminação múltipla, ou seja, se as Diretivas passassem a promover um sistema de lista aberta em sede de Antidiscriminação, seria mais fácil o reconhecimento, mesmo sem previsão específica. Talvez essa técnica legislativa potenciase que o TJUE encarasse a discriminação múltipla como um fenómeno relevante e extraísse consequências de o ato discriminatório se configurar assim³⁵.

Justificação da discriminação

Em boa verdade, a discriminação pode vir a ser descaracterizada ou justificada, se a conjuntura assim o permitir. Quando nos referimos à justificação ou descaracterização da discriminação, naturalmente que nos vamos referir a situações pontuais onde uma exceção se imponha por força da atividade que esteja em causa³⁶. De facto, a realidade muitas vezes não é tão líquida como a lei a parece prever em certas normas, determinando que a própria lei postule exceções para as suas regras.

A este encadeamento denominamos de critérios ocupacionais genuínos, que estão postulados nos artigos 4.º da Diretiva 2000/78 e 4.º da Diretiva 2000/43, no seio da legislação europeia, e ainda, entre nós, no artigo 25.º, n.ºs 2 e 3, do CT. Reconhece-

³² Rouxinol, 2020, pp. 545-574.

³³ Caso decidido pelo TJ(EU).

³⁴ Rouxinol, 2020, pp. 545-574.

³⁵ Fredman, 2005, pp. 13-20.

³⁶ Mestre, 2015, pp. 377-410.

se como válida a diferença de tratamento justificada, desde que a conduta praticada esteja dentro da atividade profissional que se exerça, e constitua um requisito imperioso para a execução dessa atividade, e ainda que o objetivo seja legítimo, nunca esquecendo o crivo da proporcionalidade, que terá de estar preenchido. De notar que estamos a ferir o direito fundamental à não discriminação³⁷, denotando-se como fulcral o cumprimento do descrito em cima.

Com esta previsão, não se pretende oferecer aos Estados-Membros carta branca para que lhes seja facilitada a justificação de condutas discriminatórias³⁸, mas sim que se abra espaço a justificações objetivas que estariam, de outro modo, vedadas pelas normas anti-discriminatórias previstas nas diversas diretivas, permitindo às empresas que mantenham, de certa forma, a sua liberdade, sem comprometer as normas antidiscriminação.

Pretende-se, com a ideia dos critérios ocupacionais genuínos, que uma diferença de tratamento passe a não ser perspectivada como discriminatória “em virtude da natureza da atividade profissional em causa ou do contexto da sua execução”, a diferenciação terá de ser “essencial e determinante para o exercício da atividade, na condição de o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional”³⁹. A legitimidade e a proporcionalidade são barreiras inultrapassáveis nestes casos, pois sem estas “barreiras”, facilita-se uma propagação de circunstâncias discriminatórias disfarçadas de ações falsamente “determinantes para o exercício da atividade”.

Numa breve referência, devemos tomar nota da justificação e descaracterização da discriminação no cerne da discriminação indireta, onde se definiu o critério da proporcionalidade como a base da descaracterização na discriminação indireta, tendo esta regra tido origem jurisprudencial⁴⁰, nomeadamente no caso *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Weber von Hartz*⁴¹. O critério proporcionalidade como parâmetro apresenta pontos positivos e negativos aquando do julgamento das circunstâncias discriminatórias⁴². Por ser um critério inexato, a abertura que se origina pode tanto servir para que se consiga considerar todos os aspetos relevantes da questão e aproximar o mais possível o critério da vida real, como pode resultar num caminho confuso e dificuldades contenciosas devido à indeterminação do conceito.

³⁷ Mestre, 2015, pp. 377-410.

³⁸ Mestre, 2015, pp. 377-410.

³⁹ A proporcionalidade ajuda também nos objetivos não sociais da eliminação da discriminação, promovendo a melhoria dos níveis de participação no mercado de trabalho e do aumento da concorrência e competitividade decorrente da participação de determinados grupos.

⁴⁰ Mestre, 2015, pp. 377-410.

⁴¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61984CJ0170&from=EN>.

⁴² Mestre, 2015, pp. 377-410.

Para além, naturalmente, do conhecido critério ocupacional genuíno⁴³ e, bem assim, do parâmetro da proporcionalidade, *lato sensu*, um exemplo paradigmático será o da permissão de diferenciações no caso de estarmos perante uma empresa de tendência. Estas entidades veiculam uma certa ideologia, e isso permite que sejam “autorizadas” a implementar um certo tipo de seleção aquando da contratação dos seus trabalhadores. O exemplo das empresas de tendência será importante em larga medida, pois muitas das vezes estas são palco de discriminação religiosa e em função do sexo, e de discriminação múltipla em conjugação desses dois fatores.

Estas empresas de tendência têm como objetivo central a promoção de uma ideologia⁴⁴, dispõem de uma natureza específica no que toca à sua filosofia política ou religião.

Em princípio, numa relação de trabalho ordinária, cada trabalhador terá a liberdade de gerir a sua vida privada do modo que mais lhe convenha⁴⁵, este direito é garantido tanto em sede constitucional, como de direito ordinário⁴⁶, e deverá ser respeitado pelo empregador. Esta liberdade pode vir a sofrer uma supressão se a entidade empregadora tiver uma natureza ideológica indissociável da mesma, visto que a identidade do trabalhador pode divergir com a individualidade da empresa, o que nestes casos pode ser válido, no sentido em que pode interferir com o modo de funcionamento da empresa, que, passando este pela difusão de um ideal, deverá ter, pelo menos, alguns funcionários que partilhem dessa mesma ideologia⁴⁷.

Começaram a ser teorizadas por autores alemães como organizações “em determinados ambientes de trabalho onde se acreditava ser razoável limitar alguns direitos dos empregados quando as empresas tinham como objetivo a expressão de alguma ideologia, fosse ela de cunho religioso, político, educativo, etc.”⁴⁸. Há ainda quem vá mais longe e considere que, devido à sua singularidade, o trabalhador poderá ter de limitar ou abdicar de direitos fundamentais, *maxime*, o direito à vida privada e à liberdade de expressão⁴⁹⁻⁵⁰.

Estas características requerem uma lealdade do trabalhador maior do que habitualmente seria expectável⁵¹. Repare-se, no entanto, que esta observância da

⁴³ Como está postulado nos artigos 4.º da Diretiva 2000/78 e 4.º da Diretiva 2000/43, e ainda no artigo 25.º, n.ºs 2 e 3 do CT.

⁴⁴ Mestre, 2015, p. 134.

⁴⁵ Prigol & Villatore, 2018, pp. 314-325.

⁴⁶ Em particular, os artigos 26.º da CRP e 16.º do CT.

⁴⁷ Prigol & Villatore, 2018, pp. 314-325.

⁴⁸ Miyagusuku, 2008 *apud* Prigol & Villatore, 2018.

⁴⁹ Abrantes, 2018, pp. 325-331.

⁵⁰ Na Alemanha, um tribunal considerou justificado o despedimento de um trabalhador de uma empresa católica, pelo seu divórcio e novo casamento.

⁵¹ Prigol & Villatore, 2018, pp. 314-325.

ideologia praticada na empresa deve ser reservada a cargos diretamente interligados com esta mesma e mitigada nos restantes.

Funções que nada tenham que ver com o escopo pretendido pela empresa não requerem trabalhadores que pratiquem o mesmo, desenhando-se aí o limite da permissão da discriminação que é dada a esse tipo de entidades. Indubitavelmente, existem inúmeras questões no que diz respeito ao que se entende por minimizar/constranger as liberdades do trabalhador, não obstante, este não será o nosso primordial objetivo de estudo.

No entanto, a par com o que referimos acerca da limitação de contratação de trabalhadores exclusivamente cumpridores do *ethos* pretendido pela empresa⁵², faz sentido uma breve referência aos casos *IR v. JQI*⁵³ e *Egenberger*⁵⁴, ambos decididos pelo TJ(UE). Tanto num como no outro se punha em causa a contratação apenas de pessoas correspondentes às ideias da entidade empregadora: no primeiro, um hospital desejava despedir um médico que se divorciou e casou uma segunda vez em termos civis, já o segundo tratava do direito de uma organização de cariz religioso alemã⁵⁵ publicar uma vaga de emprego onde somente seriam contratados indivíduos que expressassem a sua confissão religiosa e que essa mesma fosse convergente com a da entidade empregadora⁵⁶.

Em ambos os casos, o tribunal deu novamente uma resposta vaga comparativamente às que estamos habituados nesta matéria, mas refletiu no facto de esta exigência apenas ser permitida se os critérios ocupacionais genuínos estiverem devidamente preenchidos, o que reforça a ideia da mitigação desta justificação da discriminação quando não estejam em causa cargos intrinsecamente interconectados com o ideal da entidade empregadora.

Neste sentido, existem vários exemplos de empresas de tendência, sendo o mais comum as entidades de cariz religioso, que têm como objetivo principal a difusão de uma determinada crença religiosa ou espiritual.

Nestes casos, é possível que se justifique a contratação de certas pessoas em detrimento de outras, mas, ainda assim, deve considerar-se que esta discriminação justificada apenas será válida para certos cargos, esses que estejam diretamente em fusão com o objetivo de difusão da empresa em causa. Noutras funções que não estejam diretamente conectadas com, por exemplo, a disseminação da mensagem que a empresa pretende passar, a justificação da discriminação já não se pode aplicar. Nesses casos deve

⁵² Mestre, 2016, pp. 157-175.

⁵³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62017CC0068>.

⁵⁴ https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?mode=lst&pageIndex=0&docid=201148&part=1&doclang=PT&text=&dir=&occ=first&cid=4254362.

⁵⁵ Uma organização de cariz protestante, no caso.

⁵⁶ Mestre, 2016, pp. 157-175.

tratar-se a discriminação como ela é, discriminação, sendo uma circunstância totalmente ilícita.

Esta justificação da discriminação relacionada com as empresas de tendência será também ser integrada dentro do parâmetro genérico de justificação de discriminação prevista legalmente, tanto pelas Diretivas da UE, como pela legislação nacional⁵⁷, que se prende com o instituto dos requisitos ocupacionais genuínos.

No caso das empresas de tendência, isto permite que possa existir, de facto, diferença de tratamento com base na religião ou ideologia que se pretende passar com a empresa em causa, sem que tal seja considerado um fenómeno discriminatório, ou seja, a diferenciação será válida, desde que exista um requisito profissional essencial, legítimo e justificado⁵⁸. A maior parte destas empresas de tendência tende a dotar-se de cariz religioso, o que nos leva a concluir que a aplicação da exceção dos critérios ocupacionais genuínos nesta esteira se prende com uma extensão do mesmo ao âmbito específico da discriminação em função da religião⁵⁹.

A abordagem do conceito de empresa de tendência e as suas características assume importância no nosso estudo devido às portas que abre para a discriminação múltipla. Sendo estas entidades normalmente tão intrínsecas à religião, a discriminação em função da mesma seria previsível a montante. Não obstante, a discriminação em função do sexo pode aqui assumir um papel mais importante do que possamos pensar. A discriminação e, em especial, a discriminação múltipla⁶⁰ vêm maioritariamente associadas aos cidadãos em posições mais frágeis, o que é normalmente a posição da mulher. O que sucede muitas das vezes nestas instituições de cariz religioso será a discriminação em função da religião, mas por um motivo unicamente inerente à mulher. O exemplo paradigmático seria o da mulher que não é contratada ou é despedida por ter uma gravidez fora do casamento⁶¹. Trata-se notoriamente de um caso de discriminação múltipla em função da religião e do sexo pois trata-se de uma conjugação destes dois fatores discriminatórios que originam uma única situação discriminatória. Neste sentido, compreendemos que se trata de discriminação religiosa, pois a gravidez antes do casamento não vai ao encontro dos valores católicos, neste caso, e trata-se de discriminação em função do sexo na medida em que a gravidez é algo que apenas pode ser afeto a mulheres. Assim, no caso da possibilidade de descaracterização da discriminação em razão de critérios ocupacionais genuínos, há que tomar em atenção

⁵⁷ Artigo 4.º/1 da Diretiva 2000/78; Artigo 4.º da Diretiva 2000/43; Artigo 14.º/2 da Diretiva 2006/54 e Artigo 25.º/2 do Código do Trabalho.

⁵⁸ Mestre, 2020, p. 135.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Como iremos seguidamente explicar.

⁶¹ Pisko, 2016, pp. 101-128.

que também aqui existe discriminação múltipla e, neste sentido, há que haver previsão quanto a isso dentro da justificação da discriminação.

Como veremos, o fenómeno da discriminação múltipla é pouco abordado e pouco postulado nos ordenamentos jurídicos, sendo o problema da descaracterização de adicionar ao todo da discriminação múltipla, que veremos de seguida.

II. Discriminação múltipla

Considerações iniciais

Considerando as diversas modalidades do fenómeno discriminatório, pretendemos debruçar-nos, em especial, sobre a discriminação múltipla. A discriminação múltipla ocorre quando um sujeito é alvo de tratamento diferenciado por mais do que um fator discriminatório. Existe quando um ato discriminatório como os que descrevemos acima tem a sua origem em mais do que um fator⁶², quando um trabalhador experiencia ser colocado em desvantagem devido a mais do que uma característica que lhe é inerente.

Na verdade, a pessoa humana é composta de várias identidades⁶³, que se revelam no seio das relações interpessoais, nomeadamente na relação laboral. Quando se autonomiza a discriminação múltipla, essas diversas causas de diferenciação não devem ser olhadas, ao menos em todos os casos, como uma mera *adição de fatores*⁶⁴. A discriminação múltipla encerra – ou pode encerrar, como melhor se verá – um fenómeno diferenciador qualitativamente distinto⁶⁵.

Existem, ainda, autores que perspetivam a discriminação múltipla de uma maneira distinta, perguntando se a discriminação múltipla não deveria ser, na verdade, a norma, ao invés da exceção, aquela que está presente na generalidade dos casos⁶⁶.

O carácter peculiar deste fenómeno emergente das mais variadas conjunturas discriminatórias, conjugado com a sua falta de reconhecimento geral, torna o caminho para a sua previsão um tanto labiríntico, não existindo ainda, na maior parte dos ordenamentos jurídicos, assim como no europeu, previsões legais (ou até jurisprudenciais) para esta ocorrência. No plano europeu, ficamos com a sensação de parecer existir receio por parte tanto dos órgãos legislativos como do TJ(EU) em despertar realmente o problema que é a existência da discriminação múltipla, não permitindo que diversos casos sejam resolvidos, ou que sejam mal resolvidos e deixem quem mais é afetado pela discriminação (normalmente, as minorias) numa situação cada vez mais fragilizada.

⁶² Fredman, 2005, pp. 13-20.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Como veremos posteriormente, faz-se exatamente a distinção entre a discriminação múltipla quantitativa e qualitativa.

⁶⁵ Fredman, 2005, pp. 13-20.

⁶⁶ Xenidis, pp. 41-74.

Neste contexto, se considerarmos o exemplo americano, por ter sido pioneiro em matéria de Direito Antidiscriminação, vamos constatar que a tentativa de incorporar a postulação da discriminação múltipla no seio das restantes normas de Direito Antidiscriminação causa divergências, devido à natureza maioritariamente singular do Direito Antidiscriminação⁶⁷. Denota-se que tentar encontrar uma solução para este fenómeno utilizando normas já existentes criadas com outros fins não vai atuar como se esperava, tornando-se necessária a inserção de previsões extraordinárias para o reconhecimento e possível solução para o fenómeno da discriminação múltipla.

Conquanto se tenha começado a atentar cada vez mais nos variadíssimos fatores de discriminação possíveis, a verdade é que, até pela estrutura das próprias diretivas e das respetivas normas nacionais, se torna mais difícil o reconhecimento da discriminação múltipla⁶⁸. Esta dificuldade é mais evidente, parece-nos, em contextos de lista fechada. Vimos atrás os efeitos perversos que podem advir das listas fechadas, os quais, parece-nos, se fazem sentir neste domínio.

Como afirmámos em cima, e como é de entendimento geral maioritário⁶⁹, a UE adota um sistema de listas fechadas. No entanto, se deixarmos de considerar apenas o direito derivado, neste caso as diretivas relativas ao direito antidiscriminação que já mencionámos, compreendemos que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante CDFUE), lado a lado com o que acontece em vários ordenamentos jurídicos europeus⁷⁰, prevê uma norma anti discriminatória não exaustiva, no seu artigo 21.º.⁷¹ Esta norma poderia resultar numa diferente interpretação das diretivas europeias, por exemplo, por parte do TJ(UE), abrindo a hipótese de reconhecimento da discriminação múltipla por parte do mesmo. Todavia, o tribunal tem-se vindo a considerar constantemente incompetente para essa tarefa⁷², deixando mais uma vez a questão sem resolução⁷³. Aliás, o tribunal, quando questionado diretamente sobre o fenómeno no caso *Parris*⁷⁴, considerou não poder haver junção de vários fatores discriminatórios⁷⁵.

O TJ(UE) poderia, de facto, assumir o encargo de unir os vários fatores, permitindo que as questões fossem resolvidas em processo contencioso, de forma mais justa, tomando em atenção as referências que anteriormente fizemos⁷⁶. Podemos

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Liddell & O'Flaherty, 2018, p. 67.

⁷⁰ Como é o caso de Portugal.

⁷¹ Liddell & O'Flaherty, 2018, p. 67.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Iremos analisar seguidamente o papel que o TJ(EU) poderia ter em relação ao reconhecimento da discriminação múltipla.

⁷⁴ <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=185565&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=366759>.

⁷⁵ Liddell & O'Flaherty, 2018, p. 67.

⁷⁶ Xenidis, pp. 41-74.

suportar esta ideia com o facto de o reconhecimento da discriminação múltipla estar expressamente postulado nos considerandos das diretivas⁷⁷, quando reconhece que certos grupos são evidentemente favorecidos, em detrimento de outros; ou até pelo artigo 21.º da CDFUE que, como vimos, assume uma posição não taxativa dos fatores discriminatórios. Mesmo assim, o TJUE tem apenas mostrado uma plena incapacidade de decidir casos como estes, deixando constantemente abertas questões fulcrais em diversos casos de discriminação⁷⁸. A jurisprudência limita-se a uma interpretação simplista apenas das diretivas, remetendo sempre para o EM a resolução efetiva do problema, fenómeno que iremos estudar adiante.

Há quem sustente que este problema deriva sobretudo do carácter fechado das listas que integram a diretiva⁷⁹. Essa questão é parcialmente resolvida pelos EM aquando da elaboração das suas próprias listas, tendo muitos optado pela hipótese de uma listagem aberta⁸⁰. Destarte, deveremos advogar por uma solução Estado a Estado? Será o EM que deve resolver o problema das listas fechadas e, ainda, encontrar uma solução no seu ordenamento jurídico para postular fenómenos como a discriminação múltipla?

Concordamos com a posição que considera este recurso manifestamente infeliz e insuficiente por, entre outros aspetos, reconhecer menos direitos ao cidadão europeu e diminuir o seu alcance⁸¹, sobretudo por estarmos perante direitos fundamentais. A realidade é que se se optasse por este tipo de recurso, o cidadão europeu nunca iria estar em pé de igualdade com o seu homónimo, pois dependeria de cada um dos 27 e não de um uníssono europeu que colocasse os EM em situação similar no que se refere a este fenómeno discriminatório. Faltaria então um remédio europeu numa área maioritariamente comunitária e de projeção internacional. Nesse caso, requer-se intervenção dos órgãos legislativos europeus que sejam capazes de uniformizar os respetivos ordenamentos jurídicos.

Na realidade, aquando da realização das Diretivas, deveria ter-se pensado na evolução de um ramo de direito como este, e nas variações imediatas que surgiriam nos anos subsequentes, até por se vir já considerando real este fenómeno nos próprios considerandos das Diretivas. Ao invés, as Diretivas enveredaram por um caminho reto e fechado, quase sem deixar espaço para abertura às novas conceções que surgiram e vinham surgindo ao tempo das Diretivas.

Desta forma, pensamos que a intervenção na raiz europeia seria a mais acertada. As situações são diversas e delicadas, os cidadãos e os seus direitos fundamentais estão

⁷⁷ Nomeadamente no considerando n.º 3 da Diretiva 2000/78, onde se reconhece que as mulheres são frequentemente vítimas de “discriminação de múltipla índole”.

⁷⁸ Cfr. Acórdãos Achbita e Bouganoui, que analisaremos adiante.

⁷⁹ Fredman, 2005, pp. 13-20.

⁸⁰ Como é aliás, o caso de Portugal, como já referimos.

⁸¹ Fredman, 2005, pp. 13-20.

em constante jogo, não podendo a UE deixar tal ao cargo dos entendimentos dos EM. Nos dias de hoje, tal não decorre. Aliás, no âmago do nosso estudo, a liberdade religiosa “é um direito fundamental transversalmente consagrado nas constituições estaduais e na generalidade dos instrumentos internacionais que se ocupam dos direitos humanos”⁸². E o mesmo acontece, naturalmente, quando falamos do direito à igualdade de género, como aliás foi confirmado pelo TJ(UE) aquando da Decisão do Caso *Dafrenne*, quando este reitera este direito como um Direito Fundamental.⁸³

Uma inquietação com o tema foi demonstrada na Conferência Mundial sobre as Mulheres Presas, organizada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1995. Deu-se um passo para o alinhamento da discriminação múltipla com as normas existentes, admitindo fatores como a idade, deficiência, posições socioeconómicas ou pertencimento a um certo grupo étnico ou racial. Neste mesmo panorama foram salientadas as dificuldades acrescidas que são sentidas pelas mulheres em seio de discriminação⁸⁴. A mesma apreensão foi demonstrada em ulteriores Conferências realizadas pela ONU, entre as quais a Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância, realizada em 2001, e, ainda, na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006⁸⁵.

Ora, o nosso objetivo é debruçar-nos sobre este tipo de discriminação, com o propósito de trazer luz ao tema. Denota-se de extrema relevância o reconhecimento da discriminação múltipla, pois, na verdade, pode vir a compreender-se que quase todos os casos de discriminação incorporam uma componente múltipla, e reconhecê-la lograria, porventura, um enquadramento de uma forma mais justa. Inclusive, nos casos em que estivéssemos no domínio das listas fechadas, existiria um aumento nas possibilidades de o fenómeno ter tratamento jurídico, pois, mesmo um dos fenómenos não estando previsto em lei, poderia estar o outro, concedendo uma maior proteção aos trabalhadores. Desta forma, concebendo a importância deste instrumento, poderíamos eventualmente considerar que, quando reconhecido, as indemnizações atribuídas nos casos pudessem ser maiores, por estarmos a falar sobre um ato discriminatório assente em mais do que um fator, o que é naturalmente mais gravoso.

Ainda com o objetivo de aprofundar a importância que poderia assumir o reconhecimento de um fenómeno como o da discriminação múltipla, será de concluir que esta poderia levar a um novo entendimento e melhor identificação do parâmetro do comparador em sede de Direito Antidiscriminação. O comparador é utilizado por necessidade e exigência das normas europeias quanto à discriminação. A procura de

⁸² Machado, 2021, p. 43.

⁸³ Schiek & Chege, 2009, p. 38.

⁸⁴ Como vimos, a UE reconheceu também este problema no considerando 3 da Diretiva 2000/78.

⁸⁵ Rios & Silva, 2015, pp. 11-37.

solução para um caso com cerne discriminatório implica uma análise comparada (comparador) para que se saiba qual é o comportamento discriminatório na atitude das entidades empregadoras, é necessário que se compare a conjuntura em causa com outra exatamente igual, retirando o fator discriminatório.

Subsequentemente, o comparador tende a ser de caráter singular, como são as normas antidiscriminatórias, é rígido na sua definição e não permite análises de discriminação múltipla. Em casos como os que nos diriam respeito, haveria um comparador como “Pessoa de maioria religiosa vs. Pessoa de minoria religiosa”, o que não ajuda na interpretação casuística e material do caso, pois estamos obrigatoriamente a reduzir o número de fatores que podemos aqui considerar, por se adotar um crivo vago e sem grandes desenvolvimentos. Assim, se se reconhecesse a discriminação múltipla como parte das normas antidiscriminação, o comparador poderia, ao invés, ser “Mulher de religião minoritária vs. Homem de religião minoritária”. A simples mudança do comparador compreenderia melhor o ato discriminatório em toda a sua dimensão, permitiria conceber várias perspectivas que nos ficam cerradas sempre pela não consideração de todas as especificidades dos casos, e abriria espaço aos tribunais para uma interpretação menos intolerante nas suas decisões que iremos analisar em seguida e noutras, pois assume, maioritariamente, esta posição.

No exemplo que demos, fazemos referência específica aos fatores de discriminação religião e sexo, que são o que nos mais importam aqui, sem embargo, o mesmo se aplicaria aos variadíssimos casos onde se denota o fator da discriminação múltipla. Mas compreendermos que devemos comparar não apenas o fator religião estanque com outra situação equiparável, mas devemos ter em conta se estamos a comparar um homem e uma mulher, um homem com outro homem, pessoas de idades diferentes, pessoas portadoras de deficiência, etc. A montante, esta reinterpretção do fator comparador poderia ter mudado o rumo, por exemplo, dos casos Achbita e Bougnaoui, casos paradigmáticos da discriminação múltipla em função da religião e do sexo, que veremos com mais profundidade. O comparador deve refletir a realidade da situação, a realidade completa da conjuntura em causa, o que não pode fazer, devido às limitações impostas pelas normas de Direito Antidiscriminação.

Finalmente, numa breve referência, devemos apontar para uma vertente doutrinal que considera que a discriminação múltipla não tem relevância prática, mas apenas teórica. Este é o caso de Bruno Mestre⁸⁶, para quem, especialmente por nos encontrarmos num ordenamento jurídico que estabelece uma lista não taxativa de fatores discriminatórios, o fenómeno da discriminação múltipla deixa de ter qualquer relevância prática. Apesar de reconhecer mérito aos conflitos que se originam pela não

⁸⁶ Mestre, 2020, pp. 215 e ss.

existência de reconhecimento deste instrumento, a verdade é que considera que num ordenamento jurídico como o português, poder-se-ia simplesmente recorrer à cláusula geral de igualdade que está postulada nos artigos 13.º da CRP e 25.º do CT.

Sem embargo, somos da opinião de que teremos sempre de tomar em consideração o plano internacional, especialmente em matérias como a discriminação. Se vivemos numa comunidade europeia, e se nos julgamos cidadãos europeus, não devemos deixar de tomar em atenção que os demais podem ficar desprotegidos em relação a nós, não sendo consagrada uma proteção global dentro da União, pelo que defendemos o reconhecimento e a extrema relevância prática do fenómeno da discriminação múltipla.

No nosso estudo, começaremos por analisar a doutrina existente acerca do ponto em causa, no sentido de compreender o conceito e de conseguir distingui-lo dos diferentes modos de discriminação e individualizá-lo enquanto modo autónomo de discriminação. Ulteriormente, teremos como foco a análise de casos concretos, com a finalidade de compreender a utilidade do instituto da discriminação múltipla e a sua sistemática falha.

Entre o sexo e a religião: discriminação multiplicada

A interligação entre estes dois fatores parece ter vindo a ganhar mais atenção ao longo dos últimos anos, devido sobretudo à tensão que se tem vindo fazer sentir na Europa e no Mundo em relação a atuações especialmente racistas contra a religião muçulmana. Os protestos que seguiram o 11 de setembro marcaram em grande escala o Direito Antidiscriminação no sentido em que, após o acontecimento trágico que marcou o início do século XXI, se passou a atuar e a considerar de certa forma o islamismo como um perigo e não uma religião⁸⁷.

Isto resultou num aumento de casos de discriminação em função da religião, com especial enfoque na religião muçulmana, que rapidamente compreendemos porque se relaciona tão facilmente com a discriminação em função do sexo. Falamos em dois grupos de pessoas especialmente vulneráveis: a junção das duas características, infelizmente, torna estes trabalhadores mais sensíveis a atos discriminatórios e tais situações têm de ser revertidas, travadas o mais rápido possível.

Sabemos que a discriminação em função de ambos os fatores é reconhecida desde logo pelo DUE, separadamente. A proibição da discriminação em função do sexo está presente na Diretiva 2006/54⁸⁸ e a proibição da discriminação em função da religião está

⁸⁷ Schiek & Victoria, p. 38.

⁸⁸ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:pt:PDF>.

prevista na Diretiva 2000/78⁸⁹. Em sede de legislação nacional, ambas se encontram previstas no artigo 24.º, n.º 1 do Código do Trabalho. Apesar destas previsões, não assistimos a uma previsão, ou sequer menção da junção destes dois fatores discriminatórios, ou qualquer um, em boa verdade.

A liberdade religiosa e o sexo são dois fatores extremamente importantes a ter em conta, especialmente quando estamos a falar de seres humanos e da sua vida. O sexo é algo relativamente permanente e inseparável da pessoa humana, o que nos faz desde logo compreender que a discriminação com base neste fator é extramente perturbadora na vida de um trabalhador. Mas exatamente o mesmo acontecerá quando este é discriminado pela sua crença, pelo seu tipo de crença. Mais ou menos religiosos, é evidente para todos que a religião tem um papel absolutamente primordial na jornada de milhões de trabalhadores ao nosso redor e, assim, estes mesmos trabalhadores têm de poder fazer conviver a sua fé com o seu trabalho, porque na realidade não são realidades incompatíveis, o problema é que muitas vezes fazemos delas incompatíveis.

Se sofrer uma ação discriminatória por um destes fatores pode ser totalmente devastador, mais perverso será ser alvo de uma situação em que sabemos que o tratamento diferenciado se deve a duas razões distintas, mas que se cruzam. Parece, porém, difícil o reconhecimento da situação com esses exatos contornos, restando ao sujeito visado invocar discriminação com base num só dos fatores em causa, ou, porventura, em ambos, mas perspetivados atomisticamente.

Assim, entendemos que a previsão será imprescindível num futuro mais próximo do que o que possamos pensar, e aqui daremos exemplos e partiremos desses mesmo para explanar o que poderia ter sido distinto, melhor para o trabalhador, se o fator “discriminação múltipla” tivesse sido utilizado no contexto específico.

Aproximação à noção: o caso particular da discriminação com base no sexo e na religião

Um trabalhador que seja alvo de tratamento diferenciado por dois ou mais fatores discriminatórios distintos está a ser objeto de discriminação múltipla, não estando os seus direitos fundamentais a ser protegidos. Com este fenómeno, formam-se novas conjecturas discriminatórias, que requerem respostas jurídicas ajustadas⁹⁰. Um exemplo de um caso que poderia ter sido analisado sob a ótica da discriminação múltipla é, quanto a nós, o conhecido caso *Achbita*⁹¹, decidido pelo TJ(UE).

⁸⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0078&from=PT>.

⁹⁰ Rios & Silva, 2015a, pp. 11-37.

⁹¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0157>.

Estava em causa uma trabalhadora islâmica que foi despedida devido à utilização do véu islâmico no seu local de trabalho. O seu empregador entendeu que o uso do mesmo não era adequado para o contacto diário com os seus clientes. O TJ(UE), quando questionado sobre se deveria o artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2000/78, ser interpretado no sentido de que a proibição de uma trabalhadora muçulmana usar um lenço islâmico no local de trabalho constitui ou não uma discriminação direta quando a regra vigente nas instalações do empregador proíbe, a todos os trabalhadores, no local de trabalho, o uso de sinais exteriores de convicções políticas, religiosas e filosóficas, acaba por responder que, a constituir discriminação, apenas seria indireta, mas, neste caso, considera válida a “política de neutralidade”⁹². De notar que a dita política apenas foi formalmente adotada pela empresa em causa após o sucedido com esta trabalhadora.

Outro caso paradigmático é naturalmente o *Bougnaoui*⁹³, em que tanto a factualidade como a decisão são virtualmente as mesmas. Neste caso vimos, à semelhança do que acontece no caso *Achbita*, uma trabalhadora ser despedida pelo uso do véu islâmico – novamente, existia uma “política de neutralidade” na empresa, e o uso do véu quando em contacto com os clientes foi considerado pela entidade empregadora como desadequado. Neste caso perguntou-se ao TJ(UE) se, mediante o disposto no artigo 4.º da Diretiva 2000/78, esta medida adotada pelo empregador poderia ser considerada como passível de enquadrar os requisitos ocupacionais genuínos de que tratámos anteriormente.

Aqui o tribunal diz que se o despedimento se basear na simples preferência dos clientes, estamos a incorrer em discriminação direta, no entanto, diz também que se estivermos no âmbito das políticas de neutralidade e se o tribunal nacional considerar que esta é válida, mediante os respetivos requisitos, o caso poderá ser considerado como não discriminatório⁹⁴. Mais uma vez, compreendemos uma certa inércia por parte do tribunal, remetendo sempre a solução para o ordenamento nacional, deixando o caso sem resposta.

Note-se, ainda, o caso *WABE*⁹⁵, que nos é aqui pertinente devido à questão das “políticas de neutralidade”. Neste processo, o TJ(UE) recorda mais uma vez que a utilização de políticas de neutralidade por parte das entidades empregadoras não constitui, obrigatoriamente, discriminação direta, e conclui que, no caso específico, a regra em causa é realmente válida, cumprindo com os requisitos ocupacionais genuínos. O tribunal afirma também que é legítimo que a empresa implemente este tipo de

⁹² Este ponto será aprofundado adiante.

⁹³ <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188853&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=417006>.

⁹⁴ Mestre, 2018, p. 6.

⁹⁵ <https://johan-callewaert.eu/wp-content/uploads/2021/09/WABE.pdf>.

regulamentos devido a preferências pessoais dos seus clientes, o que nos leva a concluir que a posição tomada pelo tribunal se mantém a mesma, julgando-se de certa forma benevolente em relação ao instituto dos critérios ocupacionais genuínos.

Estes casos afiguram-se de extrema importância para o nosso estudo porque, para além de serem dos casos mais mediáticos em volta do Direito Antidiscriminação, são casos que visam exatamente discriminação múltipla em função da religião e do sexo, precisamente os dois fenómenos discriminatórios que pretendemos estudar e tratar, permitindo com que se compreenda a falta de reconhecimento do fenómeno da discriminação múltipla e que esta pode resultar em prejuízo duplo para o trabalhador em causa.

Atendendo com mais pormenor ao caso *Achbita*, sabemos que a discriminação em função da religião foi, no caso, amplamente reconhecida. Sem embargo, nada se mencionou acerca da discriminação em função do sexo nesta situação; o TJ(UE) não concebeu sequer a hipótese de estar em cima da mesa uma circunstância discriminatória que não fosse a religião e pudesse, ao invés de a substituir, juntar-se a ela.

No entanto, se atentarmos no caso, rapidamente compreendemos que a discriminação em função do sexo assume também um papel de grande importância no desenvolvimento do mesmo. Se se tratasse de um trabalhador e não de uma trabalhadora, o problema não surgiria, pois o véu islâmico não estaria em uso, e o TJ(UE) omite totalmente a existência do caso nesta vertente, deixando de parte, mais uma vez, a existência do fenómeno da discriminação múltipla.

Ignorar este fator significa, na verdade, não compreender cabalmente o problema da discriminação em função da religião sempre que os cânones religiosos impõem condutas distintas a homens e a mulheres. E, em termos mais concretos, permite concluir que as permissões, nos moldes adotados pelo TJ(UE), das políticas de neutralidade religiosa se saldarem, afinal, num tratamento de desfavor, v. g., para as mulheres islâmicas. Ignorá-lo é ignorar uma parte do problema. Este caso lembra, aliás, o próprio surgimento do fenómeno da discriminação múltipla enquanto problema jurídico, onde as mulheres negras americanas compreenderam que estavam a ser desfavorecidas em relação às suas colegas de origem europeia, sendo que as normas de discriminação existentes não as protegiam⁹⁶.

Ana Maria Guerra Martins refere-se mesmo a esta omissão por parte do TJ(UE) como uma atuação infeliz do mesmo – a falta de reconhecimento do fator de discriminação múltipla, que, na verdade, também se verifica noutras instâncias⁹⁷. A falta de previsão no ordenamento jurídico origina a sua omissão nas decisões

⁹⁶ Rios & Silva, 2015a, pp. 11-37.

⁹⁷ Martins, 2019, pp. 105-109.

jurisprudenciais, formando um círculo vicioso de silêncio e uma espécie de receio por parte do Tribunal em encontrar uma solução mais ajustada para este tipo de questões. Uma realidade como a que vivemos neste contexto reflete um fenómeno de *sub-inclusão*, que consiste na exclusão indevida de certas circunstâncias discriminatórias integradas em fenómenos discriminatórios já sedimentados, por não se acharem pertinentes⁹⁸.

Este tipo de fenómeno de discriminação afeta e tem maior presença na discriminação em função do sexo em conjugação com os distintos fatores⁹⁹. A mulher é historicamente discriminada face ao homem, em junção com outros fatores como a religião, a etnia e a idade, forma uma barreira quase inultrapassável para as mulheres, que deverá ser acautelada devidamente pela legislação europeia e natural, pois indica ser a única solução razoável e eficaz para o problema que nos é apresentado.

As cinquenta sombras da discriminação múltipla: qualitativa (interseccional) e quantitativa (aditiva e composta)

Efetivamente, mais do que uma mera contagem de fatores discriminatórios, a discriminação múltipla pode mostrar-se qualitativamente distinta, em termos que devem ser analisados casuisticamente¹⁰⁰. Consoante isto, surgem vários modos de discriminação múltipla, sendo que é igualmente considerada a discriminação múltipla meramente quantitativa, que vai apenas aferir a existência de mais do que um fator discriminatório no caso em apreço¹⁰¹.

Fala-se, então, no seio da discriminação múltipla quantitativa, em discriminação aditiva ou composta. Discriminação aditiva descreve-se pelo ato discriminatório sofrido pela mesma pessoa, por mais do que um fator discriminatório, em momentos distintos. No caso da discriminação composta, os motivos verificam-se na mesma ocasião. Não obstante, o que parece aqui importar é a perspetiva quantitativa¹⁰².

A título de exemplo, poderíamos considerar como discriminação aditiva o caso de uma mulher com deficiência ser discriminada, num certo momento, devido a ser mulher, não sendo promovida em detrimento de um seu colega de sexo masculino e, noutro, por exemplo, não ter acesso a um certo edifício devido a ser portadora de deficiência e não haver acessos para ela¹⁰³. Vemos que se trata, de facto, de discriminação múltipla porque se baseia em mais do que um fator, mas falamos numa mera adição de fatores, que ocorrem em momentos distintos. Por outro lado, a discriminação composta compreende que os fatores discriminatórios ocorram na mesma situação, assim sendo,

⁹⁸ Rios & Silva, 2015a, p. 23.

⁹⁹ Cho, Crenshaw & McCall, 2013, pp. 785- 810.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Rios & Silva, 2015a, p. 23.

o exemplo de escola para estas conjunturas são os trabalhos em que se definem diversos critérios para acesso ao mesmo, e certos candidatos, maioritariamente os pertencentes a minorias, ficam em desvantagem em relação aos seus colegas. Ao prever-se certas exigências, está a incorrer-se na violação de fatores de discriminação que podem ser mais do que um e dentro de uma só situação¹⁰⁴.

Assim, comparando a discriminação múltipla quantitativa e qualitativa, denotamos que diferem acentuadamente. Apesar de a primeira reconhecer a presença de mais do que um fator de discriminação, fá-lo de uma forma pobre e certamente infeliz. O reconhecimento de um fenómeno como o da discriminação múltipla é importante exatamente pela sua dimensão qualitativa. O tratamento dado a um caso de discriminação múltipla deveria ser tido em conta mediante a sua situação material e específica. Denominarmos as variadíssimas formas de discriminação múltipla meramente quantitativa não é uma estratégia convergente com o problema que nos é apresentado, pois esse mesmo vai muito além da “quantidade” de fatores de discriminação que se encontram presentes numa situação concreta.

Destarte, consideramos que, apesar do interesse teórico em discriminar os vários tipos de discriminação múltipla, nomeadamente dentro da categoria que apelidamos de quantitativa, não passa exatamente de teórico, pois, como veremos, a discriminação múltipla ajusta-se e adapta-se a cada situação precisamente na sua dimensão valorativa.

Mais uma vez, não nos podemos esquecer que os conceitos que apresentámos em cima estão dentro de uma discriminação múltipla quantitativa e não qualitativa. Uma dimensão qualitativa implicaria a utilização de uma análise e compreensão das experiências discriminatórias de cada grupo de indivíduos¹⁰⁵, como agora depreenderemos.

Posto isto, compreendemos que, materialmente, a discriminação múltipla interseccional¹⁰⁶, que tem por norma a análise e harmonização dos vários fatores identificados, se originou a partir da perceção que se foi tendo em relação à discriminação em função do sexo. A mulher pertencente a uma certa minoria, por exemplo, étnica, está sujeita a variadíssimos fatores de discriminação conjunta¹⁰⁷, diferentemente de uma mulher branca, ou de um homem pertencente a idêntica minoria, como aliás pudemos ver no caso *Achbita*. Este enquadramento torna possível a mitigação de um fator em detrimento do outro, que é exatamente o que queremos que não suceda.

¹⁰⁴ European Commission, 2007, p. 16.

¹⁰⁵ Rios & Silva, 2015b, pp. 44-49.

¹⁰⁶ Há quem se refira a este conceito como um fenómeno que “implica análise contextualizada, dinâmica e estrutural a partir mais de um critério proibido de discriminação” – Rios & Silva, 2015b, p. 23.

¹⁰⁷ Rios & Silva, 2015b, p. 24.

Nesta sequência devemos adiantar o conceito de discriminação interseccional, que iremos abordar com profundidade seguidamente. A discriminação múltipla interseccional caracteriza-se por um ato discriminatório que ocorre devido a dois ou mais fatores discriminatórios que se interligam, não sendo possível a sua separação para a análise dos casos¹⁰⁸.

É necessário que se faça uma análise material da situação em causa “considerando as experiências específicas do grupo subordinado”¹⁰⁹. A discriminação interseccional vem abrir um caminho para o desenvolvimento da própria discriminação múltipla, na medida em que uma análise qualitativa e a perceção dos efeitos que são realmente produzidos pela discriminação múltipla é o que vai também permitir a compreensão da perigosidade que assume um fenómeno como este, sem estar formalmente previsto. A discriminação múltipla interseccional surge a partir do que chamamos de teoria interseccional, que iremos agora aprofundar detalhadamente.

A teoria interseccional

Ao mesmo tempo que se aprofundam os estudos sobre a discriminação múltipla, tona-se inevitável conjugá-la com a teoria da interseccionalidade e tentar integrá-la no processo de harmonização da discriminação múltipla¹¹⁰. Alguns consideram até que esta se confunde com a própria discriminação múltipla enquanto conceito¹¹¹. A teoria interseccional foi conceptualizada por Kimberlé Crenshaw¹¹², em 1989, com o principal objetivo de empoderamento feminino¹¹³.

Esta teoria é conceptualizada para articular e analisar a experiência daqueles que vivenciam fenómenos de discriminação múltipla. As pessoas são pertencentes a inúmeras categorias sociais que se interligam, e essa pertença está integrada nos vários sistemas de poder sociais e políticos, o que origina diferentes desigualdades sofridas pelos trabalhadores que fazem parte desses diferentes grupos¹¹⁴, afetando particularmente as pessoas em situações sociais mais débeis.

Porquanto, surge nesta construção a originária visão de discriminação múltipla para que queremos chamar a atenção aqui. Como afirmámos, pensamos que quase, senão todos, os casos de discriminação envolvem uma componente de discriminação

¹⁰⁸ European Commission, p. 17.

¹⁰⁹ Rios & Silva, 2015b, p. 24.

¹¹⁰ Cho, Crenshaw & McCall, 2013, pp. 785-810.

¹¹¹ Weichselbaumer, 2020, pp. 600-627.

¹¹² Kimberlé Williams Crenshaw é uma jurista americana formada pela Faculdade de Direito da Universidade de Harvard e dedica-se, maioritariamente à defesa dos direitos civis dos cidadãos norte-americanos, dedicando a sua pesquisa científica à teoria crítica da raça.

¹¹³ Araújo, 2022, pp. 573-788.

¹¹⁴ APS Group Scotland, 2022, p. 3.

múltipla, especialmente de discriminação múltipla dita material, permitindo esta teoria uma ajuda na construção de pilares para o reconhecimento da mesma.

Esta tese permite que os vários fatores discriminatórios se interliguem e comuniquem no sentido de tomar em consideração as mais diversas dinâmicas e diferenças entre os indivíduos, mostrando maior adequação relativamente ao fenómeno da discriminação assente em mais do que um fator. A interseccionalidade surge com o movimento de críticas que foram dirigidas aos tribunais americanos, pela sua incapacidade em reconhecer o desfavorecimento das mulheres negras, em específico, em relação a outros indivíduos, em sede discriminatória¹¹⁵.

A discriminação interseccional pode ser caracterizada como discriminação com base em mais do que um fator, sendo que a contribuição específica de cada um dos fatores é imprescindível, em termos tais que a discriminação, no seu todo, apenas pode ser reconhecida através da combinação de todos os fatores envolvidos¹¹⁶. Isto difere do conceito de discriminação múltipla em geral e, em especial, da discriminação múltipla meramente quantitativa. A complexidade desta teoria tem vindo a ser criticada, por representar um conceito particularmente desafiante para o contencioso e, até, para o seu desenvolvimento em estudos jurídicos¹¹⁷.

No entanto, em alguns casos americanos, este modelo de compreensão tem vindo a ser tido em consideração¹¹⁸. Ainda assim, em geral, a tendência é para desconsiderar a eventualidade de discriminação múltipla qualitativa e substituí-la por discriminação em relação a um fator com uma espécie de variante. Existe aqui também uma manifesta insuficiência de instrumentos jurídicos, sendo sempre a discriminação interseccional apenas referida de uma forma ténue e quase impercetível¹¹⁹, acabando por não ter grandes implicações na construção do conceito de discriminação múltipla.

Assim, vendo nós a teoria interseccional como parte integrante do direito antidiscriminação, nomeadamente da discriminação múltipla, assume-se a última como aliada ao sistema opressivo de que certos grupos de pessoas são alvos, permitindo a teoria interseccional certamente uma dimensão social ao direito antidiscriminação, de modo que se aderece injustiças específicas que, de outro modo, passariam despercebidas¹²⁰.

Compreendendo, assim, a teoria da interseccionalidade, devemos olhar para a obra de Kimberlé Crenshaw¹²¹, que analisa a teoria interseccional como o exemplo perfeito

¹¹⁵ Schiek, 2018, p. 3.

¹¹⁶ Schiek, 2018, p. 4.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Por exemplo nos casos: *DeGraffenreid*, *Payne v. Trevand* e *Moore v. Hughts*.

¹¹⁹ Rios & Silva, 2015b, p. 31.

¹²⁰ Schiek, p. 6.

¹²¹ Pioneira nesta matéria, como vimos anteriormente.

da discriminação múltipla experienciada pelas mulheres negras na América¹²². A autora usa o caso “*DeGraffenreid*” como exemplo *máxime* da discriminação interseccional, pois, no caso, foi implementada na empresa uma medida que discriminava em muito maior proporção as mulheres negras em relação a mulheres brancas, homens brancos e homens negros. O caso surgiu porque esse grupo de mulheres negras desafiou o modelo que as punha em desvantagem em relação aos seus iguais¹²³. A recusa do reconhecimento das mulheres negras como uma classe protegida tem vindo a tornar-se um símbolo para o ângulo morto que a discriminação interseccional ocupa neste tipo de situações¹²⁴, tendo sido essencial para a compreensão do conceito de discriminação múltipla como uma realidade prática. A interseccionalidade funciona até como uma forma de entender conceitos como o género, classe ou etnia não como fatores separados de discriminação, mas como fatores que mutuamente se constroem e desenvolvem¹²⁵, gerando uma *dupla opressão (double oppression)*¹²⁶.

Apesar do que mencionámos quanto ao direito americano, em boa franqueza, o mesmo não parece que tenha vindo a suceder no seio da UE. Nos três casos paradigmáticos de discriminação múltipla que vimos anteriormente¹²⁷, a verdade é que nada se faz nem quaisquer medidas se tomam e, na verdade, a UE vai mais longe na sua inércia, reconhecendo numa dessas decisões a tese da teoria interseccional nas suas conclusões do advogado geral¹²⁸, mas não a reconhecendo nas outras decisões, que se prendem com a discriminação a mulheres pertencentes a uma minoria religiosa¹²⁹. O termo de discriminação interseccional ainda não é sequer mencionado em qualquer legislação, *soft law* ou jurisprudência europeia¹³⁰.

A discriminação múltipla surge nomeadamente no seio das minorias, sejam elas étnicas ou religiosas. Na verdade, estes cidadãos são mais propícios a receber este tipo de discriminação e, como tal, devemos tomar especial consideração a estes. Na ideia de que a discriminação isolada existe e afeta um certo número de pessoas, é necessário compreender quem realmente é afetado e sofre com as conjunturas discriminatórias¹³¹. Compreendendo isso, facilmente se conclui que a discriminação surge, na maioria das vezes, não isolada, mas em consonância com vários fatores.

Assim, deverá o direito antidiscriminação inclinar-se no sentido de resolver igualmente as questões fulcrais que estão no seio do ato discriminatório? Não estrarão

¹²² Crenshaw, 1991, pp. 1241-1299.

¹²³ Crenshaw, 1991, 1241-1299.

¹²⁴ Schiek, p. 6.

¹²⁵ Weldon, 2008, pp. 193-218.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ Casos Achbita, Bouganouni e WABE.

¹²⁸ No caso Achbita.

¹²⁹ Schiek, p. 6.

¹³⁰ Schiek & Chege, 2009, p. 33.

¹³¹ Weichselbaumer, pp. 600-627.

as instituições europeias a pensar mais além quando constroem uma diretiva geral, sem mencionar fenómenos como o da discriminação múltipla? Enquanto seres humanos e sociedade, não estamos preparados para fazer uma reflexão prévia sobre a discriminação múltipla, tendo a lei de acautelar isso mesmo: é como uma forma de regressão na lei, para um resultado progressivo do da vida em sociedade.

Como explanámos anteriormente, a teoria interseccional assume um papel fulcral na tomada de consciência do fenómeno da discriminação múltipla. Torna-se evidente, até, a sua importância na integração do princípio da igualdade como fonte do direito antidiscriminatório¹³². Vimos que o princípio da igualdade não se pode confundir com o princípio da não discriminação, e não podemos, de facto, descurar o direito antidiscriminação em detrimento da cláusula geral do princípio da igualdade. Não obstante, o princípio da igualdade evidencia-se como um dos pilares do direito antidiscriminação. Ao integrarmos a teoria interseccional na discriminação múltipla e, por conseguinte, no seio do direito antidiscriminação, estamos a deixar claro que se quer fazer cumprir os mandamentos do princípio da igualdade, a partir de uma análise contextualizada e casuística do mesmo nos respetivos casos de discriminação múltipla.

Esta integração da interseccionalidade na perceção da discriminação parece apontar para o um “processo centrifugal” (*centrifugal process*)¹³³. A teoria interseccional passa de um conceito que surgiu num certo contexto específico para um plano manifestamente mais abrangente. É adaptável às mais distintas áreas de estudo, sejam elas a Ciência Política, as Ciências Naturais¹³⁴ ou, no nosso caso, o Direito, onde pode atuar no sentido de fazer repensar conceitos como raça, etnia, religião, e género¹³⁵, adaptando-os aos problemas atuais dentro do Direito Antidiscriminação.

De uma outra forma, pode ainda lograr uma abertura de sistemas enclausurados, como os que vimos, tornando-os cada vez mais permeáveis a novas conjunturas sociais, deixando de lado as “convenções disciplinares” (*disciplinary conventions*)¹³⁶ construídas em volta da matéria que aqui tratámos, permitindo trazer alguma luz às mesmas.

A interseccionalidade pretende derrubar duas barreiras muito importantes que se foram formulando nas políticas antidiscriminatórias.¹³⁷ Como conceptualizado por Kimberlé Crenshaw, até ao momento têm sido adotadas políticas com tendência para a *superinclusão* e para a *subinclusão*. Por um lado, o tratamento de um determinado

¹³² Rios & Silva, 2015b, p. 31.

¹³³ Cho, Crenshaw & McCall, 2013, p. 792.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ Alonso, 2010, pp. 25-43.

problema exclusivo a um grupo de indivíduos como se fosse um problema geral, e o contrário, a adoção de medidas concretas para um problema que se afigura como geral¹³⁸.

Perante isto, concebemos que a interseccionalidade permite a abordagem da discriminação de uma forma menos manifestamente simplista, como tem vindo a ser analisada até ao momento. A experiência discriminatória tem vindo a ser tratada pelos órgãos políticos como um problema singular, totalmente estagnado e sem interseção entre os seus intrínsecos problemas, e a interseccionalidade pode surgir como uma das possíveis abordagens a esta temática. Subavaliada, a discriminação múltipla merece um tratamento abrangente e detalhado, que a interseccionalidade poderia, porventura, ancorar.

O seu *modus operandi* busca exatamente repiscar as interligações e conexões que existem necessariamente dentro da nossa sociedade, e procura levá-las ao campo do reconhecimento político, de uma forma articulada ao direito discriminatório já existente.

Não podemos esquecer que a aplicação da interseccionalidade, por exemplo, na implementação de políticas públicas não vai diretamente desvendar todas as lacunas que existem neste campo; porventura, como referimos, poderia engrenar a mudança de pensamento quanto ao tema e permitir a criação de previsões realistas quanto à discriminação múltipla. Apesar de se pautar por um modelo que se assemelha em muito a uma possível solução para o nosso problema, a interseccionalidade não é imbatível, e existe quem conceba que pode levar a uma *regressão infinita (Infinite regress)*¹³⁹, até que nos deparemos apenas com “casos individuais”, aqueles que dissemos “não existir”, aquando da explanação do fenómeno da discriminação múltipla.

O argumento assenta essencialmente na tese contrária, que defende o fenómeno da interseccionalidade. Assim, como referimos, conceptualiza-se a teoria interseccional exatamente para unir fatores discriminatórios e ligá-los entre si. Esta doutrina divergente vem-nos dizer exatamente que se vai perder a análise mais abrangente que se faz com as atuais políticas antidiscriminatórias, pois parecem crer que o problema fulcral reside nessa análise mais vaga, de modo a dar alcance a mais situações discriminatórias¹⁴⁰.

Apesar de compreendermos a raiz deste pensamento e de lhe darmos todo o valor, concordamos com a posição que defende que uma análise contextualizada é significativamente mais segura e justa do que uma análise geral, não adaptada aos problemas que, de facto, se apresentam no caso em apreço.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ Weldon, 2008, pp. 193-218.

¹⁴⁰ Young, 1994, pp. 713-378.

Assim, mantemos a posição em que afirmamos que a teoria da interseccionalidade seria uma das felizes opções para dar solução ao problema da discriminação múltipla, pelos motivos que em cima apresentámos.

III. Considerações finais

1. O enquadramento da discriminação múltipla: à procura de soluções e previsões, os possíveis caminhos a tomar

Como temos vindo a mencionar, temos como objetivo a abordagem da problemática da discriminação múltipla enquanto mecanismo de extrema relevância no seio do Direito Antidiscriminação.

Na verdade, devemos começar por admitir que as próprias políticas de Direito Antidiscriminação se focam sempre em grandes grupos de pessoas, ou, melhor dizendo, num grupo bastante abrangente em relação ao fator discriminatório¹⁴¹. No entanto, não estará esta abrangência a pôr em causa a perceção de problemas importantes dentro dos próprios grupos? E não serão estes grupos precisamente os que são alvo de situações em que estão em causa mais do que um fator de discriminação, sendo estes deixados de parte porque estamos unicamente preocupados com o grande escopo?

Será de considerar que a forma como as políticas e previsões de proibição de discriminação são construídas é prejudicial e deixa de parte certas necessidades que deveriam ser satisfeitas. Tais necessidades advêm de grupos mais pequenos de trabalhadores com características inerentes que devem ser respeitadas e tomadas em consideração, pois as políticas antidiscriminação parecem mostrar uma certa insuficiência no que toca às minorias, os indivíduos mais afetados pela discriminação. Desta forma, é necessário que o Direito os reconheça e não deixe de parte o que é o dia-a-dia e a própria vida de trabalhadores e trabalhadoras de todas as regiões.

Paola Uccellari¹⁴² sublinha a falta de previsão deste fenómeno discriminatório por parte da legislação europeia. Não obstante, faz referência ao facto de essa mesma legislação mencionar a discriminação múltipla e considera que, por interpretação extensiva, poderíamos de certa forma considerar que o ordenamento jurídico europeu a prevê.

Com efeito, se assim não for, e se o objetivo do Direito da União Europeia é proteger os seus cidadãos em relação às várias funções discriminatórias que possam existir, a verdade é que, na falta de previsão de discriminação múltipla, excluem-se inúmeras situações que deixam de ser tidas em conta pelo simples facto de não se ter em atenção que, na mesma situação, pode existir mais do que um fator de discriminação¹⁴³.

Vimos em busca de uma reflexão em torno do fenómeno da discriminação múltipla. Desde a falta de reconhecimento ao que nos parece uma atitude judicial um

¹⁴¹ Uccellari, 2008, pp. 24-49.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ *Ibidem*.

tanto receosa, a perceção social que testemunhámos quando examinámos o contexto prático da discriminação múltipla é a de que este conceito ainda postula um leque de problemas não resolvidos.

Pensámos em várias abordagens ao tema, desde a sua origem nas revoluções sociais americanas, ao problema que temos, a nível europeu, sobre como enquadrar este fenómeno. A política *Estado a Estado* afigura-se perigosa e salientámos que, com a diversidade de culturas e identidades presentes na europa, certos grupos de pessoas são alvos mais comuns deste tipo de fenómeno.

Conjugar todos estes fatores faz parte dos deveres da UE enquanto instituição unificadora de todos os EM, certificando-se da liberdade e segurança de todos os seus cidadãos, pois não se olvide que aqui se tratam direitos fundamentais, que apenas em raros e determinados casos podem ser ultrapassados ou suprimidos. As diretivas desejavam alcançar algo para que não estamos preparados, e resolver o problema é função da UE.

Não nos podemos esquecer do cumprimento estatal das regras europeias, essencial para o cumprimento das mesmas, sem embargo do mote europeu. Cada Estado deve adotar as respetivas medidas de modo que se possam harmonizar com as demais e se permita criar um espaço de segurança jurídica em sede de discriminação múltipla.

Deste modo, considerámos uma abordagem comunitária a este problema como a solução que mais se adequa ao mesmo. É incerto saber desde já que tipo de políticas adotar de modo a fazer compreender a discriminação múltipla dentro das normas da União. Abordámos a perspetiva interseccional de modo a auxiliar a abertura deste caminho aos órgãos legislativos e de poder. Configurámos que uma análise integrada do que é a política antidiscriminação neste momento, e o que queremos que ela seja, é um início sensato na procura de soluções. Há que repensar os conceitos e, sobretudo, interligá-los, pois compreendemos que, a montante, as adversidades surgem do carácter extremamente individual das políticas antidiscriminação. É necessário que se concebam as pessoas como elas são e não como o sistema social as interpreta. Compreender que a identidade de cada um é única e merece ser reconhecida parece o mínimo do cumprimento do princípio da igualdade e das considerações antidiscriminatórias que parecemos querer realmente enaltecer.

Assentámos então na defesa da interseccionalidade como o princípio do caminho que é necessário percorrer. Vimos que, apesar de todos os pontos positivos que esta tese apresenta, *maxime* a permissão para a proteção das várias características de cada pessoa, não é uma teoria inabalável, e todos os pontos são de considerar aquando da exposição deste assunto dentro do processo legislativo. No entanto, a intervenção é urgente e, como tal, assumir um percurso que já tem um início parece mais ágil do que inaugurar um

sistema independente que leve à proteção e reconhecimento da discriminação múltipla e, assim sendo, analisadas as várias abordagens, a teoria interseccional denota-se como a mais adequada para o fazer, propondo uma reavaliação e análise do sistema antidiscriminação já montado e sua reestruturação, incluindo nele a discriminação múltipla e a interpretação e cuidado especial de que ela necessita.

A UE parece estar ciente do problema(s) que surge(m), por exemplo, no reconhecimento da existência da discriminação múltipla no considerando 3 da Diretiva 2000/78. Assim, doravante, há que existir um esforço e uma maior atenção a estas conjunturas para que, utilizando o caminho da interseccionalidade, se possa chegar a um panorama geral mais protetor do ente discriminado.

Súmula e notas finais

Aqui chegados, cumpre uma reflexão final do trabalho realizado até aqui. Começámos por introduzir o Direito Antidiscriminação e interligá-lo com o Direito do Trabalho, apesar de o primeiro ser considerado como ramo autónomo do Direito. Concebemos o Direito Antidiscriminação e as suas especificidades, tendo isto levado ao fenómeno da discriminação múltipla.

Denotámos a sua realidade e praticidade na vida, assim como a sua quase total renegação por parte das autoridades políticas e legislativas do mesmo. Compreendendo a sua importância, mais difícil se torna ignorar o fenómeno e, assim, pensámos em como o enquadrar nos nossos sistemas jurídicos.

Os casos são particularmente graves porque envolvem sempre a esfera dos direitos fundamentais dos indivíduos. Vimos o sexo e a religião como principal exemplo deste problema e aprofundámos alguns casos decididos pelo TJ(UE), que acabaram, maioritariamente, sem solução. Perante este panorama, pensámos em várias soluções de integração e reconhecimento, sendo que a que mais nos chamou à atenção foi a teoria interseccional. Uma análise integrada, comparativa e casuística de cada situação, princípios postulados por esta teoria, compreendem, a nosso ver, a melhor jornada a fazer. Afigura-se como uma solução sensata e despretensiosa para atingir o objetivo que reiterámos.

Pede-se então intervenção dos respetivos órgãos competentes, no sentido de harmonizar o cenário existente em Direito Antidiscriminação. Um ramo atual, mas de problemas persistentes e resilientes, não deve ser deixado de lado, no sentido de as normas gerais já existirem e estarem em vigor. Contamos com uma sociedade e um universo de trabalho em constante mutação. Destarte, o Direito Antidiscriminação deve acompanhar todas estas transformações, facilitando a vivência dos trabalhadores da UE.

Bibliografia

- ABRANTES, J.J. (2018). Igualdade e discriminação no trabalho em razão da religião. In *Estudos do Direito do Trabalho*. Lisboa: AAFDL.
- ALONSO, A. (2010). A introdução da interseccionalidade em Portugal: Repensar as políticas de igualdade(s). *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 90, pp. 25-43.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. (2019). La igualdad y no discriminación de los trabajadores migrantes: Una perspectiva jurídico-constitucional. In M.R. Palma Ramalho & T.M. Coelho. *A igualdade nas relações de trabalho*. Lisboa: AAFDL Editora.
- APS GROUP SCOTLAND (2022). *Using intersectionality to understand inequality in Scotland: Evidence synthesis, Scottish Government*. Crown Copyright.
- ARAÚJO, F.S. (2022). A potencialidade da teoria interseccional para assegurar a igualdade entre mulheres que enfrentam distintas formas de opressão. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, vol. 3, pp. 573-788.
- CHO, S., CRENSHAW, K. & MCCALL, L. (2013). Toward a field of intersectionality studies: Theory, applications, and praxis. *Journal of Woman in Culture and Society*, vol. 38, no. 4, pp. 785-810.
- CHOPIN, I. & GERMAINE, C. (2017). *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2017*. Luxembourg Publications: Office of the European Union, European Union.
- COELHO, T.M. (2016). *Estudos de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina.
- CRENSHAW, K. (1991). Mapping the margins: Intersectionality, identity, politics and violence against women of color. *Stanford Law Review*, vol. 43, no. 6, pp. 1241-1299.
- DEAKIN, S. & MORRIS, G.S. (2012). *Labour law*. Hart Publishing.
- DRAY, G. (2022). *Direito do trabalho e cidadania*. Coimbra: Almedina.
- EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND INCLUSION (2007). *Tackling multiple discrimination: practices, policies and laws*. Publications Office.
- FREDMAN, S. (2005). Double trouble: Multiple discrimination and EU Law. *European Anti-Discrimination Law Review*, vol. 2, pp. 13-20.
- LIDDELL, R. & O'FLAHERTY, M. (2018). *Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação*. Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia e Conselho da Europa.
- MACHADO, S.S. (2021). *A liberdade religiosa na relação laboral*. Coimbra: GESTLEGAL.
- MARTINS, A.M.G. (2019). *Estudos de direito internacional e da União Europeia/ Essays on international and European Union law*. Coimbra: Almedina.
- MESTRE, B. (2015). Sobre o conceito de discriminação – uma perspetiva contextual e comparada. *Direito e Justiça*, n.º 1 (especial), pp. 377-410.
- MESTRE, B. (2016). A evolução da jurisprudência do TJUE sobre símbolos religiosos no local de trabalho: densificação e convergência com o TEDH in Jornadas Regionais de Direito do Trabalho: Memórias. In *Jornadas Regionais de Direito do Trabalho*, pp. 157-175. Ponta Delgada: Direção Regional do Emprego e Qualificação Profissional, 2016.

- MESTRE, B. (2018). A jurisprudência recente do TJUE e do TEDH sobre a exibição de símbolos religiosos no local de trabalho: Uma leitura à luz do pensamento de Jürgen Habermas. *Julgar Online*, janeiro.
- MESTRE, B. (2020). *Direito antidiscriminação – uma perspetiva europeia e comparada*. Porto: Vida Económica – Editorial SA.
- PISKO, S. (s.d.). (Un?)lawful religious discrimination. *Drexel Law Review*, vol. 9:101, pp. 101-128.
- PRIGOL, N. & VILLATORE, M.A. (2018). As organizações de tendência confeccionais sob a ótica das relações de emprego. *Revista dos Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, pp. 314-325.
- RIOS, R.R. & SILVA, R. (2015a). Discriminação múltipla e discriminação interseccional: Aportes do feminismo negro e do direito antidiscriminação. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n.º 16, pp. 11-37.
- RIOS, R.R. & SILVA, R. (2015b). Democracia e direito da antidiscriminação: Interseccionalidade e discriminação múltipla no direito brasileiro. *Ciência e Cultura*, vol. 69, n.º 1, pp. 44-49.
- ROUXINOL, M. (2020). Algumas questões novas sobre a discriminação de género: O problema da identidade de género e o problema da diferenciação da aparência física. In *Constitucionalidade e (com)temporaneidade – Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Afonso Vaz*, pp. 545-574. Porto: Universidade Católica Editora.
- SCHIEK, D. & CHEGE, V. (2009). *European non-discrimination law – Comparative perspectives on multidimensional equality law*. Oxford: Cavendish Publishing.
- SCHIEK, D. (2018). On uses, misuses and non-uses of intersectionality before the Court of Justice (EU). *International Journal of Discrimination and the Law*.
- SOLANKE, I. (2011). Infusing the silos in the Equality Act 2010 with synergy. *Industrial Law Journal*, no. 40, pp. 336-358.
- UCCELLARI, P. (2008). *The equal rights review – vol. 1: The equal rights trust*.
- WEICHSELBAUMER, D. (2020). Multiple discrimination against female immigrants wearing headscarves. *ILR Review*, vol. 73, no. 3, pp. 600-627. <http://journals.sagepub.com/home/ilr>.
- WELDON, S.L. (2008). Intersectionality. In G. Goertz & A. Mazur (dir.). *Politics, gender and concepts, theory and methodology*. 2008, pp. 193-218.
- XENIDIS, R. (2018). Multiple discrimination in EU anti-discrimination law towards redressing complex inequality?”. In U. Belavusau & Kr. Henrard, *EU anti-discrimination law beyond gender*, pp. 41-74. Oxford, Portland: Hart Publishing.
- YOUNG, I.M. (1994). Gender as seriality: Thinking about women as a social collective. *Signs*, vol. 19.
- ZIMMER, M.J., SULLIVAN, C.A. & WHITE, R.H. (2008). *Cases and materials on employment discrimination*, 7th edition. Aspen Publishers.

**O Regulamento Europeu das Sucessões na perspetiva da
liberdade de circulação e autonomia privada
do autor da sucessão**

Maria João Miranda da Costa

Sob orientação da Professora
Doutora Maria Rita Aranha da Gama Lobo Xavier

Ao meu avô Costa.
À minha tia Cidália.
Ao meu amigo Rui Lino.
Por estarem sempre comigo.

Agradecimentos

À minha orientadora, a Professora Doutora Rita Lobo Xavier, expresso o meu maior agradecimento, por exponenciar o meu interesse pelo Direito das sucessões, pela incitação ao pensamento crítico, pelas horas despendidas em reuniões, pela prontidão no esclarecimento de dúvidas e fornecimento de materiais necessários.

À minha família um especial obrigado, pelo apoio incondicional e pela motivação constante na prossecução da minha formação académica. Em particular, aos meus pais, o meu sincero e profundo agradecimento, por todo o esforço e pela felicitação de todas as minhas conquistas.

À minha avó Alice, por toda a fé depositada em mim.

À minha irmã Ema e ao meu cunhado André, por confiarem vivamente nas minhas capacidades, munindo-me do alento necessário para a prossecução dos meus objetivos.

Às minhas sobrinhas, Alice e Carminho, pela esperança e felicidade transmitida nos momentos de maior dificuldade.

Ao Carlos Miguel, pelo amor, amizade e por estar sempre do meu lado.

Às minhas eternas amigas de Coimbra, Mariana, Joana, Maria João e Maria Beatriz, por partilharem comigo alguns dos melhores momentos da minha vida e que certamente nunca esquecerei.

Resumo

O Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e criação de um Certificado Sucessório Europeu, estabelece um conjunto de objetivos, sendo de destacar o de contribuir para o desenvolvimento de um espaço de liberdade, segurança e justiça, o de facilitar o funcionamento do mercado interno e o de possibilitar a organização antecipada da sucessão. A concretização destes objetivos agilizou a harmonização do direito conflitual, unificou a lei aplicável à sucessão e reforçou a autonomia privada do autor da sucessão.

No entanto, subsistem algumas dificuldades na sua aplicação, designadamente, a persistência na invocação da diversidade dos diferentes ordenamentos jurídicos, que se manifesta na possibilidade de aplicar a clássica cláusula de ordem pública internacional (*ordre public*) e o recurso à exceção de fraude à lei, que evidenciam uma desconfiança perante o cidadão que exerce o seu direito de livre circulação. Os problemas suscitados pela aplicação do RES devem ser resolvidos à luz dos seus objetivos, os de propiciar a autonomia privada do autor da sucessão e incentivar a livre circulação de pessoas e não de os dificultar.

Palavras-chave: Regulamento Europeu das Sucessões; sucessão transfronteiriça; autonomia privada; livre circulação de pessoas; *professio iuris*; ordem pública internacional; fraude à lei.

Abstract

Regulation (EU) No. 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of European Certificate of Succession establishes a set of objectives, including contributing to the development of an area of freedom, security, and justice, to facilitate the functioning of the internal market and to enable the organization of succession in advance. The achievement of these objectives has streamlined conflict-of-laws harmonization, unified the applicable law to the succession, and strengthened the private autonomy of the person whose estate is involved.

However, there are still some difficulties in its application, namely the persistence in invoking diversity among most laws, which is manifested in the possibility of applying the classic clause of public policy (*ordre public*) and the *fraude à la loi*, which demonstrate a lack of trust towards the citizens who exercise their right of free movement. The problems raised by the application of the RES should be resolved considering its objectives to promote the private autonomy of the person whose estate is involved and to encourage the free movement of persons, not to hinder it.

Keywords: European Succession Regulation; cross-border succession; private autonomy; free movement of persons; *professio iuris*; international public policy; *fraude à la loi*.

Lista de siglas e abreviaturas

AA. VV.	Autores Vários
Ac.	Acórdão
Al.(s)	Alínea(s)
Art.(s)	Artigo(s)
CC	Código Civil
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
Cfr.	Conforme
CRP	Constituição da República Portuguesa
Ed.	Edição
EM	Estados Membros
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
N.º(s)	Número(s)
P(p).	Página(s)
RES	Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de julho de 2012 relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu
STE	Supremo Tribunal Espanhol
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TGI	Tribunal da <i>Grande Instance de Nanterre</i>
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TUE	Tratado da União da Europeia
UE	União Europeia
Vol.	Volume

Índice

Introdução	8
Capítulo I: Aspectos gerais do Regulamento das Sucessões na perspectiva do planeamento sucessório	9
1. Trabalhos preparatórios	9
1.1. A concretização de um aspeto fundamental da cidadania europeia	9
2. Harmonização do direito conflitual e aplicação de uma única lei à sucessão transfronteiriça	10
3. O critério supletivo da residência habitual	12
4. Autonomia privada e a escolha da lei aplicável	14
5. Impacto do Regulamento no planeamento das sucessões transfronteiriças	16
Capítulo II: O reconhecimento da autonomia privada do autor da sucessão no contexto do Regulamento das Sucessões	17
1. Limitações e problemas da autonomia privada no contexto do Regulamento	17
1.1. A limitação da escolha de lei aplicável à sucessão transfronteiriça	17
1.1.1. A exceção prevista na norma do n.º 2 do art.21.º do Regulamento	18
1.1.2. A apreciação do conceito de residência habitual no caso de Johnny Hallyday	19
1.2. O recurso à exceção de ordem pública internacional	20
1.3. A incompatibilidade do “droit de prélèvement compensatoire” do art. 913 do Code Civil com o Regulamento das Sucessões	23
2. O papel da autonomia privada do autor da sucessão na criação de um espaço sem fronteiras	24
Capítulo III: A exceção de fraude à lei enquanto entrave ao exercício do direito fundamental de livre circulação de pessoas	26
1. A exceção de fraude à lei no Regulamento das Sucessões	26
2. O impacto da “dupla faceta” do Regulamento no planeamento sucessório	27
3. A intenção de proteger a reserva hereditária	28
4. Os “emigrantes” de segunda e terceira geração e o recurso à exceção de fraude à lei	30
5. O exercício do direito fundamental de livre circulação de pessoas	31
Conclusões	33
Referências bibliográficas	36
Publicações oficiais	39
Jurisprudência	40

Introdução

A União Europeia tem competências para adotar medidas de cooperação judiciária em matéria civil, com incidência transfronteiriça, quando essas sejam cruciais para o bom funcionamento do mercado interno, garantindo que as dissimilaridades entre as ordens jurídicas dos Estados-Membros não obstem o acesso à justiça e exercício de direitos (art. 81.º, n.º 2, al. c) do TFUE). No art. 3.º, n.º 2 do TUE e art. 67.º do TFUE, sublinha-se a imperatividade da criação e desenvolvimento de um “espaço de liberdade, segurança e justiça”, onde se assegura a livre circulação de pessoas.

O Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e criação de um Certificado Sucessório Europeu, veio colmatar necessidades há muito sentidas, e reforçadas com o aumento do fluxo migratório, almejando ultrapassar a diversidade de normas materiais e processuais de Direito Sucessório nos vários ordenamentos jurídicos e facilitar a livre circulação de pessoas.

Um dos objetivos primordiais deste Regulamento é o de facilitar a organização antecipada do planeamento sucessório. Como tal, reconheceu-se como critério fundamental a autonomia privada do autor da sucessão, manifestado, sobretudo, na possibilidade de escolher a lei aplicável à sua sucessão.

No presente trabalho pretende-se abordar algumas dificuldades que persistem na aplicação do RES, designadamente, a persistência na invocação da diversidade dos diferentes ordenamentos jurídicos, que evidencia uma certa desconfiança perante o cidadão que exerce o seu direito de livre circulação

Num primeiro momento, analisar-se-ão os objetivos gerais do Regulamento, na perspetiva do planeamento sucessório, procurando compreender-se as razões que estiveram na sua origem e a importância do reforço da autonomia privada, em especial quanto às disposições mortis causa.

Num segundo momento, atentaremos nos problemas suscitados pelo multiculturalismo e nas eventuais limitações ao exercício da liberdade e autonomia privada do autor do planeamento sucessório decorrentes do Regulamento.

Finalmente, versar-se-á a questão da fraude à lei, mencionada no considerando 26 do Regulamento, procurando averiguar as razões que subjazem à desconfiança associada à escolha da lei no contexto do planeamento sucessório.

Capítulo I: Aspectos gerais do Regulamento das Sucessões na perspetiva do planeamento sucessório

1. Trabalhos preparatórios

A publicação no Jornal Oficial da União Europeia, no dia 27 de Julho de 2012, do Regulamento das Sucessões, e a sua entrada em vigor em Agosto de 2015, representam um marco na solidificação do Espaço Europeu de Justiça Comum¹.

A necessidade de regulação das sucessões transnacionais já há muito se fazia sentir², designadamente, a resolução satisfatória dos problemas suscitados numa sucessão transfronteiriça, tal como a dificuldade que existia para que o cidadão planeasse a sua sucessão com algum grau de previsibilidade e segurança³.

O Regulamento das Sucessões representa o culminar de um vasto processo⁴ que reforça a liberdade e assegura o direito fundamental que assiste a todos os cidadãos de se deslocarem e residirem livremente noutros Estados-Membros.

1.1. A concretização de um aspeto fundamental da cidadania europeia

Este processo, até à data com êxito limitado⁵, resultou na apresentação da Proposta de Regulamento Europeu das Sucessões, em 14 de outubro de 2009, e no Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de julho de 2012.

¹ Marinho, 2015, p. 28.

² Xavier, 2022, p. 2; Baldus, 2009; García, 2015, pp. 15-17. Todos os anos, ocorrem cerca de 500.000 sucessões transfronteiriças na UE, reforçando a necessidade de facilitar o planeamento sucessório transfronteiriço e garantir certeza e harmonização neste domínio.

³ Suárez, 2013, p. 4.

⁴ Este processo iniciou-se em 1998 com o Plano de Ação de Viena, almejando a concretização de instrumentos jurídicos sobre a competência internacional, lei aplicável, o reconhecimento e a execução de decisões dos regimes matrimoniais e sucessões. (Plano de Ação do Conselho e da Comissão Sobre a Melhor Forma de Aplicar as Disposições do Tratado de Amesterdão Relativas à Criação de um Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça (1999/C 19/01). <https://bit.ly/3wXnzQ7>). Nas Conclusões da Presidência do Conselho de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999, reforçou-se a necessidade de alcançar um grau de compatibilidade entre os sistemas jurídicos dos EM (Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999: Conclusões da Presidência. <https://bit.ly/3RD6GDI>; Projeto de programa de medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões em matéria civil e comercial, OJC 12, 15.01.2001. <https://bit.ly/40v3i1I>). De seguida, com o Programa de Haia pretendeu-se tornar efetivo o princípio do reconhecimento mútuo, todavia, era preciso reforçar a confiança mútua, desenvolvendo uma cultura judiciária europeia, sustentada na diversidade dos sistemas jurídicos e na unidade decorrente do direito europeu. Para tal, a Comissão foi convidada a apresentar o Livro Verde em 2005, com o intuito de solucionar os conflitos de leis em matéria de sucessões, regular questões de competência, reconhecimento mútuo, execução de decisões, certidão europeia de direito sucessórios e um mecanismo que permita o conhecimento de testamentos ou declarações últimas de vontade (Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Bruxelas de 4 e 5 de novembro de 2004 – Programa de Haia Reforçar a Liberdade, a Segurança e a Justiça na União Europeia. <https://bit.ly/3JGz3yZ>). Por fim, através do Programa de Estocolmo realçou-se a importância de uma UE aberta e segura, que protege os cidadãos, e acautelou-se a importância do Espaço Schengen para a criação de uma UE sem fronteiras (Programa de Estocolmo – Uma Europa Aberta e Segura que Sirva e Proteja os Cidadãos (JOUE 2010/C 115/01). <https://bit.ly/3lftsVU>).

⁵ Bonomi & Wautelet, 2015, p. 39; AA. VV., 2010, p. 529. Afirmam os Autores que as Convenções de Haia de 1961 sobre a forma de disposições testamentárias, a Convenção de Haia de 1973 sobre a administração

A UE é um espaço de pluralismo e liberdade. Nesse sentido, este diploma demonstra-se crucial para a concretização da identidade e cidadania europeias, na medida em que garante o direito fundamental de livre circulação⁶, segundo o qual, qualquer nacional de um EM beneficia automaticamente de um direito fundamental e individual de circular e residir livremente no território de outros EM⁷, sujeito às limitações e condições estabelecidas no Tratado e às medidas adotadas na sua execução⁸. No entanto, a liberdade só se alcança verdadeiramente quando os cidadãos são dotados de autonomia, o que significa que a autonomia e a liberdade devem ser articuladas.

O regime atual propicia o diálogo intercultural que é essencial para a manutenção da identidade e cidadania europeias. A integração europeia assenta num valor imperativo de liberdade, associado à proteção dos Direitos Humanos, às instituições democráticas e ao princípio do primado do Direito, valores que são cruciais para a manutenção da paz e da prosperidade da EU. O RES culminou num evidente progresso na regulação das sucessões transfronteiriças⁹, independentemente de algumas fragilidades, dado que auxilia na criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça (art. 67.º TFUE) e permite que o disponente organize antecipadamente a sua sucessão com certeza e segurança jurídicas.

A UE caracteriza-se pela partilha de valores comuns; no entanto, a heterogeneidade normativa prevalece, torna-se imprescindível assinalar que estas discrepâncias devem ser valorizadas e não menosprezadas: afinal, vivemos na era da diversidade.

2. Harmonização do direito conflitual e aplicação de uma única lei à sucessão transfronteiriça

O RES é um ato juridicamente vinculativo de Direito da UE. Quando as condições de validade e vigência são preenchidas, é automática e imediatamente incorporado na ordem jurídica dos EM. O seu conteúdo é obrigatório, e as regras aplicam-se direta e integralmente nos sistemas nacionais¹⁰. À luz do princípio do primado da UE, os Tribunais nacionais não podem aplicar normas internas que contrariem a ordem jurídica da UE. O que significa que o RES substituiu o Direito Internacional Privado dos EM.

internacional das sucessões e a Convenção de Haia de 1989 sobre a lei aplicável às sucessões receberam poucas ratificações, acabando por se tornar letra morta.

⁶ Parlamento Europeu (2023). Livre Circulação de Pessoas. Fichas técnicas sobre a União Europeia. https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_4.1.3.pdf.

⁷ A perspetiva que foi lançada pelo Ato Único Europeu de criação de um espaço sem fronteiras – mercado interno – torna inevitável o alargamento do direito à livre circulação a todos os EM e o seu exercício implica a criação de uma UE sem fronteiras.

⁸ Art. 20.º, n.º 1 e 2, al. a) e 21.º, n.º 1 do TFUE; Art. 2.º da CEDH; Art. 45.º da CDFUE; Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de abril de 2004.

⁹ Bonomi & Wautelet, 2015, p. 40.

¹⁰ Gorjão-Henriques, 2019, p. 301.

A heterogeneidade conflitual¹¹, evidenciada pela globalização¹², colocava alguns entraves às sucessões transfronteiriças¹³, nomeadamente por força da diversidade cultural e tradições de cada EM. A necessidade de ultrapassar a diversidade de leis agilizou a harmonização do direito conflitual e a opção pela aplicação de uma lei única à sucessão¹⁴ que permite que o disponente organize antecipadamente a sua sucessão com certeza e segurança jurídicas¹⁵. A consagração do princípio da unidade da sucessão no Regulamento é essencial¹⁶ para ultrapassar a impossibilidade prática de uma regulação eficiente das sucessões internacionais visível até à entrada em vigor do RES¹⁷. A unidade da sucessão¹⁸ elimina os problemas de qualificação dos bens, independentemente da natureza destes e do local onde estão situados¹⁹ e termina com a discriminação entre herdeiros. A introdução de normas de conflitos harmonizadas combate o forum shopping, dado que mitiga a vontade de escolha de foro²⁰.

A harmonização das normas de conflitos de leis privilegiou a diversidade²¹ porque não tentou harmonizar o Direito sucessório material²². Do ponto de vista do planeamento sucessório, aplaudimos esta opção de harmonização conflitual, na medida em que as diferenças não devem ser enfatizadas, caso contrário, o Regulamento configuraria uma descaracterização das tradições de cada Estado.

A aplicação de uma única lei propicia a igualdade entre cidadãos, dado que se aplicará a todos, sem exceção, independentemente de o testador ser nacional do Estado em que reside. Garante-se, assim, a concretização dos direitos fundamentais²³.

¹¹ Gonçalves, 2015, pp. 7-10. Nos sistemas jurídicos nacionais, a propósito da matéria sucessória, deparávamo-nos com uma divisão. Alguns EM (Bélgica, França, Luxemburgo, Reino Unido) adotavam um sistema dualista, sujeitando a sucessão mobiliária à lei do último domicílio do causante e a sucessão imobiliária à lei do lugar da situação do imóvel. Outros EM seguiam um sistema monista, por exemplo, alguns aplicavam a lei da residência habitual (Finlândia, Holanda e Suíça), outros optavam pela lei da nacionalidade (Portugal, Alemanha, Áustria, Espanha, Grécia, Itália e Suécia).

¹² Devaux, 2013, p. 230, afirma que a tendência está inclinada para uma harmonização destas regras como uma consequência da globalização.

¹³ Drlicková & Rohová, 2015, p. 2. As Autoras afirmam que a adversidade colossal do Regulamento é superar o obstáculo à livre circulação de pessoas na UE suscitada pela diversidade normativa em matéria sucessória.

¹⁴ Patrão, 2012, p. 16.

¹⁵ Nos termos do considerando n.º 37, “Deverão ser introduzidas normas harmonizadas de conflitos de leis para evitar resultados contraditórios (...) Por razões de segurança jurídica e para evitar a fragmentação da sucessão, essa lei deverá regular a totalidade da sucessão (...)”.

¹⁶ Zalucki, 2018, p. 2329. A determinação da lei aplicável originava uma colisão de divisibilidade do património, na medida em que se dividia a sucessão em duas massas distintas sujeitas a leis e tribunais diferentes.

¹⁷ Ferreira, 2016, p. 27.

¹⁸ Existem exceções ao princípio da unidade da sucessão no RES, atente-se no art. 30.º e no art. 34.º.

¹⁹ A opção pelo caminho da harmonização e unificação simplificou a vida do disponente que pretende planejar a sua sucessão, permitindo-lhe conhecer e escolher antecipadamente a lei aplicável à sucessão e evitar a sua fragmentação.

²⁰ Marinho, 2015, p. 67.

²¹ Zalucki, 2018, p. 2131.

²² Xavier, 2022, p. 4. Os EM apresentam particularidades no seu direito sucessório que provocam alguns atritos. As questões que geram maior controvérsia relacionam-se com a “diferente origem dos sistemas nacionais”, dado que o direito sucessório de cada EM se desenvolveu num contexto histórico, social, cultural e económico próprio.

²³ Silva, 2007, p. 50. O processo de harmonização a que assistimos no direito da família e no direito das sucessões resulta não tanto do labor codificador das instâncias internacionais, mas antes da “similitude dos

3. O critério supletivo da residência habitual

Admitiu-se como regra geral o critério supletivo da lei da residência habitual do autor da sucessão no momento do óbito ao conjunto da sucessão, salvo disposição em contrário²⁴. O critério da residência habitual determina ainda a competência geral dos órgãos jurisdicionais (art. 4.º RES)²⁵. A previsão da lei da residência habitual enquanto critério supletivo evidencia que o RES privilegiou a solução de autonomia privada²⁶ e deixou para segundo plano o critério de mercado interno²⁷. Existe uma “cascata de fatores de conexão”²⁸.

À semelhança do que acontece noutros Regulamentos²⁹, o RES não apresenta uma definição de residência habitual³⁰; no entanto, esta ausência foi mitigada pelos considerandos 23 e 24, que auxiliam na concretização daquele conceito³¹⁻³².

A fim de ultrapassar a diversidade conflitual o legislador europeu determinou a aplicação de uma única lei à sucessão. Esta lei podia ser qualquer uma - lei da residência habitual ou lei pessoal³³ - exigindo-se, todavia, que fosse a única lei aplicável. A opção pela lei da residência habitual apresenta numerosas vantagens³⁴. Desde logo, estimula a integração do cidadão no país de destino, dado que alcança uma igualização dos residentes de um determinado espaço geográfico e salvaguarda o princípio da não discriminação em virtude da nacionalidade (art. 18.º TFUE)³⁵. Articula o Direito da família, no que respeita aos efeitos do casamento quanto aos bens dos cônjuges e o

modos de vida e das aspirações das sociedades ocidentais”, que tendem a empurrar os ordenamentos jurídicos em sentido convergente, processo que assenta no “plano jurídico, no desenvolvimento dos direitos fundamentais, como o princípio da igualdade, a proteção da família”, propiciando o surgimento de um “*standard of living*” ou de um “*uniform model of family life*”. Mais do que uma vontade de unificar, foram as transformações políticas e sociais que aproximaram os direitos europeus nas últimas décadas, a mundialização do direito da família e das sucessões, assim como a incompatibilidade com as sociedades conservadoras, as influências religiosas face ao progresso vivenciado.

²⁴ Cfr. art. 21.º, n.º 1 do RES.

²⁵ Drlicková & Rohová, 2015, p. 4. A coincidência do *forum-ius* favorece a certeza e segurança do planeamento sucessório, dado que o EM competente para decidir a sucessão (art. 4.º) aplicará a sua própria lei.

²⁶ Art. 22.º, n.º 1 do RES.

²⁷ Marinho, 2015, p. 81. Existe uma gradação nos fatores de conexão, o que significa que a residência habitual só se aplica caso o *de cuius* não escolha regular a sua sucessão pela lei da sua nacionalidade, caso contrário, não há necessidade de lançar mão do critério da residência habitual.

²⁸ *Ibidem*, p. 73.

²⁹ Almeida, 2014, p. 38.

³⁰ Patrão, 2018, p. 1175; Monteiro & Dias, 2022, p. 288: A “residência habitual é um conceito de facto e não um conceito de direito”, o que significa que a “residência habitual há de ser determinada, não a partir de um dado índice que seja isoladamente decisivo, mas sim, (...) por via da avaliação global das circunstâncias da vida do falecido”.

³¹ Processo C-523/07: Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de abril de 2009. <https://bit.ly/2LpRgzx>.

³² Almeida, 2014, p. 39. Assim, considera-se que a residência habitual aponta para o “centro de vida” ou “centro de interesses” do autor da sucessão.

³³ Marinho, 2014, p. 37. Ambas as leis traduzem uma conexão estreita e íntima com o autor da sucessão.

³⁴ Se o autor da sucessão não escolhe a sua lei pessoal (art. 22.º, n.º 1), aplica-se, supletivamente, a lei da residência habitual (art. 21.º, n.º 1). Todavia, a título excepcional, a lei da residência habitual pode ser afastada, se no momento do óbito o *de cuius* apresentar uma relação manifestamente mais estreita com outro Estado (art. 21.º, n.º 2).

³⁵ Marinho, 2014, p. 82; Lurger, 2015, p. 18.

Direito sucessório³⁶. Cria uma certa proximidade e previsibilidade com o local da construção do acervo hereditário. Garante uma coincidência e sobreposição entre o Estado da lei aplicável e o Estado do foro e entre o Direito e o órgão jurisdicional competente³⁷. Este critério supletivo apresenta ligações significativas com o disponente, dado que é o local onde se encontra o seu centro de vida e interesses³⁸. Na grande maioria dos casos, espera-se que a residência habitual coincida com a residência do autor da sucessão e com a situação do património a transmitir.

Além disso, esta opção adequa-se à realidade atual de crescente mobilidade humana³⁹. A aplicação do critério supletivo da residência habitual contribui para o bom funcionamento do mercado interno e incentiva a livre circulação de pessoas, na medida em que facilita as deslocações transfronteiriças.

No entanto, o critério supletivo da residência habitual também suscita algumas dificuldades. O facto de se tratar de um critério plástico e de fácil comutação pode estimular a modificação fraudulenta da residência com o intuito de se beneficiar da aplicação de uma lei mais favorável. Não é fornecida uma definição do conceito de residência habitual, nem se sabe qual o momento em que se adquire uma nova residência habitual. Estamos perante um conceito aberto e mutável e compete aos tribunais europeus determinar o seu sentido atendendo às circunstâncias concretas de cada caso⁴⁰.

4. Autonomia privada e a escolha da lei aplicável

O princípio da autonomia privada reflete a hipótese de os cidadãos escolherem a lei aplicável e o Tribunal competente para regular a sua sucessão⁴¹. O autor da sucessão pode escolher a sua lei pessoal, quando faz a escolha ou no momento do óbito, para regular o conjunto da sucessão (art. 22.º, n.º 1)⁴². Uma pessoa com nacionalidade múltipla pode escolher a lei de qualquer dos Estados de que é nacional quando faz a escolha. Esta escolha deve ser expressa numa declaração que revista a forma de disposição por morte, ou resultar dos termos dessa disposição (art.2 2.º, n.ºs 2 e 3)⁴³.

³⁶ Marinho, 2014, p. 82.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Bonomi & Wautelet, 2015, pp. 244-247.

³⁹ Marinho, 2014, p. 83. Este critério coincide com os atuais fenómenos de “socialização em rede, perda do relevo sociológico das fronteiras, diluição das divergências culturais e unificação de gostos e hábitos, desmaterialização dos espaços de trabalho, digitalização progressiva das atividades e dos meios, ao teletrabalho (...)”.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 81.

⁴¹ Pfeiffer, 2012, pp. 291-292. De acordo com a Autora, existe ainda uma outra dimensão da autonomia privada, que consiste na liberdade de movimento e de viajar para outro país cujo sistema pareça mais adequado ou menos restritivo; Belovic & Krvavac, 2014, p. 1.

⁴² Marinho, 2015, p. 74. Só na falta desta escolha é que se aplica a lei da residência habitual no momento do óbito, em conformidade com o art. 21.º, n.º 1 do RES.

⁴³ Xavier, 2016b, p. 79.

O legislador europeu colocou no topo das suas prioridades o respeito pela autonomia privada. O reforço da autonomia privada do autor da sucessão configura, indubitavelmente, uma especificidade meritória do Regulamento.

A escolha da lei aplicável, em matéria de sucessões, foi admitida, pela primeira vez, na Convenção de Haia 20 de outubro de 1989, sobre a lei aplicável às sucessões por causa da morte⁴⁴. Apesar do crescente reconhecimento da autonomia privada, a maioria dos EM continua hostil, no seu direito interno, à livre escolha de lei aplicável⁴⁵.

Com o intuito de se adaptar à nova realidade social europeia e de facilitar a livre circulação de pessoas, reforçou-se a autonomia privada e concedeu-se a cada cidadão a possibilidade de escolher a lei competente para regular a sua sucessão, independentemente do local onde vier a falecer⁴⁶. Propiciou-se uma aproximação entre a lei escolhida e o tribunal competente, promovendo um planeamento sucessório dotado de certeza e segurança jurídicas⁴⁷.

A *professio iuris* apresenta abundantes vantagens. Desde logo, garante unidade e universalidade ao criar um único sistema jurídico⁴⁸. Concede ao autor da sucessão uma ferramenta essencial que facilita o planeamento sucessório e fiscal⁴⁹⁻⁵⁰. Além disso, quando o autor da sucessão escolhe, antecipadamente, a lei pessoal para regular, incentiva-se a circulação dos cidadãos e dissipam-se as barreiras impostas à livre circulação⁵¹, na medida em que se permite que o autor da sucessão altere a sua residência; no entanto, a sua escolha permanece inalterada.

Apresenta um papel pacificador das assimetrias conflituais entre os EM⁵². Reduz os custos de litigação e gera proximidade porque, presume-se que, tendencialmente,

⁴⁴ Gonçalves, 2015, p. 14. O art. 5.º da Convenção de Haia de 1989 determinava que uma pessoa podia designar a lei de um determinado Estado para reger a sucessão do seu património. A designação só era efetiva se, no momento da designação ou da morte, a pessoa fosse nacional desse Estado ou lá tivesse a sua residência habitual. A escolha era mais alargada quando comparada com o atual art. 21.º, n.º 1 do RES, por permitir optar pela lei da nacionalidade ou lei da residência habitual; no entanto, era necessário que no momento da designação ou da morte o disponente fosse nacional ou residisse no EM. <https://bit.ly/3HYcIeX>.

⁴⁵ Bonomi, 2009, p. 244. É o caso da Espanha, Áustria, Eslováquia, Eslovénia, França, Grécia, Hungria, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Polónia, Portugal, República Checa e Suécia.

⁴⁶ AA.VV., 2010, p. 608; Patrão, 2019, p. 94. Os cidadãos com a possibilidade de escolher a lei aplicável à sucessão podem fixar a sua residência sem a preocupação de que a sua morte origine a aplicação de leis que não queira, ver aplicada ao seu planeamento sucessório. A *professio iuris* é o conector ideal, porque as pessoas são livres para decidir a lei aplicável à sua sucessão, com a certeza de que a sua escolha não será afetada, independentemente do Estado onde decidam residir.

⁴⁷ Marinho, 2015, p. 76.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 73.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 74.

⁵⁰ AA.VV., 2010, p. 608. De acordo com o Max Planck Institute, a *professio iuris* garante um planeamento sucessório efetivo e com certeza legal acrescida. Estas são duas características essenciais para um planeamento sucessório bem-sucedido. Principalmente, se se tratar de um planeamento sucessório transfronteiriço, dado que o contacto com vários EM exige uma antecipação e preparação acrescida para que os objetivos do planeamento sucessório sejam concretizados, eliminando as perturbações que a morte pode causar e respeitando a vontade do autor da sucessão.

⁵¹ Patrão, 2019, p. 111.

⁵² Vizcaíno, 2020, p. 29.

aquela é a lei mais próxima do autor da sucessão e dos seus herdeiros⁵³. Cria um verdadeiro Espaço de Justiça Comum e fomenta a cultura jurídica e judiciária europeia unitária no domínio das sucessões⁵⁴⁻⁵⁵.

O reforço da autonomia privada do autor da sucessão é essencial para suprir as perturbações que a morte representa numa sucessão transfronteiriça⁵⁶. O testador dispõe de liberdade para escolher a lei aplicável à sucessão adequada às suas pretensões. Esta opção coaduna-se com o paradigma da sociedade atual, no sentido em que é ao autor da sucessão que compete decidir sobre o destino do seu património através da determinação do regime que regula a sua sucessão⁵⁷.

5. Impacto do Regulamento no planeamento das sucessões transfronteiriças

Entre os objetivos do RES, merece destaque, em primeiro lugar, o de desenvolver um espaço de liberdade, segurança e justiça, seguindo-se a necessidade de facilitar o bom funcionamento do mercado interno e, por fim, o de garantir a organização antecipada da sucessão. A concretização destes objetivos culminou na consecução de três níveis de certeza e segurança jurídicas do planeamento sucessório transfronteiriço.

A necessidade de ultrapassar a diversidade de leis estimulou a harmonização do direito conflitual e a opção pela aplicação de uma lei única à sucessão, permitindo que o disponente organize antecipadamente a sua sucessão com certeza e segurança jurídicas (Considerando 37).

Fixou-se como regra geral o critério supletivo da lei da residência habitual do autor da sucessão no momento do óbito (art. 21.º, n.º 1). Esta opção concretiza o direito fundamental de livre circulação de pessoas e contribui para o bom funcionamento do mercado interno. Adequa-se ao crescente fenómeno de mobilidade humana, na medida em que o autor da sucessão sabe antecipadamente que a lei aplicável à sucessão é a lei da residência habitual, a menos que tenha redigido testamento a escolher a lei pessoal.

A autonomia privada do autor da sucessão foi reforçada com a consagração da *professio iuris* (art. 22.º, n.º 1). Nesse sentido, garantiu-se o direito de cada cidadão escolher a lei competente para regular a sucessão, independentemente do lugar onde vier a falecer (art. 24.º, n.º 2 e art. 25.º, n.º 3 do RES). Se o autor da sucessão alterar a sua residência habitual, sabe que a sua escolha permanece inalterada. O Regulamento dispõe de um regime centrado na figura do autor da sucessão e que incentiva a livre circulação

⁵³ Marinho, 2015, p. 74.

⁵⁴ *Ibidem*; Ferreira, 2016, p. 39.

⁵⁵ Almeida, 2012, p. 43. Além disso, coincide com as tendências modernas das legislações europeias de direito internacional privado.

⁵⁶ Xavier, 2016a, p.30; Suárez, 2013, p. 11.

⁵⁷ Marinho, 2015, p. 74.

de pessoas, reforça a autonomia privada e viabiliza a concretização do planeamento sucessório.

Capítulo II: O reconhecimento da autonomia privada do autor da sucessão no contexto do Regulamento das Sucessões

1. Limitações e problemas da autonomia privada no contexto do Regulamento

1.1. A limitação da escolha de lei aplicável à sucessão transfronteiriça

O RES foi desenvolvido sob a égide da autonomia privada⁵⁸. Conferiu-se ao autor da sucessão o direito de escolher a sua lei pessoal para a regular (art. 22.º, n.º 1) e permitiu-se a possibilidade de designar a lei aplicável a uma disposição por morte (art. 24.º e art. 25.º, n.º 3 RES).

A autonomia privada do autor da sucessão foi reconhecida, na medida em que a liberdade atribuída ao testador permite-lhe escolher a lei que se adequa às suas pretensões e incentiva a livre circulação de pessoas. Além disso, viabiliza um planeamento sucessório dotado de certeza e segurança jurídicas, dado que o testador pode alterar a sua residência várias vezes; no entanto, a sua escolha permanece inalterada. Evita incertezas, no sentido de garantir que a conexão objetiva com o testador é inequívoca. Impede certas dificuldades relacionadas com a determinação da residência habitual.

Todavia, persistem algumas limitações e problemas ao reconhecimento da autonomia privada do autor da sucessão no contexto do Regulamento⁵⁹. Alguns Autores⁶⁰ entendem que esta escolha é limitada. Isto significa que o autor da sucessão apenas pode escolher um encadeado normativo específico que lhe é previamente aventado e não pode optar por mais do que um sistema de normas⁶¹. A ratio desta limitação assenta na necessidade de assegurar uma conexão entre o falecido e a lei escolhida e evitar que se escolha uma lei com o desígnio de malograr as expectativas dos herdeiros legítimos⁶².

⁵⁸ Bonomi & Wautelet, 2015, pp. 254-256.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 258. Estas limitações restringem as vantagens da *professio iuris* na sucessão transfronteiriça, dado que estas só se conseguem fazer sentir por inteiro quando a eleição da lei aplicável é reconhecida e respeitada por todos os países afetados na sucessão.

⁶⁰ Marinho, 2015, p. 77; Mota, 2014, p. 9; Suárez, 2011, pp. 369-406.

⁶¹ Marinho, 2015, p. 77.

⁶² Cfr. considerando n.º 38 do RES.

Propuseram-se alternativas à escolha da lei pessoal⁶³. Entre estas, destaca-se, sem sucesso, a lei da residência habitual no momento da escolha. Na hipótese de um cidadão residente num Estado distinto do seu país de origem não escolher para regular a sucessão a sua lei pessoal (art. 22.º, n.º 1), resta-lhe a aplicação da regra geral da lei da residência habitual no momento do óbito (art. 21.º, n.º 1). Se, posteriormente, o autor da sucessão voltar a residir no Estado da sua nacionalidade, deixa-se de aplicar a lei da última residência habitual mesmo que subsistam vínculos com aquele Estado. Normalmente, estas situações resolvem-se com recurso à exceção prevista na norma do art. 21.º, n.º 2 do RES. No nosso entendimento, nem todos os litígios são devidamente resolvidos por intermédio do mecanismo subjacente ao n.º 2 do art. 21.º do RES.

1.1.1. A exceção prevista na norma do n.º 2 do art. 21.º do Regulamento

O art. 21.º, n.º 2 do RES prevê que, caso, a título excepcional, resulte claramente do conjunto das circunstâncias que, no momento do óbito, o falecido tinha uma relação manifestamente mais estreita com um Estado diferente do Estado cuja lei seria aplicável nos termos do n.º 1, é aplicável à sucessão a lei desse outro Estado⁶⁴.

A aplicação deste preceito é excepcional e deve assentar em circunstâncias claras e manifestas. Esta cláusula apresenta a vantagem de se adequar à realidade e adaptar-se a cada caso concreto ao permitir uma correção da conexão da residência habitual quando aquela conduz a resultados surpreendentes ou pouco satisfatórios para os interessados⁶⁵. Todavia, também pode suscitar alguma insegurança, na medida em que exige uma interpretação em termos casuísticos⁶⁶, por parte da entidade competente, do conceito de residência habitual, de onde decorrem resultados pouco previsíveis, colocando em causa

⁶³ Mota, 2014, p. 9. A Autora entende que a defesa dos direitos de terceiros não seria prejudicada pela possibilidade de uma autonomia privada mais ampla, prevendo a possibilidade de escolha da lei da residência habitual no momento da escolha, entendendo que estaríamos perante uma lei muito próxima do *de cuius* e além disso garante uma coordenação com a lei aplicável ao regime de bens.

Bonomi & Wautelet, 2015, p. 265. Os Autores entendem que a exclusão da lei da residência habitual do *de cuius*, no momento da escolha, é uma “decisão que se deve lamentar”, visto que uma pessoa que não tenha nacionalidade do Estado onde reside não pode submeter a sua decisão à lei desse Estado, com intuito de evitar as consequências indesejáveis de uma futura alteração de residência. Nesta hipótese, se a pessoa não pretende eleger a lei da sua nacionalidade, não tem verdadeiramente nenhuma outra opção, a não ser a lei da residência habitual no momento do óbito, que pode sempre ser afastada pelo art. 21.º, n.º 2.

Para que esta opção fosse admitida teria de existir outro fator que permitisse indicar que o testador tinha uma ligação com aquele EM. Alguns Autores, sugerem um fator temporal, por exemplo, ter vivido de forma interrupta, naquele EM, durante cinco a dez anos.

⁶⁴ Isto significa que se um cidadão a residir num país distinto do seu país de origem decidir, alguns anos antes do seu falecimento, voltar a residir no Estado da sua nacionalidade, o Tribunal pode determinar no momento da abertura da sucessão a aplicação do art. 21.º, n.º 2 do RES, dado que o testador apresentava uma relação manifestamente mais estreita com o país onde residia. No entanto, este é um juízo meramente provável – a residência habitual é um conceito aberto e concerne ao órgão jurisdicional competente interpretar o seu conceito em cada caso concreto.

⁶⁵ Bonomi & Wautelet, 2015, p. 249.

⁶⁶ *Ibidem*.

a autonomia privada do autor sucessório e o planeamento sucessório que concretizou. Esta norma não é compatível com o previsto no considerando 37⁶⁷.

1.1.2. A apreciação do conceito de residência habitual no caso de Johnny Hallyday

Os aspetos problemáticos da interpretação em termos casuísticos do conceito de residência habitual são visíveis no caso de Johnny Hallyday⁶⁸. O cantor outorgou cinco testamentos, datados de 1997, 2006, 2007, Abril de 2014 e Junho de 2014. No seu último testamento, o cantor apresentou-se como residente na Califórnia e afirmou, expressamente, que pretendia excluir os seus filhos biológicos da sucessão, dado que estes já tinham sido beneficiados em vida através de várias doações. Hallyday constituiu um trust e designou como beneficiária exclusiva a sua última esposa, e, no caso de esta falecer, seriam chamados a suceder os filhos adotivos do casal⁶⁹. Os filhos biológicos do cantor, desagradados com esta situação, intentaram uma ação com vista a provar que o progenitor residia em França e, como tal, não podiam ser excluídos da sucessão uma vez que a lei aplicável era a francesa (art. 21.º, n.º 1)⁷⁰, que não permite a deserção dos filhos do autor da sucessão⁷¹.

O planeamento sucessório permite a organização antecipada da sucessão, cumpre os objetivos do *de cuius* e garante estabilidade e segurança no seio familiar. Este instituto não deve servir para escrutinar intensamente a vida do autor da sucessão, questionar os seus objetivos e defraudar as suas expectativas⁷². Embora estejam em causa situações

⁶⁷ Wautelet, 2017, p. 36. Esta insegurança permite-nos levantar algumas questões: quando é que estamos perante um “caso excecional” ou quando é que o “conjunto de circunstâncias” apresenta uma “relação manifestamente mais estreita”? Apesar da tentativa de clarificação deste conceito no considerando n.º 25 do RES, as dúvidas persistem e levam-nos a questionar se a interpretação em termos casuísticos realizada pelo órgão jurisdicional (art. 3.º, n.º 2) para resolver estes conflitos coincide com a vontade do autor da sucessão. Não há dúvidas de que esta interpretação é uma tarefa árdua para o órgão jurisdicional. É injusto para o autor da sucessão que organiza antecipadamente o seu planeamento sucessório ver as suas pretensões serem colocadas em causa devido às limitações da exceção prevista na norma do n.º 2 do art. 21.º do RES.

⁶⁸ *Tribunal de Grande Instance de Nanterre, Pôle Famille 3ème section, 28 mai 2019, n.º 19/119.* <http://bitly.ws/zTHC>.

⁶⁹ A exclusão dos filhos biológicos da sucessão só era possível porque *Hallyday* se declarou residente na Califórnia e não existe nesse ordenamento jurídico a obrigatoriedade da quota legítima dos herdeiros legitimários. O mesmo não sucede no direito francês.

⁷⁰ Apesar dos laços estreitos com o estado da Califórnia, o TGI entendeu que o cantor residia em França. Esta decisão baseou-se em pequenos preciosismos, como o facto de o cantor fazer mais *posts* na rede social *Instagram* na Califórnia ou França, se realizava pagamentos mais avultados na França ou na Califórnia, o facto de não ter perdido o seu estilo de vida francês, e também porque este preferiu usufruir de cuidados médicos em França. Tudo isto originou um escrutínio da vida do cantor em Tribunal e nos meios de comunicação social.

⁷¹ European E-Justice (2020). Sucessões em França. Existem restrições à liberdade de disposição por morte (por exemplo, a legítima)? <https://bit.ly/3lRfIBx>.

⁷² A investigação da residência habitual é, neste caso, questionável. Houve vários aspetos que o TGI não considerou, entre estes, o facto de que aquele era o Estado onde *Hallyday* se sentia verdadeiramente em casa, onde encontrou o seu refúgio, junto da sua família. Na nossa opinião, é fundamental respeitar-se a escolha do *de cuius*, caso contrário, a autonomia privada do autor da sucessão será sempre questionada. Não é correto o RES autorizar a escolha da lei aplicável, ainda que neste caso tenha sido uma escolha indireta, para que posteriormente esta seja colocada em causa, correndo-se o risco de destruir o planeamento sucessório. A liberdade da escolha de lei aplicável à sucessão é uma opção dificilmente aceite por parte dos EM, dado que estes entendem que se estaria a incentivar aos cidadãos a deslocarem-se, propositadamente,

plurilocalizadas, em contacto com mais do que um ordenamento jurídico, na verdade trata-se de um espaço livre europeu, pelo que as diferenças entre os sistemas não deverão ser enfatizadas, visto que o Regulamento substitui as regras de conflitos dos EM. O RES não deverá ser um obstáculo ao multiculturalismo e à globalização, pelo que a “obstinação conflitual”⁷³ não deverá impedir a concretização dos seus objetivos.

No nosso entendimento, não é credível que o cidadão comum possa abandonar a sua residência, família e amigos, emprego e modo de vida, somente para criar uma ligação ardilosa com outro Estado, tendo exclusivamente em vista a aplicação de uma lei sucessória mais favorável.

1.2. O recurso à exceção de ordem pública internacional

O Regulamento admite a clássica cláusula de ordem pública internacional, segundo a qual a aplicação de uma disposição da lei de um Estado, designada pelo presente regulamento, só pode ser afastada se essa aplicação for manifestamente⁷⁴ incompatível com a ordem pública do EM do foro (art. 35.º RES). Ademais, as decisões não são reconhecidas caso sejam manifestamente contrárias à ordem pública do EM requerido (art. 40.º, al. a) do RES).

Apresentar uma definição de ordem pública internacional revela-se, insofismavelmente, uma tarefa desafiante, sobretudo, porque a sua noção varia conforme o Estado em causa⁷⁵. De um modo geral, a exceção de ordem pública internacional traduz-se numa noção funcional que permite apreciar a aplicação de normas estrangeiras para determinar se aquelas, em circunstâncias concretas⁷⁶, atentam

para outro EM para beneficiar de uma lei que estivesse de acordo com os seus interesses. Esta é a razão pela qual não é possível admitir-se, pura e simplesmente, a escolha da lei da residência habitual no momento da escolha.

⁷³ Xavier, 2022, pp. 6-7. “Não obstante os Regulamentos apenas se aplicarem quando estiverem em causa situações plurilocalizadas, em contacto com mais do que um ordenamento jurídico, que suscitem um problema de determinação da lei aplicável, a resolver nos termos neles fixados, dos mesmos parece decorrer que a abordagem das regras de conflitos destes Regulamentos prescinde da magna tarefa da qualificação em DIP”; “O intérprete da regra de conflitos estava incumbido da tarefa de olhar para a regra de conflitos à luz das categorias e conceitos do ordenamento a que pertencia a norma material a aplicar. E, se assim continuasse a ser, a verdade é que a diversidade dos ordenamentos dos Estados membros continuaria a suscitar problemas de aplicação aos Regulamentos europeus”.

⁷⁴ Lallemand, 2015, p. 52; Correia, 2000, pp. 409-412. A inserção do advérbio “manifestamente” nos arts. 35.º e 40.º do RES sugere que o recurso a esta exceção deve ser o mais limitado possível (Considerando n.º 58). De acordo com Bonomi & Wautelet, 2015, p. 451, o princípio fundamental do direito europeu tem como efeito restringir o uso da exceção da ordem pública internacional, em especial quando a lei aplicável em virtude do Regulamento é de outro EM.

⁷⁵ Correia, 2000, p. 406. Cada Estado tem valores e interesses fundamentais dos quais não deve abdicar. A manutenção destes valores e proteção destes interesses exige que a atribuição de competência a um ordenamento jurídico estrangeiro contenha uma ressalva, isto é, que essa lei não se aplique caso lese um princípio ou valor essencial do ordenamento jurídico considerado inderrogável.

⁷⁶ Bonomi & Wautelet, 2015, p. 452. A incompatibilidade com a ordem pública deve ser apreciada em concreto, à luz dos efeitos que a aplicação de uma lei estrangeira produza num caso concreto, e não de forma abstrata. Isto significa que a ordem pública não pode ser invocada se naquele caso específico o sentimento de justiça não for colocado em causa.

contra aspetos essenciais do sistema jurídico do foro⁷⁷ e com o qual apresentam vínculos suficientemente estreitos⁷⁸.

A ordem pública internacional pretende proteger os princípios fundamentais do foro e salvaguardar os princípios fundamentais do Direito Europeu dos Tratados, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, com a finalidade de lutar contra a discriminação religiosa, de género e nascimento⁷⁹.

Alguns Autores⁸⁰ defendem que não existem diferenças substanciais entre a ordem pública interna e a ordem pública internacional, dado que todos os EM são parte do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. No entanto, a reserva hereditária suscita vários problemas nesta matéria, ainda que não seja protegida pelo TEDH⁸¹. São numerosas as disparidades a propósito da reserva hereditária, mesmo entre países que a consagram, não só quanto aos seus beneficiários, como também no que respeita à quota e aos mecanismos de proteção associados⁸².

Estamos perante situações em que o autor da sucessão escolheu, validamente, para regular a sua sucessão, uma lei que não admite a reserva hereditária, pode acontecer que os seus descendentes venham invocar o seu direito num Tribunal cujo ordenamento jurídico reconhece tal direito⁸³. Discute-se, por exemplo, a propósito da legítima, que é imperativa no ordenamento jurídico português, quando a lei estrangeira aplicável priva o cônjuge e os descendentes do autor da sucessão, a hipótese de recurso à exceção de ordem pública internacional⁸⁴.

⁷⁷ Passinhas, 2019, pp. 304-305.

⁷⁸ Bonomi & Wautelet, 2015, pp. 452-453. No caso de ausência de vínculos estreitos com o foro, a intervenção da ordem pública justifica-se unicamente quando a aplicação a lei estrangeira produz um resultado manifestamente incompatível com os valores superiores e de transcendência universal.

⁷⁹ Pintens, 2021, p. 132.

⁸⁰ Devaux, 2013, p. 239.

⁸¹ Xavier, 2023, p. 82. Atente-se na hipótese em que o autor da sucessão escolhe para regular a sua sucessão uma lei que não prevê a reserva hereditária e os seus descendentes decidem invocar o seu direito no Tribunal do ordenamento jurídico que reconhece semelhante direito. Esta dificuldade surge devido à diversidade do direito material sucessório a propósito da salvaguarda da posição dos herdeiros legítimos quanto à natureza da proteção dos herdeiros.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*; Passinhas, 2019, pp. 306-311. Os tribunais portugueses também se deparam com algumas dificuldades, o que nos leva a concluir que a nossa jurisprudência, incompreensivelmente, fixa a reserva legítima como parte do núcleo de valores essenciais e a sua violação considera-se intolerável, justificando o recurso à exceção de ordem pública internacional. Atente-se nos seguintes casos: No Ac. do TRL de 5 de maio de 1992, entendeu-se que não se deve aplicar uma lei estrangeira que permite ao *de cuius* dispor livremente dos seus bens e prejudicar os filhos, porque isto atinge o sentimento ético e jurídico da comunidade local. No mesmo sentido, o Ac. do STJ de 27 de junho de 1978 entendeu que a Lei Testamentária Britânica de 1837 seria ineficaz na ordem jurídica portuguesa, na parte em que ofende a legítima. O Ac. do STJ de 23 de outubro de 2008, relator Pires de Rosa, em <https://jurisprudencia.pt/acordao/133993/>, afirma que o princípio da lei sucessória portuguesa que pretende salvaguardar aos filhos uma parte da herança corresponde a um princípio da ordem pública internacional. O Ac. do TRE de 5 de fevereiro de 2009, à semelhança dos anteriores, entendeu que ofende a ordem pública internacional quando um filho é afastado da sucessão testamentária. O Ac. do TRL de 7 de março de 2017, relatora Cristina Coelho, <https://jurisprudencia.pt/acordao/67654/>, entende que a legítima não tem consagração constitucional; todavia, afirma que a jurisprudência dos tribunais superiores tem compreendido que a quota indisponível

Na Proposta do Regulamento não foi considerado contrário à ordem pública a aplicação de uma disposição normativa, pelo facto de apresentar um regime distinto relativamente à reserva hereditária quando comparada com as normas da lei do foro (art. 27.º, n.º 2 da Proposta do RES)⁸⁵. Todavia, à conta do receio de alguns EM, esta disposição foi alvo de diferentes interpretações⁸⁶. É o caso da Hungria, Polónia, Áustria, Finlândia, Portugal, Eslováquia, Suécia e França, que propuseram a introdução de uma disposição especial de ordem pública, particularmente, quando a lei aplicável por conta da aplicação do RES não admite o instituto da reserva hereditária ou meios de proteção contra a fraude à lei. Estas propostas foram bem-sucedidas, dado que o art. 27.º, n.º 2 da Proposta do Regulamento não foi introduzido na versão final do Regulamento.

Na nossa perspetiva, teria sido oportuno incluir um preceito semelhante ao do art. 27.º, n.º 2 da Proposta do RES no Regulamento, na medida em que se pretende evitar possíveis situações que obstem à concretização de um planeamento sucessório transfronteiriço dotado de certeza e segurança jurídicas.

está ao serviço dos interesses dos filhos do *de cuius* por razões de ordem pública, por isso, a lei estrangeira, quando permite ao testador dispor livremente dos seus bens em detrimento dos filhos, deve ser afastada. O Ac. do STJ de 26 de maio de 2018, relator Roque Nogueira, <https://jurisprudencia.pt/acordao/183055/>, afirmou e acompanhou o entendimento da jurisprudência recente do Supremo Tribunal de Justiça que considera que o princípio da lei sucessória portuguesa que pretende salvaguardar aos filhos uma parte da herança é um princípio da ordem pública internacional portuguesa.

⁸⁵ Mónica, 2018, p. 893; Wiedemann, 2021, p. 146.

⁸⁶ Na Suíça considera-se que a ausência da legítima não atenta contra a ordem pública do foro. Esta questão foi discutida, pela primeira vez, no acórdão *Hirsch v. Cohen* de 1976. Já em Espanha, entendeu-se que se trata de um caso singular, dado que se trata de ordenamento plurilegislativo, isto é, alguns sistemas adotam a reserva legítima, outros conhecem uma legítima puramente formal. No acórdão do STE de 23 de outubro de 1992, entendem que as legítimas eram consideradas de ordem pública do direito espanhol; já o acórdão do STE de 15 de novembro de 1996, e outros posteriores, decidiram em sentido contrário.

Em Itália, a principal decisão é relativa a um nacional a residir no estrangeiro, onde se entendeu que nos casos de nacionais italianos a decisão pode ser contrária, visto que os direitos legítimos eram protegidos pelas normas de conflito de direito comum, como era o caso da eleição da lei da residência habitual. Por fim, na Alemanha negou-se a possibilidade de a lei estrangeira violar a ordem pública interna quando a “*compulsory share*” não existe ou é reduzida. O Tribunal Constitucional Alemão pronunciou-se no Ac. de 19 de abril de 2005, determinando como princípios constitucionais aqueles que regem a liberdade testamentária e a “*compulsory share*”. Aderiu-se à doutrina maioritária que invoca a proteção do casamento e da família e a proteção da propriedade e dos direitos sucessórios previstos no art. 14.º do *Grundgesetz*. Este artigo salvaguarda o direito mínimo dos filhos na sucessão do seu progenitor, independentemente da sua situação económica.

1.3. A incompatibilidade do “droit de prélèvement compensatoire” do art. 913 do Code Civil com o Regulamento das Sucessões

O eventual recurso à exceção de ordem pública internacional manifesta-se especialmente problemático em França⁸⁷. O ordenamento jurídico francês adotou a Loi n.º 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République⁸⁸, que entrou em vigor no dia 1 de novembro de 2021. O art. 24.º da Loi n.º 2021-1109, modificou os arts. 913 e 921 do Code Civil.

De acordo com este diploma, o ascendente que foi privado da reserva hereditária por força da lei aplicável à sucessão transfronteiriça dispõem de um direito de exigir a sua reintegração, calculada nos termos previstos pela lei francesa, por meio de bens incluídos na herança situados em França⁸⁹. O art. 913 do Code Civil consagra um “droit de prélèvement compensatoire”, a favor dos descendentes do autor da sucessão, sobre os bens localizados em França, a fim de lhes garantir, pelo menos, o equivalente à sua reserva hereditária, tal como determinada pela lei francesa se esta fosse aplicável⁹⁰.

O art. 24 do diploma intitulado “dispositions relatives au respect des droits des personnes et à l'égalité entre les femmes et les hommes” advém do “desígnio louvável”⁹¹ de luta contra a discriminação das mulheres em França. Entendeu-se que era inaceitável para os valores franceses aceitar que a aplicação de uma lei sucessória estrangeira permitisse que os ascendentes afastassem as suas filhas da sucessão, dando preferência aos filhos. Todavia, a redação da norma ficou aquém do necessário, na medida em que não luta contra a discriminação das mulheres. Esta disposição está longe de combater as discriminatórias normas sucessórias muçulmanas. No entanto,

⁸⁷ Rass-Masson, 2021, pp. 195-200. Parecia que a lei sucessória francesa evoluía quando, em 2011, o Tribunal Constitucional Francês declarou inconstitucional a lei de 14 de julho de 1819, por violar o princípio da igualdade. Esta lei consagrava um “*droit de prélèvement*”, fixando a prioridade de sucessão dos herdeiros franceses sobre os imóveis situados na França, protegendo a sua reserva legítima. Durante muito tempo, o “*droit de prélèvement*” era a forma mais eficaz de proteger a natureza imperativa da sucessão forçada. Além disso, a *Cour de Cassation* posicionou-se corretamente, na nossa opinião, em dois casos, de Maurice Jarre (*Cour de Cassation, civile, Chambre civile 1, 27 septembre 2017, 16-17.198*. <https://www.legifrance.gouv.fr>.) e Michel Colombier (*Cour de Cassation, civile, Chambre civile, 27 septembre 2017, 16-13.151*. <https://www.legifrance.gouv.fr>.), ambos franceses, residentes na Califórnia e que constituíram um *trust* no qual determinaram como beneficiária exclusiva a sua esposa, excluindo os filhos da sucessão. A *Cour de Cassation* defendeu, nos dois casos que, quando uma lei estrangeira ignora a reserva legítima, não é, em si, contrária à ordem francesa, e a sua aplicação só pode ser afastada quando conduzir ao caso em que um herdeiro fique em situação de precariedade e necessidade. No entanto, nas discussões dos trabalhos preparatórios do RES, a delegação francesa adotou uma resolução segundo a qual a reserva hereditária era vista como uma “norma essencial do direito francês” e “um verdadeiro dever moral”.

⁸⁸ Loi n.º 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043964778>.

⁸⁹ Xavier, 2023, pp. 86-88.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*.

poderá ser utilizada contra os países anglo-saxónicos que não admitem o instituto da reserva legitimária.

Esta norma é incompatível com os objetivos do Regulamento de harmonização e simplificação da sucessão transfronteiriça. Além disso, pode impedir a concretização do planeamento sucessório dotado de certeza e segurança jurídica. É uma norma contrária à autonomia privada do autor da sucessão, na medida em que o impede de escolher a lei competente para regular a sua sucessão (art. 22.º, n.º 1 do RES)⁹². Face ao exposto, torna-se imperativo que o Tribunal de Justiça da União Europeia se pronuncie sobre este preceito normativo, caso contrário, o quê que acontecerá ao Regulamento se todos os EM decidirem admitir uma disposição semelhante à do art. 913 do Code Civil?

2. O papel da autonomia privada do autor da sucessão na criação de um espaço sem fronteiras

A autonomia privada é pedra angular do Direito Privado⁹³. No Direito das Sucessões, este princípio está previsto no art. 62.º, n.º 1, da CRP, enquanto garantia fundamental da propriedade privada⁹⁴, segundo o qual o proprietário dos bens pode dispor deles livremente, tanto em vida, como por morte. A sucessão legitimária não apresenta fundamento exposto na CRP para ser invocada à luz da ordem pública internacional enquanto ofensa a um princípio fundamental da ordem pública do Estado português. Isto significa que se o autor da sucessão escolheu, para regular a sua sucessão, a lei de um Estado que não admite a reserva hereditária no seu direito interno, não se deve entender que esta escolha lesa o sentimento ético e jurídico da comunidade local⁹⁵⁻⁹⁶.

A restrição da liberdade de disposição do autor da sucessão por meio da reserva hereditária apresenta, no nosso entendimento, um fundamento arcaico e

⁹² Ramaciotti, 2021, pp. 311-326; Bellerocche, 2021, pp. 304-310.

⁹³ Mota Pinto, 2005, pp. 102-106; Varela, 2000, pp. 226-227. No ordenamento jurídico português, a sua dimensão mais importante está prevista no art. 405.º do Código Civil, a propósito da liberdade contratual.

⁹⁴ Medeiros & Miranda, 2017, p. 899; Cura Mariano, 2019, p. 761. Este princípio de autogoverno da esfera jurídica de cada cidadão determina a liberdade de cada um determinar, antecipadamente, o destino do seu património, de acordo com a sua vontade, em resultado da morte, logo, o direito de transmissão tem a natureza de um direito de liberdade.

⁹⁵ Xavier, 2022, p. 8; Xavier, 2017, p. 608; Cura Mariano, 2019, p. 762; Bonomi & Wautelet, 2015, pp. 458-463. No contexto europeu não se pode afirmar que a ausência de legítima constitui em si mesma um atentando a um direito fundamental.

⁹⁶ O que não significa, contudo, que defendemos que a ordem pública internacional não deve ser invocada noutros casos, onde se verifique uma verdadeira discriminação religiosa, de género ou de nascimento que atinge verdadeiramente os valores da ordem jurídica internacional. Por exemplo, sistemas de inspiração muçulmana que excluem os não muçulmanos da sucessão. Assim como as discriminações com base no sexo: por exemplo, de acordo com as normas do Corão, a parte sucessória atribuída aos herdeiros depende do seu sexo – os filhos recebem uma parte maior do que as filhas.

desatualizado⁹⁷. A desadequação da reserva legitimária e a necessidade de reforma do direito sucessório são fatores a considerar quanto ao eventual recurso à exceção de ordem pública internacional nas situações supramencionadas⁹⁸ e que pode contrariar os próprios objetivos do Regulamento.

O recurso à exceção de ordem pública internacional pelos descendentes do autor da sucessão, quando este escolheu, validamente, para regular a sua sucessão, uma lei que não admite a reserva hereditária, pode restringir a autonomia privada do autor da sucessão. Além disso, pode, igualmente, colocar em causa a certeza e segurança jurídica do planeamento sucessório e impedir o bom funcionamento do mercado interno ao dificultar o exercício da livre circulação de pessoas.

A autonomia privada tem um papel essencial na criação de um espaço sem fronteiras, sendo a liberdade de circulação uma concretização da cidadania europeia. O RES não deverá ser um obstáculo ao multiculturalismo e à globalização⁹⁹. Além disso, não se pode traduzir numa preocupação desmedida com o fenómeno de forum shopping, assim como não pode conduzir à construção de armadilhas à autonomia da vontade do autor da sucessão.

A concretização da tão desejada autonomia privada do autor da sucessão implica que os EM não se continuem a afastar, nem a criar barreiras e a impor a sua soberania estadual. A liberdade não deve, e não pode, perspetivar-se como um dado adquirido, muito menos como algo negativo. A continuidade e crescimento do tão apreciado padrão de vida ocidental deriva dos seus pilares essenciais de livre circulação de pessoas e manutenção de um espaço comum sem fronteiras.

Criar uma UE com fronteiras significa criar uma UE pobre. No nosso entendimento, não devemos defender uma UE mais fechada e menos global. Nem podemos desejar um retorno ao protecionismo onde imperam as restrições à liberdade de circulação. Não queremos um espaço propenso a conflitos, discriminações e intolerâncias, onde a diferença só é aceite quando não coloca a nossa soberania em causa.

A diversidade cultural deve garantir a nossa união porque, apesar das diferenças, somos todos iguais e estamos todos unidos na diversidade. É fundamental consagrar uma maior abertura - afinal, a liberdade de circulação é um direito fundamental de todos os cidadãos.

⁹⁷ Cura Mariano, 2019, p. 749. Estas restrições já estavam previstas no direito leonês-castelhano vigente no Condado Portucalense, resultando das influências do direito romano e visigodo.

⁹⁸ Moura Ramos, 2019, pp. 228-240.

⁹⁹ Xavier, 2022, p. 8. Isto significa que o Regulamento apresenta um papel essencial na preservação da diversidade e do multiculturalismo, dado que este diploma substituiu as regras de conflitos dos EM para facilitar a determinação da lei aplicável. Por isso, é importante que a diversidade dos ordenamentos dos EM não seja suscitada como um constante problema à aplicação do RES. Nesse sentido, e muito bem sublinha Rita Lobo Xavier, tem sido difícil assimilar a dispensa da operação de qualificação, receando que se venha a verificar a profecia de que os Regulamentos acabariam por ser revelar como um Cavalão de Troia, de dentro do qual acabarão por sair os executores da abominada unificação do Direito material”.

Capítulo III: A exceção de fraude à lei enquanto entrave ao exercício do direito fundamental de livre circulação de pessoas

1. A exceção de fraude à lei no Regulamento das Sucessões

Nada no Regulamento deve impedir que um órgão jurisdicional aplique os mecanismos destinados a impedir a evasão à lei, como a fraude à lei¹⁰⁰, no contexto do direito internacional privado (considerandos n.º 26 e n.º 52).

A fraude à lei consiste num aproveitamento artificial da norma de conflitos em que ocorre uma manipulação intencionada e maliciosa daquela norma com intenção de alterar o fator de conexão, aspirando a aplicação de uma lei distinta, supostamente, mais favorável às pretensões do autor, ao invés daquela que seria aplicada caso não existisse uma alteração fraudulenta. A atuação fraudulenta exige a concretização de um elemento subjetivo e de um elemento objetivo¹⁰¹. Pretende-se obter um ato ou decisão, ou criar uma situação a fim de produzir os seus efeitos num Estado onde o resultado almejado é proibido¹⁰².

Este mecanismo garante a aplicação das normas imperativas do próprio ordenamento jurídico¹⁰³ e não se confunde com a mera simulação, dado que supõe a alteração de um ato ou conduta real e não de um engano ou representação¹⁰⁴. Além disso, note-se que este mecanismo é distinto da exceção de ordem pública internacional¹⁰⁵.

A exceção de fraude à lei apresenta-se como uma norma de aplicação e não uma norma de regulação. O atrito entre a livre disposição de bens do autor da sucessão e as normas imperativas aplicáveis às sucessões transfronteiriças são um dos problemas suscitados na exceção de fraude à lei¹⁰⁶ enquanto consequência da diversidade de normas materiais de Direito sucessório dos vários ordenamentos jurídicos.

¹⁰⁰ Freire, 1954-1955-1956, p. 70; Pinheiro, p. 506.

¹⁰¹ Kao, 2011, p. 1157; Segura, 2015, p. 181; Correia, 2000, pp. 508-509; Pinheiro, 2019, pp. 505-509. O elemento subjetivo consiste na vontade de afastar a aplicação de uma norma imperativa, que seria a norma aplicável. É necessário haver dolo, visto que não há fraude por negligência. O elemento objetivo traduz-se na manipulação, com êxito, do elemento de conexão, ou na internacionalização fictícia de uma situação interna.

¹⁰² Lopes, 2018, pp. 132-133.

¹⁰³ Segura, 2015, pp. 180-185.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Ac. do STJ de 18 de junho de 2013, relator Gregório Silva Jesus, disponível em <http://www.dgsi.pt>. O Tribunal da Relação, contrariamente ao Tribunal da Primeira Instância e ao STJ, entendeu que este não era um caso de fraude à lei, mas sim um caso de ordem pública internacional, visto que “o facto de a falecida ter ido testar ao Consulado Brasileiro não cria nenhuma situação de facto que evitasse a aplicação da lei portuguesa (...) pois que a lei aplicável continua a ser a lei Portuguesa”. Em sentido oposto, o STJ entendeu que neste caso há fraude à lei e que é visível no “facto de a falecida ser conhecedora da lei aplicável à sua sucessão em Portugal, e no facto de a sua quota disponível ser inferior à que a lei brasileira lhe permite dispor”.

¹⁰⁶ Segura, 2015, pp. 178-179.

A exceção de fraude à lei não foi prevista na Proposta do RES¹⁰⁷; no entanto, o Regulamento acabou por fixar os considerandos n.º(s) 26 e 52. Neste sentido, uma importante questão a resolver nesta matéria, é de saber quando e como é que existe uma alteração fraudulenta do fator de conexão pelo autor da sucessão, dado que o legislador europeu expressa o seu receio nesta matéria, todavia, não esclarece quais os critérios que determinam a aplicação deste mecanismo.

De acordo com Albert Font i Segura, a alusão à exceção de fraude à lei não passou de uma ilusão, na medida em que o legislador europeu se inibiu e não apresentou uma norma clara e concreta a este propósito¹⁰⁸. Uma vez que não existe uma disposição normativa concreta sobre a exceção de fraude à lei, cada jurisdição vai aplicar a sua própria conceção¹⁰⁹. Esta ausência pode colocar em causa os objetivos do planeamento sucessório do autor da sucessão e obstar à concretização da autonomia privada, na medida em que cada EM aplica a sua conceção de fraude à lei.

O legislador europeu devia ter clarificado a aplicação deste mecanismo para evitar perturbações e interpretações díspares, designadamente, ter especificado quais as normas imperativas que seriam comprometidas, elaborar algumas situações típicas em matéria sucessória suscetíveis de provocar a aplicação da fraude à lei, evidenciar o seu caráter excecional e limitar a sua aplicação a situações específicas, principalmente, quando estiver em causa o exercício da *professio iuris*¹¹⁰. É necessário perceber se a exceção de fraude à lei deve ser analisada numa perspetiva puramente nacional, ou se, pelo contrário, o TJUE deve pronunciar-se a este propósito, na medida em que pode comprometer a correta aplicação do Regulamento.

2.O impacto da “dupla faceta” do Regulamento no planeamento sucessório

O Regulamento é um projeto meritoso concretizado no contexto da UE. A sua discussão e entrada em vigor concretizaram-se graças à robustez do projeto europeu. A inserção da norma de conflitos num instrumento europeu apresenta uma particular importância. A regra de conflitos unificada responde aos objetivos que estiveram na base da adoção do RES¹¹¹, nesse sentido, é importante compreender que este diploma apresenta uma “dupla faceta”¹¹² que influenciou a concretização da norma de conflitos.

¹⁰⁷ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um certificado sucessório europeu. <https://bit.ly/3X9d72r>.

¹⁰⁸ Segura, 2015, pp. 209-210.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 190.

¹¹² *Ibidem*.

Por um lado, existe uma “faceta dinâmica e construtiva de um projeto comum”¹¹³ assente na concretização de um espaço de liberdade, segurança e justiça e de direitos fundamentais, em particular o direito de livre circulação de pessoas¹¹⁴. Por outro lado, encontra-se a “faceta conservadora e passiva”, que salvaguarda o Direito material sucessório dos vários ordenamentos jurídicos relativamente a aspetos de caráter imperativo. A exceção de fraude à lei, a exceção de ordem pública internacional (art. 35.º) e a aplicação de disposições que restringem a sucessão de determinados bens (art. 30.º) são os três mecanismos que integram esta faceta¹¹⁵.

As finalidades prosseguidas pelo RES não se concretizam apenas com a preservação da heterogeneidade do Direito substantivo, mas também quando se assegura a livre circulação dos cidadãos. Isto não significa que o Direito material deva ser ignorado; todavia, implica uma maior consciência dos objetivos previstos no Regulamento¹¹⁶.

3. A intenção de proteger a reserva hereditária

O Regulamento admite uma norma de conflitos unificada, num espaço judicial unitário, no qual se unificam também as normas de competência judicial internacional (art. 4.º). No entanto, as divergências de Direito substantivo entre os EM subsistiram, decisão que aplaudimos, dado que entendemos que a harmonização do Direito material sucessório não seria plausível, assim como não seria a solução ideal para a concretização dos objetivos do Regulamento.

Os diferentes aspetos de cada ordenamento jurídico são visíveis em diversas matérias. Em determinados Estados, essas matérias apresentam um caráter imperativo, enquanto noutros manifestam uma natureza dispositiva. Destacamos as controvérsias associadas à admissão dos pactos sucessórios, a validade e a extensão das substituições fideicomissárias e o alcance das “*reservas troncales*”¹¹⁷. Todavia, aquela que suscita maiores problemas a propósito do recurso à fraude à lei é a reserva hereditária¹¹⁸.

Os sistemas legais europeus partilham a convicção de garantir algum apoio aos familiares mais próximos do autor da sucessão,; no entanto, os mecanismos utilizados para esse efeito variam, em termos da natureza do apoio, a sua quantidade e familiares beneficiados¹¹⁹. Os Estados que seguem o sistema de *Common Law* concedem ao testador liberdade para dispor livremente do seu espólio. Em sentido oposto, grande

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Cfr. considerandos n.º 1, n.º 7, n.º 23 e n.º 80.

¹¹⁵ Segura, 2015, p. 195. Estes mecanismos restringem a sucessão de determinados bens. Apesar de terem uma aplicação restritiva, são ao mesmo tempo poderosíssimos e “pueden llegar a condicionar el éxito del Reglamento sucesorio”.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 191.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 198.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Wiedemann, 2021, pp. 146-147.

parte dos países europeus adota o sistema da *Civil Law* e salvaguarda a quota reservada a eventuais designados herdeiros legitimários, impedindo a livre disposição do património do autor da sucessão¹²⁰.

Na Proposta do Regulamento, as delegações nacionais manifestaram alguma preocupação relativa a possíveis situações fraudulentas no que respeita à reserva hereditária e outros mecanismos que protegem os herdeiros do autor da sucessão. Receia-se que as divergências de Direito substantivo entre os EM incentivem os cidadãos a alterar a sua residência ou nacionalidade fraudulentamente, com o intuito de diminuir ou eliminar a quota reservada a eventuais designados herdeiros legitimários¹²¹. De acordo com Albert Font i Segura, a norma de conflitos unificada acentua a heterogeneidade normativa entre os EM¹²².

A previsão da exceção de fraude à lei no RES surge com o intuito de garantir a aplicação das normas sucessórias imperativas, principalmente aquelas que protegem os herdeiros legitimários¹²³⁻¹²⁴. Os considerandos n.º 26 e 52 são previstos com a incumbência de advertir para situações fraudulentas. A ausência de uma disposição normativa não impede a aplicação deste mecanismo, dado que as entidades competentes podem, ainda assim, aplicar esta exceção, o que revela uma grande preocupação em evitar que o Regulamento seja utilizado como um meio fraudulento¹²⁵.

A sucessão legitimária configura uma restrição ao direito de propriedade privada e à sua transmissão¹²⁶. A sucessão legitimária (art. 2156.º CC) apresenta-se, no nosso entendimento, obsoleta e desadequada¹²⁷, e impede o desenvolvimento de uma sociedade onde impera a família contemporânea¹²⁸. As razões que fundamentam a desadequação deste regime são várias. São de destacar o aumento da esperança média de vida, que faz com que os filhos, quando herdarem, em média, já terão cerca de quarenta a cinquenta anos, estando as obrigações dos progenitores cumpridas¹²⁹; os bens do disponente são adquiridos através do seu esforço profissional, deixando de haver o

¹²⁰ Sampaio, 2022, p. 32; Figueiredo, 2020, p. 35.

¹²¹ Wiedemann, 2021, p. 147.

¹²² Segura, 2015, p. 199.

¹²³ No Caso *Caron* da *Cour d'Appel de Aix-en-Provence* de 9 de março de 1982, o tribunal concluiu pela aplicação do mecanismo de fraude à lei porque *Caron*, cidadão francês, transferiu um bem imóvel para uma empresa, de modo a substituir o bem imóvel por uma participação em capital (bem móvel) para que se aplicasse a lei do país do último domicílio e não a lei do país onde se situam os bens.

¹²⁴ Wiedemann, 2021, p. 141.

¹²⁵ Segura, 2015, p. 209.

¹²⁶ Cura Mariano, 2019, p. 762; Xavier, 2022, p. 8. A sucessão legitimária radica o seu fundamento na função social da propriedade, de apoio e proteção dos membros da família mais próxima; não obstante, existe um interesse socioeconómico da conservação do património na família, que assegura a permanência e coesão do agregado familiar.

¹²⁷ Cura Mariano, 2019, p. 769. Um sistema de solidariedade familiar tradicional pode não passar o controlo de constitucionalidade, a nível de proporcionalidade, no sentido de saber se, enquanto restrição de um direito fundamental (art. 62.º CRP), se adequa aos fins visados.

¹²⁸ Morais, 2018, pp. 7-13, entende que mais importante do que afirmar a perda da função do nosso sistema sucessório é preparar e renovar o direito sucessório, que já não tem uma função a desempenhar.

¹²⁹ Xavier, 2016, pp. 356-357; Campos & Campos, 2017, p. 29.

“património familiar”¹³⁰⁻¹³¹. Não se compreende porque é que alguém que nunca auxiliou os seus familiares deve beneficiar da quota da herança. A solidariedade familiar¹³² exige uma maior liberdade para dispor dos bens em favor do familiar mais carenciado, por exemplo, o cônjuge sobrevivente ou o filho com capacidade diminuída¹³³.

A família é, nos dias de hoje, encarada como um espaço de busca de felicidade e de realização pessoal. Estes fundamentos sustentam a livre disposição dos bens do autor da sucessão¹³⁴ a favor de qualquer outra pessoa, independentemente do vínculo jurídico existente, na medida em que as alterações legislativas recentes se fundamentam numa família de convivência e de afetos.

4. Os “emigrantes” de segunda e terceira geração e o recurso à exceção de fraude à lei

A escolha da lei aplicável garante previsibilidade, certeza e segurança na organização do planeamento sucessório transfronteiriço. Como tal, não fará sentido recorrer à fraude à lei quando o autor da sucessão apresente um suposto “vínculo débil”¹³⁵ e existiu uma presumida *professio iuris* fraudulenta, na medida em que esta situação pode ser incompatível com o art. 22.º do RES. Existem dúvidas a propósito de situações em que o autor da sucessão, além do vínculo da nacionalidade, não apresenta nenhum outro vínculo com o país cuja lei foi escolhida. Pense-se, por exemplo, nos emigrantes de segunda e terceira geração que conservam a nacionalidade do Estado de origem da sua família, todavia, sem manter qualquer contacto com aquele Estado. É o caso de um luso-descendente, residente em França, que invoca nesse país a aplicação da lei portuguesa para regular a sucessão.

No nosso entendimento, no caso supramencionado, não fará sentido suscitar a aplicação da fraude à lei, nem se pode afirmar que existiu um aproveitamento artificial do fator de conexão, dado que o vínculo da nacionalidade não foi adquirido com o intuito fraudulento de ludibriar a aplicação da regra de conflitos.

¹³⁰ Pinheiro, 2017, p. 178.

¹³¹ Pinheiro, 2017, p. 583.

¹³² Em Portugal, o princípio da solidariedade familiar não pode ser negado, graças à proteção constitucional da família (art. 67.º da CRP).

¹³³ Moura Ramos, 2019, pp. 239-241. A reserva legitimária não pressupõe um estado de carência dos beneficiários, nem a efetiva existência de laços de dependência económica ou solidariedade pessoal entre estes e o *de cuius*. Este regime apenas visa beneficiar o cônjuge, descendentes ou ascendentes pela simples existência de uma relação familiar, visando uma transmissão forçada do património para um círculo restrito dos seus familiares.

¹³⁴ Dias, 2016, p. 461. A evolução da família e do instituto do casamento e conjuntura atual de crise económica, onde as fortunas relevantes, o património mobiliário e imobiliário avultados são raros, permitem-nos posicionarmo-nos contra a sucessão legitimária e privilegiar a liberdade de testar, em detrimento da proteção da família.

¹³⁵ Bonomi & Wautelet, 2015, pp. 283-284.

5. O exercício do direito fundamental de livre circulação de pessoas

O Regulamento visa assegurar o desenvolvimento de um espaço de liberdade, segurança e justiça, bem como o direito de livre circulação de pessoas, com a intenção de garantir a estabilidade e a segurança do planeamento sucessório do cidadão europeu que se desloca entre Estados, independentemente de se tratar ou não de um EM¹³⁶.

Os EM demonstram-se reticentes e desconfiados e, como tal, podem invocar a exceção de fraude à lei, com vista a imporem as suas regras e a impedir que os cidadãos circulem livremente. A desconfiança perante o cidadão que exerce o seu direito fundamental de livre circulação é incompreensível e não deve persistir. Não é coerente admitir o exercício da *professio iuris* e, simultaneamente, permitir-se a invocação da fraude à lei, obstaculizando a concretização dos objetivos do RES¹³⁷. Os Estados que receiam que o fator de conexão seja defraudado concordaram com a eleição da lei aplicável à sucessão. Além disso, apresentaram as suas propostas à data da discussão do Regulamento, que culminaram numa *professio iuris* limitada¹³⁸. Não se devem frustrar os objetivos e expectativas¹³⁹ do autor da sucessão¹⁴⁰, na medida em que foi o RES que lhe deu a garantia de que podia escolher livremente a lei aplicável à sua sucessão.

É fundamental compreender que o autor da sucessão, além de ser nacional de um EM, é um cidadão europeu. A cidadania europeia advém do projeto europeu que se impõe a todos os EM, por força do princípio da primazia – destacamos a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a organização institucional que estrutura o espaço europeu, e os Regulamentos de Direito Internacional Privado. Estes aspetos essenciais devem ser considerados quando se insiste em invocar a exceção de fraude à lei.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ Almeida, 2015, p. 48. A questão que se coloca é a de saber se o 2.º parágrafo do n.º 1 do art. 22.º do RES é, ou não, imune à fraude à lei. Considera-se que, tendo o RES conferido ao autor da sucessão o direito de escolher, livremente, a lei de qualquer Estado de que é nacional, essa escolha será, em regra, insuscetível de acionar o mecanismo de fraude à lei.

¹³⁸ Considerando n.º 38. O legislador europeu limitou a escolha da lei aplicável com o intuito de evitar possíveis situações fraudulentas. Não faz sentido limitar, ainda mais, a escolha da lei aplicável, e até frustrá-la, através da exceção de fraude à lei.

¹³⁹ Segura, 2015, pp. 214-215. A nacionalidade expressa uma verdadeira conexão entre o autor do planeamento sucessório e a lei escolhida; logo, não se pode falar em frustração de legítimas expectativas dos herdeiros legítimos, dado que o RES, por intermédio do art. 22.º, pretende proporcionar segurança jurídica.

¹⁴⁰ O objetivo do RES não é desconfiar do autor da sucessão quando este escolhe a lei aplicável à sua sucessão. Na proposta do Regulamento, a exceção de fraude à lei não estava prevista. Com isto, parece-nos que o Regulamento acaba por adotar uma posição de desconfiança que é desconforme com os seus objetivos.

O Regulamento não pode obstar à livre circulação e estabelecimento de pessoas dentro da UE, muito pelo contrário, deve fomentar estas liberdades fundamentais¹⁴¹. O Regulamento necessita de ser interpretado e aplicado à luz do objetivo de favorecimento da autonomia privada dos cidadãos membros de famílias globais que se movimentam num espaço sem fronteiras¹⁴², onde deve predominar a livre circulação de pessoas.

¹⁴¹ Considerandos 1, 7 e 80.

¹⁴² Xavier, 2022, p. 1.

Conclusões

O Regulamento das Sucessões auxiliou na criação de um Espaço Europeu de Justiça Comum. Este instrumento mostra-se crucial para a concretização da identidade e da cidadania europeias, na medida em que, ao conceder a cada cidadão a possibilidade de escolher a lei que regulará a sua sucessão, independentemente do lugar onde vier a falecer, facilita as deslocações transfronteiriças. Garante-se, assim, o direito de livre circulação.

O regime atual promove a concretização antecipada de um planeamento sucessório transfronteiriço dotado de certeza e segurança jurídicas. Propicia o diálogo intercultural associado à proteção dos Direitos Humanos, às instituições democráticas e ao princípio do primado do Direito, e contribui para a manutenção da paz na UE.

Entre os objetivos do Regulamento, são de destacar o de contribuir para o desenvolvimento de um espaço de liberdade, segurança e justiça (art. 67.º TFUE), o de facilitar o bom funcionamento do mercado interno suprimindo os entraves ao direito fundamental de livre circulação de pessoas no âmbito do planeamento sucessório transfronteiriço e o de possibilitar a organização antecipada da sucessão transnacional, assim como o de garantir eficientemente os direitos dos herdeiros e dos legatários, das pessoas próximas do falecido e dos credores da sucessão.

A necessidade de ultrapassar a diversidade de leis agilizou a harmonização do direito conflitual, e a opção pela aplicação de uma lei única à sucessão permite que o disponente organize antecipadamente a sua sucessão.

A autonomia privada é a trave-mestra do Regulamento. Conferiu-se ao autor da sucessão o direito de escolher a sua lei pessoal para a regular a sucessão (art. 22.º, n.º 1) e concedeu-se a possibilidade de designar a lei aplicável a uma disposição por morte (art. 24.º, n.º 2 e art. 25.º, n.º 3 do RES). A liberdade atribuída ao testador viabiliza a escolha da lei que se adequa às suas pretensões e concretiza o direito de livre circulação de pessoas. Além disso, favorece a concretização do planeamento sucessório e permite-lhe alterar a sua residência, mantendo-se a escolha da lei sucessória inalterada.

A fim de garantir uma conexão entre o autor da sucessão e a lei escolhida e evitar que as expectativas dos herdeiros legitimários sejam malogradas, a *professio iuris* é limitada. O testador não pode optar pela lei da residência habitual no momento da escolha.

Admitiu-se como regra geral o critério supletivo da lei da residência habitual do autor da sucessão no momento do óbito (art. 21.º, n.º 1). Esta regra concretiza o direito fundamental de livre circulação de pessoas e contribui para o bom funcionamento do mercado interno. Adequa-se ao crescente fenómeno de mobilidade humana. O autor da

sucessão sabe antecipadamente que a lei da residência habitual é a competente para regular a sua sucessão, a menos que faça testamento a optar pela lei nacional.

A exceção prevista na norma do n.º 2 do art. 21.º do RES é contrária aos objetivos do Regulamento. A sua aplicação exige uma “interpretação em termos casuísticos” do conceito da residência habitual, de onde decorrem resultados pouco previsíveis, pondo em causa a autonomia privada do autor da sucessão e o planeamento sucessório que realizou.

O RES admite o funcionamento da clássica cláusula de ordem pública internacional (art. 35.º RES). Todavia, a reserva hereditária suscita vários problemas nesta matéria. Quando o autor da sucessão escolheu, validamente, para regular a sua sucessão, uma lei que não admite a reserva hereditária, pode acontecer que os seus descendentes venham a invocar o seu direito num Tribunal cujo ordenamento jurídico reconheça tal direito. Esta problemática surge associada ao fenómeno de *forum shopping*.

No nosso entendimento, não é credível que o cidadão comum possa abandonar a sua residência, família e amigos, emprego e modo de vida, somente para criar uma ligação ardilosa com outro Estado, tendo exclusivamente em vista a aplicação de uma lei sucessória mais favorável.

A desadequação da reserva legitimária e a necessidade de reforma do direito sucessório são fatores a considerar quanto ao eventual recurso à exceção de ordem pública internacional, que pode contrariar os próprios objetivos do Regulamento.

A autonomia privada tem um papel essencial na criação de um espaço sem fronteiras, sendo a liberdade de circulação uma concretização da cidadania europeia. O Regulamento não deverá ser um obstáculo ao multiculturalismo e à globalização; no entanto, subsistem algumas dificuldades na sua aplicação, designadamente, a persistência na invocação da diversidade de leis entre os diferentes ordenamentos jurídicos. Isto não deve impedir a concretização dos objetivos do RES.

Também a invocação da exceção de fraude à lei poderá impedir a criação de um espaço sem fronteiras, um dos objetivos do Regulamento. Nos termos dos considerandos n.º 26 e 52 do RES, devem impedir-se situações em que o autor da sucessão manipula maliciosamente a regra de conflitos com o intuito de garantir a aplicação de outra lei mais favorável às suas pretensões.

A previsão deste mecanismo de fraude à lei suscita alguns problemas. O legislador europeu não especificou quando e como se aplica este instituto. Esta omissão pode colocar em causa os objetivos do Regulamento e a vontade do autor da sucessão, na medida em que cada EM aplica a sua conceção de fraude à lei. Entendemos que, para

evitar perturbações e interpretações díspares, o legislador europeu devia ter adotado uma disposição normativa clara e concreta.

A heterogeneidade do Direito material sucessório dos ordenamentos jurídicos dos diferentes Estados membros é visível a propósito de várias matérias. No entanto, aquela que suscita maiores problemas a propósito da invocação da fraude à lei é a reserva hereditária. Receia-se que as divergências de Direito substantivo entre os EM incentivem os cidadãos a alterar a sua residência ou nacionalidade fraudulentamente com o intuito de diminuir ou eliminar a quota reservada a eventuais designados herdeiros legítimos.

Persistem algumas dúvidas quanto à invocação da fraude à lei nos casos em que o autor da sucessão, além do vínculo da nacionalidade, não dispõe de nenhuma outra ligação com o país cuja lei foi escolhida. Na hipótese dos emigrantes de segunda e terceira geração, não fará sentido invocar a fraude à lei, uma vez que o vínculo da nacionalidade não foi, manifestamente, adquirido com o intuito de manipular a regra de conflitos.

O Regulamento das Sucessões visa assegurar o direito de livre circulação de pessoas, de modo a garantir a estabilidade e a segurança do planeamento sucessório do cidadão europeu que se desloca entre os EM. A desconfiança perante o cidadão que exerce do seu direito fundamental é incompressível e não deve persistir. Não existe coerência quando se admite a *professio iuris* e, simultaneamente, se permite a invocação da fraude à lei, obstaculizando a concretização dos próprios objetivos do RES.

A UE é um espaço de pluralismo e heterogeneidade. O diálogo intercultural é fulcral para a identidade e cidadania europeias. Os problemas suscitados pela aplicação do Regulamento das Sucessões devem ser resolvidos à luz dos seus próprios objetivos, de propiciar a autonomia privada e a estabilidade do planeamento sucessório, assegurando e incentivando a livre circulação de pessoas, e não dificultando-a.

Referências bibliográficas

- AA.VV. (2010). Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition, and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession. *Max Planck Private Law Research Paper*, vol. 74, no. 3.
- ALMEIDA, J.G. (2014). Apontamentos sobre o novo direito de conflitos sucessório. *Revista do CEJ*, n.º II.
- BALDUS, C. (2009). ¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo? Apuntes sobre la propuesta de un reglamento de sucesiones. *El Notario del Siglo XXI*, n.º 26.
- BELLEROCHE, D. (2021). A plea against withholding rights under French law: A view from the international practice. *Revue Critique de Droit International Privé*, n.º 2.
- BONOMI, A. & WAUTELET, P. (2015). *El derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) n.º 650/2012, de 4 de julio de 2012*. Thomson Reuters Arazandi.
- BONOMI, A. (2009). *Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement communautaire*. Schulthess.
- CAMPOS, D. & CAMPOS, M. (2017). *Lições de direito das sucessões*. Almedina.
- CORREIA, F. (2000). *Lições de direito internacional privado I*. 12ª reimpressão da edição de outubro. Almedina.
- CURA MARIANO, J. (2019). A sucessão legitimária: Um regime no limbo da inconstitucionalidade. *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*. Almedina.
- DEXAUX, A. (2013). The European regulations on succession of July 2012: A path towards the end of the succession conflicts of law in Europe, or not? *The International Lawyer*, vol. 47, n.º 2.
- DIAS, C.A. (2016). *Autonomia e heteronomia no direito da família e no direito das sucessões*. Almedina.
- DRLICKOVÁ, K. & ROHOVÁ, I. (2015). Habitual residence as a single connecting factor under the Succession Regulation. *Ankara Scientific Cooperation*.
- FERREIRA, A.R. (2016). *O exercício da autonomia da vontade na sucessão legal e nas disposições mortis causa*. Dissertação de Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões. Braga. Escola de Direito da Universidade do Minho.
- FIGUEIREDO, A.L.C. (2020). *Planeamento de sucessões transnacionais no direito europeu. A relevância da autonomia da vontade na escolha da lei que regerá a sucessão e suas consequências no planeamento de sucessões transnacionais*. Tese de Mestrado em Direito. Porto. Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.
- FREIRE, A.R. (1954-1955-1956). A fraude à lei no direito internacional privado. *Revista da Ordem dos Advogados*.
- GARCÍA, R.A. (2015). El Reglamento 650/2012, relatiu à la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions, a l'acceptació i l'execució dels documents

- públics en matèria de successions mortis causa i a la creació d'un certificat successori europeu. *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15-2.
- GONÇALVES, A. (2015). As linhas gerais do Regulamento Europeu sobre Sucessões. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 52.
- GORJÃO-HENRIQUES, M. (2019). *Direito da União: História, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*, 9.ª ed. Coimbra: Almedina.
- JAYME, E. (2009). Party autonomy in international family and succession law: New tendencies. *Yearbook of Private International Law*, vol. XI. Munique: Sellier.
- KAO, T.C. (2011). Do problema da “fraude à lei” no direito internacional privado. *Revista de Administração Pública de Macau*, vol. XXIV, n.º 94.
- KRVAVAC, M. & BELOVIĆ, J. (2014). Communitarisation of private international law rules on party autonomy in the European Union. *International Journal of Business, Humanities and Technology*, vol. 4, no. 3.
- LALLEMANT, F. (2015). *Le Règlement (UE) n.º 650/2012 du 4 juillet 2012: quel avenir pour les successions internationales?* Master en Droit. Université Catholique de Louvain.
- LOPES, D. (2018). Challenges and constraints to recognition in the field of freedom of circulation: The relevance of the *fraus legis* institute in European Union Law. *Market and Competition Law Review*, vol. II, n.º 1.
- MARINHO, C.M. (2015). *Sucessões europeias. O novo regime sucessório europeu*. Quid Juris Editora.
- MEDEIROS, R. & MIRANDA, J. (2017). *Constituição Portuguesa anotada*, vol. I. Universidade Católica Editora.
- MÓNIKA, C. (2018). The public policy (*ordre public*) rule of the EU Succession Regulation and the Hungarian inheritance law. *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*. Cornivus University of Budapest.
- MONTEIRO, A.P. & DIAS, R. (2022). Residência habitual à luz do Regulamento Europeu das Sucessões. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 4034.
- MORAIS, D. (2018). *Os institutos alternativos ao testamento no século XXI*. Principia.
- MORELL, F. (2010). *La professio iuris sucesoria*. Madrid: Marcial Pons.
- MOTA, H. (2014). A autonomia conflitual e o reenvio no âmbito do Regulamento (UE) n.º 650/3012 do PE e do Conselho, de 4 de julho de 2012. *Revista Eletrónica de Direito*, n.º 1.
- MOTA PINTO, C.A. (2005). *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed. Coimbra Editora.
- MOURA RAMOS, R. (2019). Acórdão de 16 de maio de 2018. Relação sucessória plurilocalizada, sistemas jurídicos complexos e ordem pública internacional. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Ano n.º 149, n.º 4020
- PASSINHAS, S. (2019). A sucessão legitimária em Portugal e a exceção de ordem pública internacional: Breves considerações. *Insights and proposals related to the application of the European Succession Regulation 650/2012*. Biblioteca della Fondazione Italiana del Noratiato.

- PATRÃO, A. (2018). Problemas práticos na aplicação do Regulamento Europeu das Sucessões. A Determinação da residência habitual por autoridades extrajudiciais, o reenvio para a lei de um Estado-Membro e a mobilização da cláusula de exceção. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 92, tomo 2.
- PATRÃO, A. (2012). Regulamento Europeu das Sucessões. Inovações e desafios. E-book – Atualidade e tendências na cooperação judiciária civil e comercial.
- PATRÃO, A. (2019). Party autonomy: Removing obstacles to legal diversity in the European Market. *Market and Competition Law Review*, vol. III, no. 1.
- PFEIFFER, M. (2012). Choice of law in international family and succession. *The Lawyer Quarterly*, no. 4.
- PINHEIRO, J.D. (2017). Direito das sucessões contemporâneo, 2.^a ed. AAFDL Lisboa.
- PINHEIRO, J.D. (2017). Atualidade e pertinência do Código Civil em matéria de família e sucessões. *Edição comemorativa do cinquentenário do Código Civil*. Universidade Católica Editora. Lisboa.
- PINHEIRO, L.L. (2021). Direito internacional privado – Direito de conflitos – Parte especial, vol. II, 4.^a ed. AAFDL Editora.
- PINTENS, W. (2021). Substantive national succession laws and the EU Succession Regulation. *The interaction between family law, succession law and private international law: Adapting to change*. Intersentia.
- RAMACIOTTI, S. (2021). An examination of the European and constitutional requirements of the compensatory levy in Draft Article 913 of the French Civil Code. *Revue Critique de Droit International Privé*, n.º 2.
- RASS-MASSON, L. (2021). European private international law and the *réserve héréditaire* in France. *The interaction between family law, succession law and private international law: Adapting to change*. Intersentia.
- SAMPAIO, A.S.A. (2022). *Perspetivas de reforma da tutela legitimária. Family provisions e outras técnicas de proteção parassucessória*. Tese de Mestrado em Direito. Porto. Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.
- SÁNCHEZ, R.L. (2013). Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2.
- SEGURA, A.F. (2015). El fraude de ley en el Reglamento (EU) 650/2012 en materia sucesoria. *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, n.º 1.
- SILVA, N.A. (2007). Desenvolvimentos recentes do direito europeu da família e das sucessões. *Lex Familiae*, n.º 7.
- SUÁREZ, I. (2013). La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (EU) 650/2012. *Revista para el Análisis del Derecho*.
- VARELA, J.M.A. (2000). *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.^a ed. revista e atualizada. Almedina.
- VIZCAÍNO, B. (2020). Consideraciones sobre la *professio iuris* en la Regulación Europea de Sucesiones. *Fundamentos romanísticos del Derecho europeo e iberoamericano*, vol. 2.
- WAUTELET, P. (2017). Drafting choice of law and choice of court provisions under the EU Succession Regulation. *Europe for Notaires – Notaires for Europe*.

- WIEDEMANN, D. (2021). *The Succession Regulation through its national origins. The interaction between family law, succession law and private international law: Adapting to change*. Intersentia.
- XAVIER, R.L. (2016a). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*. Almedina.
- XAVIER, R.L. (2016b). *Planeamento sucessório e transmissão do património à margem do direito das sucessões*. Universidade Católica Editora.
- XAVIER, R.L. (2017). *Para quando a renovação do direito sucessório português? Edição comemorativa do cinquentenário do Código Civil*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- XAVIER, R.L. (2022). Planeamento sucessório e famílias globais. Regulamentos europeus com impacto no estatuto patrimonial do casamento e no estatuto sucessório. In *Atas do XXII Congresso IPRA CINDER*, realizado de 16 a 18 de maio de 2022, no Centro de Congressos da Alfândega do Porto.
- XAVIER, R.L. (2023). Reintegração da legítima de descendente dela privado por força da lei aplicável a sucessão internacional por meio de bens incluídos na herança situados em França – como os irredutíveis gauleses resistem ao Regulamento Europeu das Sucessões. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 1-4.
- ZALUCKI, M. (2018). Attempts to harmonize inheritance law in Europe: Past, present, and future. *Iowa Law Review*, vol. 103, n.º 5.

Fontes eletrónicas

- European E-Justice (2020). Sucessões em França. Existem restrições à liberdade de disposição por morte (por exemplo, a legítima)? <https://e-justice.europa.eu/166/PT/succession?FRANCE&member=1#tocHeader2>.
- Parlamento Europeu (2023). Livre circulação de pessoas. Fichas técnicas sobre a União Europeia. https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_4.1.3.pdf.

Publicações oficiais

- Convenção de Haia de 1989 sobre a lei aplicável às sucessões em caso de morte. <http://bitly.ws/zUiA>.
- Plano de Ação do Conselho e da Comissão Sobre a Melhor Forma de Aplicar as Disposições do Tratado de Amesterdão relativas à Criação de um Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça (1999/C 19/01). <http://bitly.ws/zUhe>.
- Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999: Conclusões da Presidência. <http://bitly.ws/zUgX>.
- Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de abril de 2004. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32004L0038>.

Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Bruxelas de 4 e 5 de novembro de 2004 – Programa de Haia Reforça a Liberdade, a Segurança e a Justiça na União Europeia. <http://bitly.ws/zUhp>.

Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um certificado sucessório europeu. Disponível em <http://bitly.ws/zUin>.

Programa de Estocolmo – Uma Europa Aberta e Segura que Sirva e Proteja os Cidadãos (JOUE 2010/C 115/01). <http://bitly.ws/zUhy>, consultado em 14/Out/2022.

Regulamento (UE) N.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. <http://bitly.ws/zUHL>.

Loi n.º 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République. <https://bit.ly/3LUcVCd>.

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de junho de 1978. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 278.

Caso *Caron* da Cour d'Appel de Aix-en-Provence de 9 de março de 1982.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de maio de 1992, relator Coutinho Figueiredo. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 417, Ano 1992.

Acórdão do Supremo Tribunal Espanhol de 23 de outubro de 1992. <https://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

Acórdão do Supremo Tribunal Espanhol de 15 de novembro de 1996. <https://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de outubro de 2008, relator Pires de Rosa. <https://jurisprudencia.pt/acordao/133993/>.

Acórdão Tribunal da Relação de Évora de 5 de fevereiro de 2009, proc. n.º 3038/08-3. <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/6844BFF06C99BB2080257DE100574F41>.

Acórdão de 02 de abril 2009, proc. C-523/07, <http://bitly.ws/zUzm>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de junho de 2013, relator Gregório Silva Jesus. Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de março de 2017, relatora Cristina Coelho. <https://jurisprudencia.pt/acordao/67654/>.

Cour de Cassation, civile, Chambre civile 1, 27 septembre 2017, 16-17.198. <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000035681578/>.

Cour de Cassation, civile, Chambre civile, 27 septembre 2017, 16-13.151. <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000035681538/>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de maio de 2018, relator Roque Nogueira.
<https://jurisprudencia.pt/acordao/183055/>.

Tribunal de Grande Instance de Nanterre, Pôle Famille 3ème section, 28 mai 2019, n.º 19/119.
<https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2019/06/doc190619-19062019144050.pdf>.

Impugnação pauliana e o processo de insolvência:

**Efeitos da procedência da ação de impugnação pauliana no
contexto da insolvência do devedor**

Maria Luís Campos de Oliveira

Sob orientação da Professora
Doutora Isabel Menéres Campos

Resumo

A presente dissertação versa sobre a querela doutrinal, e jurisprudencial, em volta da questão de qual o tratamento e alcance de uma ação de impugnação pauliana julgada procedente, no contexto em que o devedor está numa situação de insolvência (ou é, entretanto, declarado insolvente), problematizando-se a compatibilização do regime de Direito da Insolvência, que conflitua, nesta circunstância, com o Direito das Obrigações. Não obstante a parca literatura em sede de garantias, impõe-se um estudo intensivo da impugnação pauliana, como meio de conservação da garantia patrimonial e, ainda, dos princípios de Direito Insolvencial, que se depreendem do Código da Insolvência e de Recuperação das Empresas, para uma correta conciliação destes dois institutos jurídicos. Assim, tendo em conta a disparidade de soluções, com vista à que melhor salvaguarde o interesse de um determinado credor e, ao mesmo tempo, consagre mecanismos de proteção da universalidade de credores, decorrente de uma declaração de insolvência, chegar-se-á a um resultado inevitável: a resposta nunca será absoluta, ou tampouco definitiva, em face das circunstâncias factuais e históricas e da constante evolução do Direito.

Palavras-chave: Responsabilidade patrimonial; impugnação pauliana; declaração de insolvência; princípio *par conditio creditorum*.

Abstract

This dissertation focuses on the doctrinal and jurisprudential quarrel around the treatment and extent of an *actio pauliana*. The context of the dissertation regards the case in which the debtor is in a situation of insolvency (or becomes insolvent), analysing the compatibility of the Insolvency Law regime, which conflicts, in this circumstance, with the Law of Obligations.

Due to the lack of literature on guarantees, an intensive study of the institute of *actio pauliana* is required, in furtherance of preserving the asset guarantee and the principles of Insolvency Law, which are deduced from Insolvency and Corporate Recovery Law, for an adequate conciliation of these two legal institutes

Thus, given the disparity of solutions, in the pursuit of the one that best safeguards the interest of a given creditor and simultaneously enshrines mechanisms to protect the universality of creditors resulting from a declaration of insolvency, we will arrive at an inevitable result: the answer will never be absolute, or even definitive, given the factual and historical circumstances, and the constant evolution of Law.

Keywords: Patrimonial responsibility; *actio pauliana*; declaration of insolvency; *par conditio creditorum* principle.

Lista de siglas e abreviaturas

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
Ac.	acórdão
AI	administrador da insolvência
Al.	alínea
Art./arts.	artigo/Artigos
Atual.	atualizada
Aum.	aumentada
Cap.	capítulo
CC	Código Civil
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação das Empresas
Consult.	consultado
Coord.	coordenação
CPC	Código de Processo Civil
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência
Ed.	edição
Ex.	exemplo
Id.	<i>idem</i> , mesmo autor
I.e.	<i>id est</i> , isto é
N.º/n.ºs	número/números
P./pp.	página/páginas
Reimp.	reimpressão
Rev.	revista
Ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	volume

Advertência

Devido à limitação de caracteres imposta, e apesar de revestirem um papel de relevo assinalável, não poderão ser abordadas, com a extensão e o desenvolvimento que mereciam, determinadas matérias, por não serem centrais para o objeto de análise da presente dissertação, nomeadamente o estudo das garantias especiais e, ainda, no que toca à conciliação da impugnação pauliana com o processo insolvential, a questão de saber, por um lado, qual a solução para quando é o terceiro adquirente a ser declarado insolvente, na pendência de uma ação de impugnação pauliana, e, por outro, se devem os credores do terceiro adquirente concorrer com os credores do devedor alienante.

Ainda, pela mesma questão (de otimização do número de caracteres), para além de se ter utilizado, nas notas de rodapé, o sistema *autor, data, página*, admitido pelo Manual de Estilo, também a menção a preceitos legais, dentro de parêntesis, foi feita apenas através da referência ao número do artigo e ao respetivo diploma legal (abreviado) onde está inserido, sendo supridas as palavras “artigo” ou “artigos”.

Índice

Introdução	7
Capítulo I. Efeitos da declaração de insolvência em termos de responsabilidade patrimonial	9
Capítulo II. Impugnação pauliana – pressupostos e efeitos	15
Capítulo III. Compatibilização entre a impugnação pauliana e a resolução em benefício da massa insolvente	
Capítulo IV. Efeitos da procedência da ação de impugnação pauliana e o seu alcance no contexto da insolvência do devedor	25
1.1. Interpretação declarativa	25
1.2. Interpretação extensiva	30
1.3. Análise crítica ao artigo 127.º, n.º 3 do CIRE	37
Conclusão	42
Bibliografia	43
Jurisprudência	46

Introdução

Numa relação jurídica, as partes detêm a legítima expectativa de que as obrigações serão pontualmente cumpridas, devendo a conduta de cada interveniente ser pautada pelo princípio da boa-fé, com vista à “realização voluntária, plena e diligente da obrigação (...) a que se vinculou o devedor”¹. Assim sendo, ao dever de prestar do devedor contrapõe-se o direito à prestação, exigível pelo credor, que poderá ser realizado coativamente através do direito, que também detém, de execução. Efetivamente, o objetivo primacial do cumprimento das obrigações será a “satisfação do interesse do credor”²⁻³. A garantia das obrigações, tendo um papel fulcral no âmbito do direito obrigacional, assume especial relevância em sede de Direito da Insolvência. Como tal, através da leitura do preâmbulo do CIRE, depreende-se que, também no âmbito insolvencial, o fim sempre será a “*satisfação*, pela forma mais eficiente possível, *dos direitos dos credores*”.

Nesse sentido, o credor terá, aliás, direito a um “comportamento de abstenção do seu devedor”, de forma a que não seja colocada em risco a “garantia patrimonial do crédito”, i.e., o património do devedor e, em concreto, no direito falimentar, uma vez declarada a insolvência, a massa insolvente. Tal garantia *comum* das obrigações é posta em causa, resultando diminuída quando o devedor pratica atos que direta ou indiretamente prejudicam o credor. Por isso, é fundamental, nessa circunstância, que este esteja munido de *garantias* que lhe permitam beneficiar de uma posição de “segurança”⁴, que decorre, nomeadamente, do princípio da responsabilidade patrimonial.

É neste contexto que surgem os chamados *meios conservatórios de garantia patrimonial*, com o fim de evitar o desaparecimento ou a diminuição do “património devedor”⁵, destacando-se a impugnação pauliana, como um “meio de tutela das expectativas do credor de poder executar o património do devedor”⁶, que constitui, pelas razões que em breve se explicitarão, um desvio ao princípio geral de responsabilidade patrimonial.

Este instrumento, sendo geral, relativamente ao mecanismo específico em termos de Direito da Insolvência (resolução em benefício da massa insolvente), merece particular atenção no cenário em que o devedor é declarado insolvente. A dúvida permanece, na doutrina e jurisprudência, relativamente à questão de saber a quem aproveitam os efeitos da procedência desta ação: única e exclusivamente ao credor

¹ Proença, 2019, p. 26

² Itálico nosso.

³ Proença, 2019, p. 27.

⁴ Mariano, 2020, p. 68.

⁵ Costa, 2018, p. 160.

⁶ Mariano, 2020, excerto presente na contracapa.

impugnante, ou ao coletivo de credores (mesmo os que não optaram por recorrer a este meio conservatório de garantia patrimonial)?

Por conseguinte, serão colocadas questões – que se espera poder dar resposta – como: terá a impugnação pauliana, sempre e em qualquer contexto, natureza estritamente pessoal? Tratando-se de uma ação de impugnação pauliana no âmbito de um processo de insolvência, deverá esse *caráter pessoal*, excepcionalmente, sofrer desvios em favor do (preponderante) caráter universal que caracteriza o processo de insolvência?

Capítulo I. Efeitos da declaração de insolvência em termos de responsabilidade patrimonial

As garantias das obrigações consistem numa posição de reforço, de que o credor beneficia, em ordem a ver o seu interesse satisfeito, compreendendo “todos os esquemas destinados a lidar com o risco, assegurando o cumprimento das obrigações”⁷.

Assim, a par das *garantias especiais*, previstas no Cap. VI do Título I (Livro II) do CC, que “recaem sobre bens especificados do património do devedor”⁸, e só a elas havendo lugar “por determinação da lei ou acordo expresso das partes”⁹, surge-nos a *garantia geral*, inserida no Cap. V do mesmo Título.

Esta última, podendo desempenhar um papel de verdadeira garantia, no sentido de um “papel de reforço da expectativa do credor vir a obter a prestação devida”¹⁰, representa a “responsabilidade geral”¹¹ do património do devedor pelas suas dívidas”¹², tendo o credor um “direito potestativo de desencadear os mecanismos da responsabilidade patrimonial”¹³, ou seja, de recorrer à ação executiva “para obter a satisfação dos seus créditos”¹⁴, ou, no caso de insolvência atual do devedor, de recorrer à insolvência¹⁵.

Menezes Cordeiro apresenta três postulados principais (com as devidas exceções) que caracterizam o regime da responsabilidade patrimonial no ordenamento jurídico português: “1) sujeição à execução de todos os bens do devedor, 2) e só os bens do devedor, 3) estando os credores em pé de igualdade”¹⁶, tendo relevância, nesta matéria, os princípios da universalidade, da *par conditio creditorum* e da proporcionalidade¹⁷⁻¹⁸.

Em primeiro lugar, refere o art. 601.º do CC a ideia de que, pelo cumprimento das obrigações, respondem *todos* os bens penhoráveis do devedor, i.e., “todos os direitos patrimoniais do devedor, no momento da execução”. Ou seja, há, à partida, uma responsabilidade patrimonial ilimitada do devedor perante o seu património, não sendo lícito “eximir[-]lhe valores”¹⁹. Existem, porém, casos excecionais de responsabilidade

⁷ Cordeiro, 2015, p. 35.

⁸ Martinez & Ponte, 2006, pp. 13-14.

⁹ Ribeiro, 2019, Anotação ao art. 601.º, p. 662.

¹⁰ Vasconcelos, 2019, p. 53.

¹¹ Não incide sobre “bens certos e determinados, só se concretizando com a penhora” (Martinez & Ponte, 2006, pp. 13-14).

¹² Serra, 1958, pp. 9-10.

¹³ Cordeiro, 2015, p. 67.

¹⁴ Leitão, 2022, *Direito das Obrigações*, p. 57.

¹⁵ Catarina Serra caracteriza o processo de insolvência como um “processo de execução universal vocacionado para a liquidação do património do devedor com vista à satisfação dos credores” (Serra, 2009, p. 201).

¹⁶ Cordeiro, 1994, vol. I, p. 164.

¹⁷ Este princípio, de acordo com o qual o devedor não pode ser prejudicado em medida superior ao necessário para a satisfação do interesse do credor, está presente, nomeadamente, em sede de efeitos, entre devedor e terceiro, numa ação de impugnação pauliana (617.º, n.º 1, CC).

¹⁸ Cordeiro, 2015, p. 236.

¹⁹ Cordeiro, 1994, vol. I, p. 164.

patrimonial limitada, nomeadamente no que toca aos bens do devedor insuscetíveis de penhora (736.º, 737.º e 738.º, CPC), à separação de patrimónios e à convenção das partes nesse sentido (602.º, CC).

Em resultado da declaração de insolvência, “fica definitivamente limitado o alcance da responsabilidade patrimonial do devedor”²⁰, produzindo-se, desde logo, determinados efeitos sobre o insolvente, como a privação do devedor, por si, ou pelos seus administradores, dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente²¹ (81.º, CIRE) e a apreensão desses bens, que fica a cargo do AI (150.º, n.º 1, CIRE), não perdendo o devedor a sua titularidade (em termos de direito real *pleno*), mas apenas o direito de fruição, de transformação e de alienação²². *A contrario sensu*, o insolvente não perde o poder de disposição e de administração relativamente a bens “estranhos à insolvência”²³, ou seja, os bens que não tenham sido apreendidos para a massa insolvente (81.º, n.º 1 *a contrario*, CIRE), designadamente, os *bens insuscetíveis de penhora* (736.º e ss, CPC *ex vi* do 17.º, n.º 1, CIRE) e os *bens de terceiro*.

Em segundo lugar, *só os bens do devedor* respondem pelo cumprimento das obrigações, ou seja, “na eventualidade de o devedor não cumprir de forma voluntária a obrigação a que estava adstrito”²⁴, só esses é que podem ser objeto de execução pelos credores (817.º CC). No entanto, prevê o art. 818.º do CC a possibilidade de serem *afetados* bens pertencentes a terceiro, *quando estejam vinculados à garantia do crédito*²⁵, *ou quando sejam objeto de ato praticado em prejuízo do credor, que este haja procedentemente impugnado*. É neste segundo segmento que entra a figura da impugnação pauliana, como um desvio ao princípio da responsabilidade patrimonial, “pois destrói a barreira que se interpõe entre o direito de execução dos credores e os bens alienados pelo devedor, que já se encontram na esfera jurídica de terceiro, levantado o ‘véu’ que, por força do [art. 735.º, CPC²⁶], ocultava esses bens à execução, proclamando a ineficácia da alienação perante o credor”²⁷. Assim, não é necessária a entrada dos bens no património do devedor alienante para aí serem executados, podendo, desde logo, mover-se a execução contra o adquirente desses mesmos bens²⁸. Superando-se a

²⁰ Ac. STJ de 19/12/2018 (Catarina Serra).

²¹ A massa insolvente (46.º, CIRE) é composta por todo o património do devedor à data da declaração de insolvência (bens atuais) e por todos os bens e direitos que o devedor adquira na pendência do processo (bens futuros), formando, assim, um património autónomo que servirá para a satisfação dos interesses dos credores.

²² Epifânio, 2022, p. 126.

²³ Epifânio, 2022, p. 122.

²⁴ Martinez, & Ponte, 2006, p. 13.

²⁵ Isto é, existindo uma “garantia especial, de natureza pessoal ou real” - Ribeiro, 2019, Anotação ao art. 601.º, p. 662.

²⁶ O antigo art. 821.º do CPC corresponde, integralmente, ao atual art. 735.º do CPC.

²⁷ Varela, 1959, p. 381.

²⁸ Lima & Varela, 2011, vol. II, p. 93.

problemática levantada por Paula Costa e Silva²⁹, entende-se que esta situação configura uma verdadeira exceção ao princípio, já que o título translativo (que permanece válido) é oponível ao credor, tendo este a faculdade de “perseguir o bem transferido para o património de terceiro”, sendo que “pelas dívidas de um devedor podem responder, não apenas os seus bens, mas todos aqueles que a lei lhe permita atingir, mesmo que se encontrem no património do terceiro”.

Em terceiro lugar, é de notar que todos os credores deverão, idealmente, estar *em pé de igualdade*. Isto é, verificando-se insuficiência dos bens responsáveis pelo pagamento dos débitos, há lugar a uma “satisfação dos interesses dos diversos credores por forma proporcional aos montantes previstos, ficando todos *igualmente prejudicados*”³⁰.

Porém, o concurso de credores tem um “âmbito mais limitado do que o referido no art 604.º, n.º 1, do CC”³¹, sendo que o princípio *par conditio creditorum*³² é afastado na hipótese de existirem causas legítimas de preferência de pagamento³³⁻³⁴ (604.º, n.º 2, CC), sendo, nesse caso, atribuída a “faculdade de ser pago à frente dos demais credores em relação ao bem objeto do seu direito”³⁵.

É comumente estabelecido que o princípio da igualdade entre credores tem *aplicação rigorosa* apenas no âmbito do processo da insolvência³⁶, pois “não se justifica, sem uma declaração de insolvência, cercear o devedor na definição das suas prioridades e no poder de gerir o cumprimento das suas obrigações”³⁷. Vejamos, então.

Após sentença declaratória da insolvência, e caso se opte pela liquidação do património, depois de reclamados os créditos por parte dos credores que nisso tenham interesse (128.º, CIRE), é proferida sentença de graduação de créditos (130.º, n.º 3, CIRE), sendo aí qualificados juridicamente os direitos de crédito que existiam aquando da declaração da insolvência e os que forem declarados reconhecidos, definindo-se a sua ordem de prioridade quanto à “satisfação pelo produto dos bens do devedor”³⁸, sendo esta, em regra, a “única fase de convocação dos credores [que acontece] após e na sequência da respetiva sentença declarativa”³⁹. Por conseguinte, deverão, em primeiro lugar, ser satisfeitos os credores da massa (46.º e 172.º, CIRE) e, só depois, os credores

²⁹ Silva, 2004, p. 54.

³⁰ Cordeiro, 1994, vol. I, p. 165.

³¹ Costa, 2015, p. 5.

³² Concretizador do princípio da igualdade no domínio da responsabilidade patrimonial (Serra, 2020, p. 87).

³³ Costa, 2015, p. 11.

³⁴ Como sejam a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, os privilégios creditórios, o direito de retenção, o arresto e a penhora (estes dois últimos referidos no 822.º CC).

³⁵ Leitão, 2022, *Direito das Obrigações*, p. 62.

³⁶ No mesmo sentido, “este princípio adquire, verdadeiramente, relevo somente com a declaração de insolvência” (Chorro, 2020, p. 1007).

³⁷ Ribeiro, 2019, Anotação ao art. 604.º, p. 669.

³⁸ Torres, 2022.

³⁹ Costa, 2006, p. 93.

da insolvência (47.º e 173.º, CIRE), subdividindo-se, por esta ordem, em: garantidos (174.º, CIRE), privilegiados (175.º, CIRE), comuns (176.º, CIRE) e, subordinados⁴⁰ (48.º e 177.º, CIRE). Note-se, ainda, que “a questão do rateio apenas se coloca em relação ao pagamento de créditos que tenham o mesmo grau, sem que isso afete o princípio da igualdade, já que o que ele impõe é o tratamento igual do que é igual, e desigual do que é desigual”⁴¹. De forma evidente se conclui que, “a partir do momento em que os credores não se situem no mesmo patamar da hierarquia de créditos, então não terão por que ser tratados de forma idêntica”⁴², sendo que apenas se considerará atentatório ao princípio da igualdade “o tratamento mais desfavorável de um credor relativamente a outros em idêntica situação”⁴³, se em tal não consentir o credor afetado.

Na verdade, e como refere Carolina Cunha⁴⁴, na perspectiva de insolvência-liquidação, “o concurso insolvencial de credores nada tem de intrinsecamente igualitário”⁴⁴, já que “assenta numa lógica de estratificação diferenciadora, que se estende da citação de credores à graduação e catalogação dos respetivos créditos”, resultando na “satisfação prioritária de uns à custa da não-satisfação de outros”⁴⁵. Neste sentido, esta autora explicita que o verdadeiro significado do princípio *par conditio creditorum* não é o de assegurar a “realização de algum tipo de igualdade”⁴⁴, mas o de imprimir mais celeridade, simplificação e eficiência aos procedimentos, o que é exigível e característico do processo de insolvência. Porém, considera que, efetivamente, no âmbito do plano de insolvência (194.º, CIRE), este princípio se traduz numa “regra de verdadeira igualdade material”⁴⁶, permitindo-se uma discriminação positiva, com o respeito pelas diferenças de cada credor (nomeadamente, a classificação, finalidade e fonte do seu crédito⁴⁷).

Assim se distingue o princípio de igualdade dos credores em sede de Direito da Insolvência do princípio de igualdade de credores em sede de execução singular, já que o primeiro “não se destina à satisfação do direito individual de cada credor, mas antes visa um tratamento igualitário de todos os credores do devedor”⁴⁸, sob a ideia de justiça distributiva, pois o devedor, para ter sido declarado insolvente, está, com certeza, numa

⁴⁰ Os créditos subordinados, não tendo paralelo no Direito Civil, contribuem para “esvaziar o alcance do art. 604.º do CC (...) [tendo os credores subordinados] de aguardar pela satisfação de todos os outros credores para poderem ver os seus créditos satisfeitos, o que é o mesmo que dizer que raramente são pagos” – Chorro, I., 2020, p. 1021.

⁴¹ Barbosa, 2016, p. 378.

⁴² Barbosa, 2016, p. 388.

⁴³ Barbosa, 2016, p. 385.

⁴⁴ Cunha, 2021, pp. 173-178.

⁴⁵ Assim, “o que existe são ‘castas’ de credores sujeitos a regimes de satisfação de créditos muito diversos, em que alguns serão *quase sempre satisfeitos* e outros *quase sempre nada* ou *quase nada*” – Vasconcelos, 2013, p. 10

⁴⁶ Em causa está “a igualdade material, (...) indissociável da autonomia da pessoa, na sua vertente de participação consubstanciada na liberdade contratual (...)” – Barbosa, 2016, p. 373.

⁴⁷ Barbosa, 2016, pp. 384-385.

⁴⁸ Leitão, 2021, *Direito da Insolvência*, p. 17.

situação de *crise económica*, mais do que numa *mera situação económica difícil*, tornando-se, por isso, “previsível que nem todos os credores verão satisfeito o seu direito”⁴⁸. Prevalece, assim, entre eles, “desde o momento em que se constituem os seus créditos, uma relação de ‘solidariedade económica natural’ (comunhão no risco), em que partilham todos (...) dos riscos económicos da empresa ou da atividade patrimonial do devedor comum”⁴⁹, resultando limitados os direitos dos credores (“comunhão nas perdas”⁴⁹/distribuição do sacrifício⁵⁰), sendo “a igualdade (...) realizada através da proporcionalidade no prejuízo”⁵¹ e da “parcial satisfação através do pagamento”⁵¹. É, por conseguinte, imperioso impedir-se, num processo tipicamente universal e igualitário, que é o processo de insolvência, “que algum credor consiga obter, à margem [de tal processo], de forma mais célere ou mais eficaz do que os restantes, a realização do seu crédito”⁴⁹.

Dito isto, “embora (...) tenha aplicação no Direito vigente, não se podendo afirmar (...) que se trata de uma fórmula vazia de sentido”⁵², “a *par conditio creditorum*, enunciada na lei geral com a solenidade de um princípio geral, constitui, de facto, muito mais a exceção do que a regra”⁵³, sendo a sua aplicação “mais residual do que geral”, não se apresentando tal princípio “com o vigor que se esperaria”⁵⁴. Assim, nem mesmo nos processos concursais, essa regra “é absoluta, havendo apenas uma aplicação rigorosa quando não é descortinável nenhum interesse superior digno de tutela”⁵⁵, ou seja, apenas terá “efetiva aplicação em sede de insolvência e *para os credores comuns*”⁵⁶.

⁴⁹ Ac. STJ de 19/12/2018 (Catarina Serra).

⁵⁰ O regime insolvencial, tendo em conta “o escasso património do insolvente [deveria estar] marcado por essa igualdade dos credores, o que permitiria uma partilha tanto quanto possível igualitária de sacrifícios (...), [i.e] de não satisfação dos créditos” - Vasconcelos, 2013, p. 7.

⁵¹ Cunha, 2021, pp. 27-28.

⁵² Chorro, 2020, p. 1022.

⁵³ Ac. STJ de 19/12/2018 (Catarina Serra) e Serra, 2009, p. 155.

⁵⁴ Chorro, 2020, p. 1021.

⁵⁵ Ac. STJ de 19/12/2018 (Catarina Serra) e Serra, C., 2009, p. 156.

⁵⁶ Itálico nosso.

Em suma, o princípio da responsabilidade patrimonial assume, no Direito Insolvencial, “um papel de relevo, atendendo a que é na fase da insolvência do devedor (...) que o princípio se concretiza na sua plenitude, respondendo todo o património do devedor pela impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas perante todos os credores com créditos reconhecidos, de acordo com a sua qualificação”⁵⁷. Deste modo, “a insolvência é o último estágio de atuação do princípio da responsabilidade patrimonial, sobretudo quando se prossegue para a liquidação e não para a recuperação da situação financeira do devedor”⁵⁸.

⁵⁷ Cunha, 2017, p. 72.

⁵⁸ Cunha, 2017, p. 120.

Capítulo II. Impugnação pauliana – pressupostos e efeitos

O credor poderá ver o seu interesse frustrado quando, querendo *acionar* a garantia comum, esta não contenha “meios suficientes para solver as dívidas”⁵⁹. Agravando tal situação de precariedade patrimonial, pode o devedor “durante o período (...) anterior à declaração (...) [de insolvência] (...) ter subtraído ao procedimento concursal, que se anunciava iminente, uma parte do seu ativo patrimonial”⁶⁰, tendo o “propósito de prejudicar os credores”⁶¹, com a “delapidação do ativo patrimonial e [a] quebra da regra da igualdade”⁶².

É neste panorama que surgem os *meios de conservação da garantia geral* (605.º e ss., CC), em sede de “tutela *preventiva*”⁶³, traduzindo-se nas “faculdades de direito substantivo concedidas (...) aos credores para prevenirem ou eliminarem afectações negativas realizadas pelo devedor no seu património (...) com vista à reconstituição da garantia patrimonial dos credores”⁶⁴, nomeadamente, a declaração de nulidade, a sub-rogação do credor ao devedor, o arresto e a impugnação pauliana.

A impugnação pauliana, como um “meio de reação pessoal (...), relativo, (...) e sempre de exercício judicial”⁶⁵⁻⁶⁶, é “a faculdade que a lei concede aos credores de atacarem judicialmente certos atos que afetam “a consistência do crédito”⁶⁷, celebrados pelos devedores em seu prejuízo”⁶⁸, com o intuito de “assegurar o pleno cumprimento das obrigações livremente assumidas”⁶⁹ e de preservar ao máximo a garantia patrimonial, sendo admissível tanto quanto à primeira alienação realizada pelo devedor a um terceiro, como às alienações subsequentes efetuadas pelo adquirente dos bens a outros sujeitos (613.º, CC)⁷⁰ – “paulianas de segundo grau”⁷¹ – caducando no prazo de cinco anos a contar da data do ato impugnável (618.º, CC).

Quanto aos seus pressupostos (610.º e ss., CC), são estes, de forma cumulativa, (1) ter o devedor praticado um ato, que não seja de natureza pessoal, (2) existir um direito de crédito, (3) ser o crédito anterior ao ato praticado pelo devedor (ou, sendo posterior, o ato ter sido realizado dolosamente com o fim de impedir a satisfação do direito do

⁵⁹ Cordeiro, 2015, p. 311.

⁶⁰ Pinto, 1983, p. 94.

⁶¹ Cordeiro, 2015, p. 311.

⁶² Silva, 1998, p. 779.

⁶³ Ac. STJ de 02/03/2023 (Catarina Serra).

⁶⁴ Cunha, 2017, p. 85.

⁶⁵ Como determina o art. 618.º do CC.

⁶⁶ Ribeiro, 2017, p. 175.

⁶⁷ Mesquita, 1995, p. 220.

⁶⁸ Costa, 2018, p. 164.

⁶⁹ Filho, 2007, p. 488.

⁷⁰ Leitão, 2018, p. 67.

⁷¹ Cordeiro, 1994, vol. II, p. 492.

futuro credor), (4) que o ato envolva a diminuição da garantia patrimonial⁷² – “*eventus damni*”⁷³, (5) a má fé, no caso de o ato a impugnar ser oneroso⁷⁴, pois, caso seja gratuito, a impugnação poderá proceder, mesmo que as partes estejam de boa fé⁷⁵.

Relativamente aos efeitos da procedência de uma ação de impugnação pauliana, e seguindo a sistematização de António Menezes Cordeiro⁷⁶, estes têm reflexos na esfera jurídica do credor, do devedor e do terceiro.

Em primeiro lugar, o legislador prevê três formas de o credor “efetivar a sua obrigação”⁷⁷ (616.º, n.º 1, CC): a *restituição* dos bens na medida do seu interesse, a *execução* desses bens no património do terceiro e a prática dos atos de *conservação da garantia patrimonial* autorizados por lei.

O direito à restituição, em valor ou em espécie, apresenta-se como um “direito potestativo do credor”⁷⁸ através do qual este “obt[ém] a restituição dos bens ao património do devedor”⁷⁹.

Há autores (Armando Ribeiro Mendes, Antunes Varela e Henrique Mesquita) que entendem que, apesar de o efeito translativo do ato de alienação praticado pelo devedor não ser afetado com a impugnação pauliana, este direito de restituição permite “ficcional[r] o retorno dos bens ao património do devedor alienante, como se nenhuma transmissão se houvesse operado”⁸⁰, conferindo-se “a essa restituição o sentido de se ter por relativamente ineficaz em relação ao credor impugnante o ato de alienação (...)”⁸¹. Deste modo, “tudo deve passar-se, para efeito de satisfação do crédito do impugnante, como se os bens regressassem juridicamente ao património do devedor, mesmo quando o credor, caso tenha de proceder à cobrança coerciva do que lhe é devido, os execute no património do terceiro”. De facto, “pretendeu[-se] tutelar a posição do credor impugnante ‘na medida do seu interesse’, ou seja, permitindo-lhe a penhora dos bens alienados como se, hipoteticamente, não tivessem saído do património do devedor”.

⁷² Verificando-se, desse modo, a impossibilidade, ou o agravamento, para o credor que impugna, de ver cumprida a satisfação integral do seu crédito (610.º, al. b, CC), sendo que a diminuição da garantia patrimonial pode resultar da diminuição do ativo ou do aumento do passivo – Lima & Varela, 2011, vol. I, p. 594.

⁷³ Mariano, 2020, p. 273.

⁷⁴ “O ato que cai na previsão pauliana é um ato finalisticamente destinado a prejudicar o credor” (Cordeiro, 1994, vol. II, p. 491), sendo que a lei exige que o devedor e o terceiro ajam com a “consciência do prejuízo que o ato causa ao credor” (Martinez & Ponte, 2006, p. 23), bastando a negligência consciente, no sentido de “o agente estar ciente de que o ato pode prejudicar o credor, ainda que confie que tal resultado não venha a verificar-se” (Martinez & Ponte, 2006, p. 23).

⁷⁵ Note-se que “a má fé exigida pela al. a do art. 610.º não se confunde com a que se exige no n.º 2 do art. 612.º”; sendo que no primeiro caso é necessária a “intenção de impedir a satisfação do direito do futuro credor, participando na intenção fraudulenta do devedor – com o conhecimento ou consciência da fraude” e no segundo, “o terceiro tem de ter tido consciência do prejuízo que o ato causa ao credor” – Ribeiro, 2019, Anotação ao art. 610.º, p. 609.

⁷⁶ Cordeiro, 1994, vol. II, p. 493.

⁷⁷ Cordeiro, 1994, vol. II, p. 494.

⁷⁸ Mariano, 2020, p. 208.

⁷⁹ González, 2012, p. 297.

⁸⁰ Mesquita, 1995, pp. 223-224.

⁸¹ Mendes, 2002, pp. 442-443.

Assim, a restituição/retorno “dos bens alienados ao património do devedor (...) significa (...) que o impugnante pode executar os bens alienados como se eles não tivessem saído do património do devedor, mas sem a concorrência dos demais credores deste, uma vez que a procedência da pauliana só ao impugnante aproveita; [e] que, executando os bens alienados, como se eles tivessem retornado ao património do devedor e não se mantivessem na titularidade do adquirente, o impugnante pode executá-los, na medida do necessário para satisfação do seu crédito, sem sofrer a competição dos credores do adquirente”⁸².

Por outro lado, a doutrina majoritária (Cura Mariano, Menezes Cordeiro e Menezes Leitão) entende que este direito “não deve ser encarado no sentido de uma viagem de regresso entre patrimónios”⁸³, como um “retorno dos bens ao património do devedor”⁸⁴, “num movimento retroativo”, através de uma “restituição material dos bens, do património do terceiro para o do devedor”⁸⁵, já que a titularidade jurídica desses bens se mantém no terceiro adquirente. O direito à restituição traduz-se, por sua vez, no “restabelecimento da garantia patrimonial diminuída, através da exposição desses bens, independentemente da sua situação jurídica, aos meios legais conservatórios e executórios colocados à disposição do credor impugnante”, não havendo lugar ao concurso de credores no património do devedor⁸⁶. Deve esta “regra da restituição”⁸⁷ ser entendida à luz do enriquecimento sem causa, tendo por base o princípio da responsabilidade patrimonial, já que está em causa uma *restituição do valor*: o montante da aquisição (*enriquecimento*) até ao valor garantido (o *empobrecimento*)⁸⁸.

O direito de execução no património do obrigado à restituição⁸⁹ (818.º, CC) traduz-se na possibilidade de “agredir diretamente, pela via executiva, o património do terceiro adquirente”⁹⁰, sendo para isso necessário que o credor esteja munido da “decisão de procedência da impugnação”⁹¹. Em princípio, haverá uma preferência⁹² pela execução do bem no património do obrigado (818.º, CC), sendo que a restituição efetiva do bem ao alienante é apenas uma “solução residual”⁹³, que só ocorrerá quando não se possa

⁸² Varela, 2017, p. 457.

⁸³ Mariano, 2020, p. 207.

⁸⁴ Leitão, 2021, *Direito das Obrigações*, p. 311; *id.*, 2018, p. 81.

⁸⁵ Cordeiro, 2021, p. 712.

⁸⁶ Leitão, 2021, *Direito das Obrigações*, p. 312; *id.*, 2018, p. 82.

⁸⁷ Cordeiro, 2015, p. 388.

⁸⁸ Cordeiro, 2021, p. 712.

⁸⁹ Lima & Varela, 2011, vol. I, p. 602.

⁹⁰ González, 2012, p. 297.

⁹¹ Silva, 2004, p. 56.

⁹² Menezes Cordeiro entende, contrariamente, que “a lei atribui, à cabeça, o direito à restituição, [e] só subsidiariamente (...) o direito à execução e a possibilidade de lançar mão de atos conservatórios. A primeira consequência da pauliana é, de facto, o dever de restituir, em valor ou em espécie; só se necessário se encaram os mecanismos executivos e conservatórios” - (Cordeiro, 2021, p. 712).

⁹³ Serra, 2020, p.104; *id.*, 2021, p. 248.

executar o bem, “nem no património do devedor, nem no património do terceiro para o qual ele fora transferido”.

Segundo Paula Costa e Silva, apenas se faria uso dessa solução excepcional, em que “o credor apenas pode pretender a efetiva restituição do bem ao património do devedor”⁹⁴ em dois casos: 1) quando o credor não pudesse ainda exigir judicialmente o cumprimento da obrigação, e 2) quando o devedor fosse declarado *falido* (à luz do CPEREF) durante a pendência da ação de impugnação. Quanto à segunda hipótese, deveria cumprir-se o “caráter universal da execução”⁹⁵, reentrando o bem no património do devedor, “servindo à satisfação de todos os créditos que contra esse património [fossem] invocados”. Claro está que não tinha a autora conhecimento, nem do teor do art. 127.º, nem do instituto da resolução em benefício da massa insolvente⁹⁶, introduzidos no novo CIRE, que entrou em vigor pouco depois de sobre este tema ter a autora refletido. Também a este propósito, e ainda no contexto da anterior legislação insolvencial, diziam Pires de Lima e Antunes Varela que “a restituição efetiva dos bens ao alienante não tem, pois, interesse na generalidade dos casos. Mas pode tê-lo, se a execução ainda não é possível ou se há falência ou insolvência, caso em que os bens reverterem para a massa falida”⁹⁷. Acontece, porém, que, com o CIRE, “o credor impugnante, uma vez julgada procedente a impugnação pauliana, deixa de estar limitado ao exercício de uma pretensão à restituição do bem à massa insolvente e pode executar o bem no património do terceiro obrigado”⁹⁸.

Ademais, o n.º 4 do art. 616.º do CC esclarece que os efeitos da impugnação pauliana *aproveitam apenas ao credor que a tenha requerido*⁹⁹, embora tendo impacto de forma indireta nos outros credores, pois o credor impugnante deixa de concorrer, “na medida da satisfação obtida com o recurso à impugnação, com os restantes credores da insolvência”¹⁰⁰. Assim, a validade intrínseca do ato não é afetada, não padecendo de qualquer nulidade ou anulabilidade, mas apenas deixa de produzir efeitos em relação ao credor impugnante (ineficácia relativa¹⁰¹/parcial/ relacional¹⁰² do ato), e na estrita medida em que esses efeitos o possam lesar (isto é, “apenas até onde for preciso para satisfação do seu crédito”¹⁰³). Tal como bem explica Maria de Fátima Ribeiro, “não há

⁹⁴ Ribeiro, 2019, Anotação ao art. 616.º, p. 727.

⁹⁵ Serra, 2020, p. 104.

⁹⁶ Que apesar de já existir no âmbito do CPEREF, assumiu uma nova configuração com a entrada em vigor do CIRE.

⁹⁷ Lima & Varela, 2011, vol. I, p. 602.

⁹⁸ Serra, 2021, p. 248.

⁹⁹ Isto porque, “na impugnação pauliana os interesses do credor têm prevalência sobre os demais; não porque sejam mais importantes, mas porque é fundamental o respeito pelo princípio da boa-fé, que deve nortear todas as relações jurídicas” – Leitão, 2016, p. 43.

¹⁰⁰ Ribeiro, 2017, p. 167.

¹⁰¹ Porque “paralisa os efeitos do negócio válido apenas em relação a determinadas pessoas” – Ribeiro, 2019, Anotação ao art. 616.º, p. 725.

¹⁰² Mendes, 2002, p. 433.

¹⁰³ Mariano, 2020, p. 212.

um regresso do bem alienado ao património do devedor, nem deixa de existir o ónus sobre ele entretanto constituído – os direitos do credor impugnante sobrepõem-se ao ato válido impugnado, na estrita medida em que ele possa prejudicar a satisfação desses direitos”¹⁰⁴.

Quanto a esta solução legislativa, considerava Menezes Cordeiro¹⁰⁵ que se “quebra a regra da *par conditio creditorum*”, deixando o bem impugnado de responder, em sede de garantia geral, em igualdade pelos créditos dos demais credores, ficando “preferencialmente afeto à garantia do impugnante”, traduzindo-se isso numa “garantia especial” da qual o credor beneficia só relativamente ao bem objeto de impugnação, sendo que, relativamente aos restantes bens do devedor, o credor disporá da garantia geral, “concorrendo, em igualdade, com os diversos credores”¹⁰⁶. Contrariamente, Mário Júlio de Almeida Costa considera que tal solução se apresenta justa pois, quanto aos credores posteriores ao ato impugnado, ser-lhes-ia impossível exercer esse direito e, quanto aos credores anteriores, se quisessem exercer tal direito de impugnação, poderiam tê-lo feito, “e não o fizeram”¹⁰⁷.

Em segundo lugar, o devedor, tendo alienado a favor de terceiros “algo que, de facto, não podia dispor ou não podia dispor totalmente”¹⁰⁸, será responsável (617.º, n.º 1, CC) perante o adquirente nos termos do disposto em matéria de doações (956.º, CC), se o ato impugnado for de natureza gratuita, e nos termos do enriquecimento sem causa (473.º, CC), se o ato for oneroso. Diga-se, ainda, que o sentido que se tem retirado do n.º 2 do art. 617.º do CC tem sido o de que “os direitos de crédito do terceiro adquirente sobre o devedor, resultantes da aplicação do disposto no n.º 1 deste artigo, só poderão constituir-se após a satisfação total ou parcial do crédito do credor impugnante através dos bens transmitidos para o património do terceiro”¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Ribeiro, 2019, Anotação ao art. 610.º, p. 695.

¹⁰⁵ Cordeiro, 2015, p. 389.

¹⁰⁶ No mesmo sentido, no Ac. STJ de 02/03/2023 (Catarina Serra): “o impugnante (...) dispõe da garantia geral, relativamente aos demais bens do devedor, concorrendo, em igualdade, com os diversos credores; e passa a dispor de uma garantia especial, centrada no bem indevidamente alienado”.

¹⁰⁷ Costa, 2010, p. 874.

¹⁰⁸ Cordeiro, 2015, p. 390.

¹⁰⁹ Ribeiro, 2019, Anotação ao art. 617.º, p. 730.

Por último, o terceiro encontra-se num *estado de sujeição*, já que terá de se sujeitar às consequências jurídicas que decorrem do “direito de crédito [detido pelo credor] relacionado com a eliminação do prejuízo decorrente da atuação de má-fé ou de locupletamento deste terceiro”¹¹⁰. Por conseguinte, “a impugnação não gera a obrigação de indemnização por parte do terceiro”¹¹¹, apenas poderá responder, estando de má-fé, “pelo valor dos bens adquiridos, a título delitual ou objetivo, salva a hipótese de concurso virtual que aparenta, aqui, relevância negativa”¹¹² (616.º, n.º 2, CC), e nos termos do enriquecimento sem causa (n.º 3), no caso de boa-fé.

¹¹⁰ Martinez & Ponte, 2006, p. 38.

¹¹¹ Ribeiro, 2017, p. 175.

¹¹² Cordeiro, 1994, vol. II, p. 493.

Capítulo III. Compatibilização entre a impugnação pauliana e a resolução em benefício da massa insolvente

Admitindo a coexistência da ação de impugnação pauliana (tipicamente civilista) com a resolução em benefício da massa insolvente (própria do Direito da insolvência), no contexto da insolvência do devedor¹¹³, é necessário, agora, determinar em que circunstâncias é que se pode lançar mão de cada um destes institutos, e qual o papel, e importância, a dar a cada um deles, os quais têm, na sua génese, sensivelmente¹¹⁴, o mesmo propósito: a “proteção da garantia patrimonial e [a] efetivação dos poderes de execução dos credores”¹¹⁵.

A verdade é que, existindo lei especial (em sede de Direito da Insolvência) que regula um dado problema (*in casu*, que permita reagir contra atos prejudiciais à garantia patrimonial), deverá essa ser aplicada, prevalecendo sobre a lei (civil) geral (*lex specialis derogat legi generali*).

Deste modo, sempre deverá ser dada primazia à resolução em benefício da massa insolvente, operada pelo AI, sendo um mecanismo aparentemente “mais expedito e materialmente mais abrangente quanto aos atos praticados dentro do arco de tempo por si coberto”¹¹⁶, em prejuízo do recurso à impugnação pauliana, intentada no âmbito de um processo de insolvência, pelos credores. Este princípio da prevalência da resolução já declarada sobre a impugnação pauliana teve expressão no Ac. STJ de 19/12/2018 (Catarina Serra¹¹⁷), em que se determinou que “da disciplina actual dos instrumentos de reacção contra os negócios prejudiciais à massa resulta, claramente, que a impugnação pauliana constitui um instrumento subsidiário em relação à resolução em benefício da massa”.

Na resolução em benefício da massa insolvente estarão em causa atos que, tendo sido praticados num período, dito “suspeito”¹¹⁸, anterior à insolvência, empobrecem patrimonialmente o devedor (estejam em causa bens que se mantêm na titularidade do insolvente, como “bens que nela se manteriam caso não houvessem sido por ele

¹¹³ Considera-se em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas (3.º, CIRE).

¹¹⁴ A impugnação pauliana apresenta-se como um meio conservatório de garantia patrimonial, enquanto a resolução em benefício da massa insolvente tem uma “finalidade recuperatória ou reconstitutiva [do] património” do devedor (Cunha, 2017, p. 121), *maxime*, da massa insolvente. Todavia, considera M. F. Ribeiro que, mesmo a resolução em benefício da massa constitui um verdadeiro meio de conservação da garantia patrimonial (Ribeiro, 2019, “Insolvência (...)”, p. 105).

¹¹⁵ Cunha, 2017, p. 300.

¹¹⁶ Cunha, 2021, p. 168.

¹¹⁷ A mesma ideia em Serra, C., 2020, pp. 111-112.

¹¹⁸ O período suspeito compreende o espaço temporal dos “dois anos anteriores à data do início do processo de insolvência, ou (...) entre o início do processo de insolvência e antes da declaração de insolvência” – Ribeiro, 2017, p. 136; *id.*, 2019, “Insolvência (...)”, pp. 104-105 – excetuando-se os casos de resolução incondicional, em que deverão ser respeitados os prazos previstos no art. 121.º do CIRE.

praticados aqueles atos prejudiciais à massa insolvente”¹¹⁹), tendo por fundamento a “defesa da massa contra a depredação e as práticas que lhe prejudiquem o valor”¹²⁰. Assim, através deste instituto priorizam-se os “interesses supremos da generalidade dos credores da insolvência”¹²¹, sacrificando-se “outros interesses havidos como menores”¹²¹, tais como “os dos que contratam com o devedor insolvente”¹²¹ e os “dos que negociam com aqueles”¹²¹, ou seja, todos os “terceiros em relação ao devedor insolvente”.

A resolução pode ser *condicional* (120.º, CIRE) ou *incondicional* (121.º, CIRE)¹²². Para a primeira, será necessário que esteja em causa um ato praticado nos dois anos anteriores à data do início do processo de insolvência (120.º, n.º 1, CIRE), e que a massa insolvente, na pessoa do respetivo AI, alegue e prove, para além da má fé¹²³ (120.º, n.º 5, CIRE¹²⁴) do terceiro que contrata com o devedor, a prejudicialidade¹²⁵ dos respetivos atos (120.º, n.º 1 e 2, CIRE); para a segunda, verificada uma das alíneas do art. 121.º, n.º 1 do CIRE, presume-se a prejudicialidade do ato (120.º, n.º 3, CIRE), independentemente de ter sido praticado/omitido fora dos prazos fixados no art. 121.º, n.º 1 do CIRE, não se tendo que verificar o requisito da má fé do terceiro, a não ser quando existam normas legais que, em concreto, exijam sempre a má-fé ou a verificação de outros requisitos (121.º, n.º 2, CIRE).

No que toca aos efeitos (126.º, CIRE), que serão retroativos e coletivos, aproveitando a todos os credores, impõe-se ao terceiro a “obrigação de restituir à massa insolvente os bens ou valores prestados pelo devedor [e impõe-se, ainda] à massa a obrigação de restituir ao terceiro o objeto por ele prestado”¹²⁶. O vínculo entre o devedor insolvente e o terceiro que com ele contratou cessa, sendo que tal ocorre “a partir do

¹¹⁹ Ac. TRP de 23/05/2022 (José Eusébio Almeida).

¹²⁰ Vasconcelos, 2015, p. 106.

¹²¹ Morais, 2008, p. 47.

¹²² Na verdade, e tal como se refere em Morais, 2008, p. 43, ambas são *condicionais*, já que implicam a verificação de requisitos, porém, para a *condicional*, tais pressupostos são mais exigentes.

¹²³ A má-fé presume-se (120.º, n.º 4, CIRE), quando o ato em causa tenha sido praticado ou omitido nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência, e em que tenha participado, ou de que tenha aproveitado pessoa especialmente relacionada com o devedor (49.º, CIRE).

¹²⁴ Aqui, o requisito da má fé é menos exigente do que em sede de impugnação pauliana: na resolução é exigido apenas o conhecimento, à data do ato, *de que o devedor se encontrava em situação de insolvência*, ou *do carácter prejudicial do ato e de que o devedor se encontrava à data em situação de insolvência iminente* ou *do início do processo de insolvência* (120.º, n.º 5, al. a, b e c, CIRE), não sendo “necessária a consciência de que o acto põe em risco a satisfação dos credores”- Ribeiro, M. F., 2017, p. 140.

¹²⁵ Tal prejudicialidade “não se presume”, referindo-se à massa, “e não à satisfação de um credor específico” (Ribeiro, 2017, pp. 139 e 158; *id.*, 2019, Anotação ao art. 610.º, p. 700).

¹²⁶ Serra, 2020, p. 101.

momento da receção pelo destinatário¹²⁷ da carta registada com aviso de receção”¹²⁸⁻¹²⁹ (123.º, n.º 1, CIRE e 224.º, n.º 1, CC). Assim, após o conhecimento do ato¹³⁰, o prazo para resolver será de seis meses¹³¹ e nunca depois de decorridos dois anos sobre a data da declaração de insolvência (123.º, n.º 1, CIRE). Porém, enquanto o negócio não estiver cumprido, pode a resolução ser declarada, sem dependência de prazo, por via de exceção (123.º, n.º 2, CIRE). A carta de resolução em benefício da massa não constitui título executivo para que se produzam estes efeitos de restituição do património do devedor, sendo necessário que, decorrido o prazo de três meses (para que possa ser exercido o direito de impugnar a resolução – 125.º, CIRE), que o AI, em representação da massa insolvente, proponha ação judicial autónoma (126.º, n.º 2, CIRE) declarativa, de condenação, com carácter urgente, contra o “terceiro”¹³² (126.º, n.ºs 3 e 4, CIRE). Operada essa restituição, nascem créditos com o terceiro que contratou com o devedor, créditos esses subordinados, caso o terceiro esteja de má-fé. O terceiro que tenha adquirido algo do devedor, a título gratuito, caso se encontre de boa-fé, será protegido pelo regime previsto no art. 126.º, n.º 6 do CIRE, sendo que só terá de restituir na medida do seu próprio enriquecimento, com o “limite do empobrecimento do insolvente”¹³³.

Assim sendo, caso o AI resolva optar pelo instituto da resolução em benefício da massa insolvente, por julgar reunirem-se as condições que a justifiquem, proíbem-se novas ações de impugnação pauliana¹³⁴ e suspendem-se¹³⁵ todas as que estejam pendentes (não sendo apensadas ao processo de insolvência – 127.º, n.º 2, CIRE) – solução, desde logo, criticada por Menezes Leitão, que julga não haver “necessidade alguma”¹³⁶ de manter imobilizadas tais ações. Deste modo, as únicas possibilidades de

¹²⁷ A carta deverá ser enviada a ambas as partes do negócio que será resolvido em benefício da massa, pelo AI.

¹²⁸ Gravato Morais (Morais, 2008, pp. 152-153) e Júlio Gomes (Gomes, 2017, p. 120) consideram que a lei (123.º, n.º 3, CIRE) prevê um requisito mínimo (carta registada com aviso de receção) quanto à forma utilizada pelo AI para comunicar a intenção de resolução em benefício da massa, podendo apenas ser utilizado um mecanismo ainda mais formal do que esse. Por outro lado, Catarina Serra (Serra, 2012, p. 109) entende que basta a simples declaração à outra parte.

¹²⁹ Morais, 2008, pp. 181-182.

¹³⁰ Tem-se entendido na jurisprudência que o conhecimento do ato “não se basta com o simples acesso cognitivo à ocorrência do acto a resolver” – Ac. STJ de 21/06/2022 (Ricardo Costa) –, ou seja, “não se restringe ao sentido literal de saber apenas que determinado ato ocorreu” – Ac. STJ de 17/11/2021 (Maria Orlinda Garcia) – devendo contar-se “a partir do momento em que o AI (...) toma conhecimento da estrutura e do conteúdo do acto nos seus elementos essenciais e, por essa via, dos pressupostos necessários para fundamentar a existência do direito (potestativo) de resolução” – Ac. STJ de 21/06/2022 (Ricardo Costa).

¹³¹ Discute-se se este é um prazo de prescrição (sendo o que resulta da letra da lei), tal como defende Vaz Serra e Gravato Morais, ou se se trata de um prazo de caducidade (doutrina maioritária), já que este começa a correr no momento em que o direito puder ser legalmente exercido (329.º, CC).

¹³² O *terceiro* será o primeiro adquirente e todos os possíveis transmissários posteriores do bem (124.º, CIRE).

¹³³ Ribeiro, 2017, p. 146.

¹³⁴ Entende-se que “este regime pode constituir um estímulo para que o [AI] resolva os atos em causa” – Martins, 2022, p. 219.

¹³⁵ A leitura dominante do art. 127.º, n.º 2 do CIRE é a de que “o efeito suspensivo só se aplica após a declaração de resolução do ato pelo AI e não imediatamente com a declaração de insolvência” – Correia, 2019, p. 124.

¹³⁶ Leitão, 2022, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, p. 208.

recorrer ao mecanismo da impugnação pauliana, no caso de ter sido declarada a insolvência do devedor são: primeiro, a hipótese em que o AI resolve não optar pela resolução em benefício da massa insolvente (considerando, por exemplo, “que o benefício para a massa será reduzido face aos custos e aos riscos da litigância ou porque entende não ter meios de prova suficientes”¹³⁷), ou, segundo, tendo optado pela resolução em benefício da massa insolvente, esta tenha sido declarada ineficaz¹³⁸ por sentença definitiva (127.º, n.º 2, CIRE).

¹³⁷ Gomes, 2017, p. 110.

¹³⁸ Esta decisão judicial definitiva de ineficácia da resolução produz efeitos sobre as possíveis ações de impugnação pauliana *quanto às questões que tenha apreciado, desde que não ofenda caso julgado anterior* (127.º, n.º 2, CIRE), impedindo-se, desta forma, que sejam apreciadas na impugnação pauliana questões que já foram decididas no âmbito da resolução.

Capítulo IV. Efeitos da procedência da ação de impugnação pauliana e o seu alcance no contexto da insolvência do devedor

Continuando com a linha de raciocínio exposta no capítulo anterior, nos casos em que é afastada a possibilidade de recorrer à resolução em benefício da massa insolvente, resta saber o que acontece quando a ação de impugnação pauliana é julgada procedente¹³⁹, tendo o devedor, em momento anterior, ou na pendência de tal ação, sido declarado insolvente: os efeitos da procedência de tal ação deverão aproveitar ao credor impugnante ou ao coletivo de credores?

1.1. Interpretação declarativa

Por um lado, se se entender que a procedência da impugnação pauliana, mesmo com a declaração de insolvência do devedor, deverá aproveitar apenas ao credor impugnante, invocar-se-á o caráter pessoal deste instituto, já que “a ação pauliana é dada aos credores (...) para obterem, contra um terceiro, que procedeu de má-fé ou se locupletou, a eliminação do prejuízo que sofreram com o ato impugnado”¹⁴⁰. Carvalho Fernandes e João Labareda contrapõem a resolução em benefício da massa insolvente à impugnação pauliana, precisamente, baseando-se no facto de o primeiro instituto ser feito em benefício da massa insolvente, enquanto o segundo “só aproveita[r] ao impugnante”¹⁴¹. Na jurisprudência, nomeadamente nos Acórdãos do STJ de 15/01/2019 (Graça Amaral) e de 17/12/2019 (Maria Olinda Garcia), foi igualmente invocado o caráter pessoal do direito de restituição que a impugnação pauliana origina, sendo que o ato visado “não é afetado na sua validade intrínseca, apenas deixa de produzir efeitos em relação ao credor impugnante e só na medida do seu interesse”¹⁴², originando uma “ineficácia relativa e não uma invalidade intrínseca do ato a impugnar”¹⁴³, uma vez que, “satisfeito o direito do credor, o ato impugnado permanece integralmente válido”¹⁴². Assim, o credor que impugnou paulianamente determinado ato, pretendia que esse mesmo ato deixasse de produzir efeitos em relação a si, sendo que a consequência desta ação será, sempre, e em qualquer circunstância, a “ineficácia relativa e parcial”¹⁴⁴, mesmo no contexto específico em que o devedor é declarado insolvente, pois que apenas o credor impugnante tem a possibilidade, e só ele, de executar o bem transmitido a terceiro, no património deste, para satisfação do seu crédito.

¹³⁹ Ou seja, quando se produz o “efeito (constitutivo modificativo) da decisão de mérito favorável, proferida na ação de impugnação pauliana” – Pereira, 2022, p. 197.

¹⁴⁰ Serra, 1958, p. 286.

¹⁴¹ Fernandes & Labareda, 2015, p. 518.

¹⁴² Ac. STJ de 15/01/2019 (Graça Amaral).

¹⁴³ Ac. STJ de 17/12/2019 (Maria Orinda Garcia).

¹⁴⁴ Mariano, 2020, p. 205.

Certo é que, associada à *pessoalidade* da impugnação, surge uma ideia de *meritocracia*, no sentido de se atribuir ao credor impugnante um “prémio à sua diligência e iniciativa”¹⁴⁵. Assim, “se (...) só em relação ao credor impugnante se preencherem os requisitos da impugnação pauliana (...) faz sentido jurídico que só ele possa beneficiar de tal meio de conservação da garantia patrimonial, ou seja, não se vislumbra que seja contrário ‘à lógica do sistema jurídico’ que, declarada a insolvência do devedor, o credor impugnante não tenha (...) que passar a partilhar¹⁴⁶ tal ‘benefício’ com os restantes credores”¹⁴⁷, que tinham a mesma possibilidade e condições de impugnar, aliás, durante o período de tempo de cinco anos (618.º, CC), “mas não o fizeram (...), [sendo que] a inação (...) foi escolha sua [não tendo] o impugnante (...) por missão representá-los ou defender os seus interesses”¹⁴⁸. Deste modo, haverá “um afastamento objetivo da *par conditio*, impulsionado pelo concreto exercício da autonomia privada do credor impugnante e legitimado pela possibilidade abstrata de os restantes credores prejudicados mimetizarem esse exercício”.

Por outro lado, interessa, ainda, abordar o argumento histórico, ou seja, ponderar a solução atual, tendo em conta a evolução do Direito da Insolvência positivado ao longo do tempo, já que “o direito passado deve ser julgado dentro do seu contexto histórico, como este ficou moldado pela evolução, e dentro da realidade social à qual se destinava”¹⁴⁹.

De acordo com o regime anterior, consagrado no CPEREF, estavam previstos, como meios de reação contra atos prejudiciais ao credor, para além da resolução de atos jurídicos em benefício da massa falida (156.º, 159.º e 160.º, CPEREF), a impugnação pauliana em benefício da massa falida, ou *impugnação pauliana coletiva*¹⁵⁰⁻¹⁵¹ (157.º a 160.º, CPEREF), sendo o efeito de ambos o mesmo: a reversão dos bens ou dos valores para a massa falida. Deste modo, a impugnação pauliana singular (civil), que aproveitava unicamente ao credor impugnante, distinguia-se da coletiva pois esta, “dada a natureza

¹⁴⁵ Ac. STJ de 02/03/2023 (Catarina Serra).

¹⁴⁶ Se atendermos a um princípio de absoluta solidariedade entre credores, podemos ser levados a pensar que os efeitos devem a todos os credores aproveitar, com o fundamento de que algum, ou alguns, deles pode(m) não ter impugnado, por não ter(em) tido conhecimento ou meios para litigar – Cunha, 2021, p. 155. No entanto, é, tal fundamento, inócuo, já que, por um lado, não se pode alegar o desconhecimento da lei para justificar uma qualquer ação, ou omissão, e, por outro lado, não se deverá desconsiderar o instituto do apoio judiciário que, em termos teóricos, assegura o acesso à proteção jurídica, e, designadamente, à representação por um mandatário, de quem não pode pagar as despesas associadas a um processo judicial. Ainda, correr-se-ia o risco de permitir uma atitude de *inércia* e *leviandade* relativamente àqueles credores que nada fariam, aguardando que algum deles tivesse a iniciativa de instaurar tal ação.

¹⁴⁷ Ac. TRC de 11/04/2019 (Barateiro Martins).

¹⁴⁸ Cunha, 2021, p. 155.

¹⁴⁹ Horster & Silva, 2019, p. 15.

¹⁵⁰ Sendo a legitimidade para impugnar do liquidatário judicial ou *de qualquer credor cujo crédito se encontra já reconhecido* (160.º, n.º 1, CPEREF).

¹⁵¹ Esta impugnação correspondia àquilo que é “hoje a resolução em benefício da massa insolvente”, tendo sido por esta “substituída” – Ribeiro, 2019, Anotação ao art. 616.º, p. 725; *id.*, 2019, Anotação ao art. 618.º, p. 732.

universal do processo de falência (...), determinando a reversão dos bens ou valores correspondentes para a massa falida, aproveita[va] a todos os credores concursais”¹⁵². Assim, em várias decisões jurisprudenciais, como por ex. os Acórdãos do STJ, já mencionados, de 15/01/2019 (Graça Amaral) e de 17/12/2019 (Maria Orlinda Garcia), refere-se a opção deliberada do legislador de deixar de conferir efeitos coletivos à impugnação pauliana, no sentido de “poder beneficiar a massa insolvente”, eliminando a figura da impugnação coletiva, e *substituindo-a* pela resolução em benefício da massa insolvente, apenas se admitindo, no direito vigente, a impugnação pauliana singular¹⁵³. Por conseguinte, com o novo CIRE, tornou-se indiferente o facto de o devedor já ter sido declarado insolvente em processo judicial, para efeitos da determinação dos requisitos e consequências da impugnação pauliana, pois, em caso de procedência da ação, essas consequências aproveitarão “apenas ao credor impugnante”¹⁵⁴, deixando de ter utilidade a distinção entre impugnação individual e coletiva, já que os efeitos são “precisamente os mesmos”. Catarina Serra¹⁵⁵, embora critique a solução prevista pelo legislador, considerando que não se adequa à natureza universal do processo de insolvência, estando em desarmonia com ele, e, em especial, com o princípio da *par conditio creditorum*, “que aí deve imperar”¹⁵⁶, entende que, de facto, o CIRE não prevê desvios à estrutura típica da impugnação pauliana, nem a sua procedência pode assumir efeitos coletivos, no sentido de beneficiar a massa insolvente, pois assim só seria se ainda existisse o instituto da impugnação pauliana coletiva.

Também de acordo com o preâmbulo do DL n.º 53/2004 (que aprovou o CIRE), denota-se uma certa “intenção legislativa de rutura com o quadro vigente”¹⁵⁷:

No actual sistema, prevê-se a possibilidade de resolução de um conjunto restrito de actos, e a perseguição dos demais nos termos apenas da impugnação pauliana, tão frequentemente ineficaz (...). No novo Código, o recurso dos credores à impugnação pauliana é impedido, sempre que o administrador entenda resolver o acto em benefício da massa. Prevê-se a reconstituição do património do devedor (...) por meio de um instituto específico – a ‘resolução em benefício da massa insolvente’ –, que permite, de forma expedita e eficaz, a destruição de actos prejudiciais a esse património.

¹⁵² Serra, 1998, p. 298.

¹⁵³ A impugnação pauliana singular, diversamente da coletiva, seria exercida no “exclusivo interesse do autor, não [havendo] necessidade de os bens regressarem ao património do devedor, podendo conservar-se no do terceiro, onde o credor poderá executá-los ou praticar os atos conservatórios autorizados pela lei aos credores” – Neto, 2018, p. 706.

¹⁵⁴ Mariano, 2020, p. 224.

¹⁵⁵ Serra, 2020, p. 105 e Ac. STJ de 19/12/2018 (Catarina Serra).

¹⁵⁶ Serra, 2012, p. 110.

¹⁵⁷ Correia, 2019, p. 130.

Demonstrando que, de facto, existe, *de jure condito*, uma dualidade de meios de reação contra atos prejudiciais praticados pelo devedor (entretanto declarado insolvente), veja-se que, se o legislador pretendesse que os bens, objeto da impugnação pauliana, regressassem ao património do devedor para satisfazer todos os credores, produzindo o mesmo efeito da resolução em benefício da massa (como em sede de CPEREF se verificava), não haveria a necessidade de estabelecer a prevalência da primeira (resolução) em relação à segunda (impugnação), que é notória, nomeadamente, no art. 127.º, n.ºs 1 e 2 do CIRE.

A base de toda esta argumentação é, precisamente, a letra da lei, pois que, de facto, o novo CIRE, através do seu art. 127.º, n.º 3 CIRE, faz remissão expressa para o regime previsto em termos civis (nomeadamente para o 616.º, CC), ou seja, para a norma que prevê que *os efeitos da impugnação aproveitam apenas ao credor que a tenha requerido* (616.º, n.º 4, CC). No Ac. STJ de 17/12/2019 (Maria Orlinda Garcia), fazendo-se uso deste argumento literal estabelece-se que a norma prevista no art. 127.º CIRE cumpre uma de duas funções: uma “função de delimitação negativa da aplicabilidade do regime da insolvência”, remetendo para a disciplina civilística da impugnação pauliana quando não existe resolução em benefício da massa, ou uma “função de articulação entre essa ação e a figura da resolução em benefício da massa”, quando esta for invocada. Deste modo, não havendo resolução em benefício da massa, a resposta não está no regime da insolvência, mas, sim, no regime plasmado no Código Civil acerca da impugnação pauliana.

Ainda, pode sustentar-se esta argumentação a partir do elemento sistemático¹⁵⁸ de interpretação da Lei. Assim, em primeiro lugar, e tal como decorre do Ac. TRC de 01/03/2016 (Emídio Francisco Santos)¹⁵⁹, dir-se-á que não se compreende porque é que as ações de impugnação pauliana não são apensadas ao processo de insolvência¹⁶⁰ (correndo autonomamente), caso o propósito do legislador fosse o de os efeitos reverterem a favor da massa, beneficiando todos os credores. Em segundo lugar, também não se entenderia, se fosse esse o propósito do legislador, porque é que em matéria de legitimidade, por um lado, restringiu a possibilidade de impugnar apenas aos credores, e por outro, não fez incluir, na solução atual do CIRE, a exigência de que os credores que

¹⁵⁸ Este elemento “compreende [nomeadamente] o “lugar sistemático” que compete à norma (...) no ordenamento global, assim como a sua consonância com o espírito ou unidade intrínseca de todo o ordenamento jurídico” – Machado, 2017, p. 183.

¹⁵⁹ Leia-se, em tal decisão jurisprudencial: “as acções não são apensadas ao processo de insolvência porque o CIRE não atribuiu carácter colectivo a tais acções. Quando a acção [de] impugnação tinha feição colectiva (...) no domínio do CPEREF, a acção de impugnação pauliana corria por apenso ao processo de insolvência. Porém (...) a impugnação pauliana (individual) só é admitida no caso de a resolução em benefício da massa insolvente (...) não ser exercida ou não ser exercida com êxito.”

¹⁶⁰ Aliás, essa regra de não apensação da ação de impugnação pauliana contraria um dos efeitos característicos da declaração de insolvência, segundo o qual *todas as ações são apensadas ao processo de insolvência* (85.º, n.º 1, CIRE).

quisessem impugnar, tivessem de ver o seu crédito reconhecido na insolvência¹⁶¹. Em terceiro lugar, a remissão do art. 127.º, n.º 3 do CIRE para o art. 616.º do CC, prevê que “é o interesse do credor que vai determinar a extensão da ingerência na esfera de terceiro”¹⁶², sendo que seria dificilmente concebível que os efeitos da impugnação aproveitassem a todos os credores, mas a extensão e a medida com que o património de terceiro é afetado fosse aferida em função do crédito de um determinado credor - o impugnante.

Por último, não originando a impugnação pauliana qualquer efeito real (ou a sua destruição), apenas a ineficácia relativamente ao credor impugnante, o bem objeto da impugnação, que foi alienado/transmitido a terceiro validamente (408.º, n.º 1, CC), tornando-se ele o seu legítimo proprietário, não pode reingressar na massa insolvente, precisamente, porque esse “objeto translativo”¹⁶³, “considerando-se o negócio válido e eficaz”¹⁶⁴, e “mantendo-se (...) intacto o efeito translativo [dele] resultante”¹⁶⁵, pertence a terceiro, e não à massa insolvente, sendo que, só assim não seria, se esse efeito da alienação/transmissão fosse desfeito. Por sua vez, “se tais bens continuam a ser propriedade dos adquirentes, não são propriedade do (...) devedor/insolvente e, por conseguinte, não são bens integrantes da sua massa insolvente”¹⁶⁶. Justamente, não é violado o princípio da igualdade de tratamento dos credores do insolvente, pois “não está aqui em causa qualquer tratamento diferenciado do (...) impugnante pauliano face ao património do [devedor] insolvente”¹⁶⁷, já que tais bens pertencem a terceiro e não podem responder pelas demais dívidas do insolvente.

¹⁶¹ Não há qualquer exigência legal nesse sentido, sendo que os efeitos da impugnação pauliana podem aproveitar mesmo a credores que nem tenham sido reconhecidos como tal no processo de insolvência.

¹⁶² Correia, 2019, p. 131.

¹⁶³ Ac. STJ de 15/01/2019 (Graça Amaral).

¹⁶⁴ Ac. TRG de 26/01/2017 (Lina Castro Batista).

¹⁶⁵ Pereira, 2022, p. 199.

¹⁶⁶ Ac. TRC de 11/04/2019 (Barateiro Martins).

¹⁶⁷ Ac. STJ de 17/12/2019 (Maria Orlinda Garcia).

1.2. Interpretação extensiva

Por outro lado, de acordo com uma doutrina quase “simbólica”¹⁶⁸, entende-se que à procedência da impugnação pauliana, no contexto da insolvência do devedor, deve ser dado um diferente tratamento, relativamente ao regime *comum* civilista, impondo-se “desvios muito significativos à estrutura típica da ação pauliana”¹⁶⁹. Neste sentido, Gonçalo dos Reis Martins¹⁷⁰ admite a existência de um regime excecional quando o devedor é declarado insolvente, perdendo, o credor, a exclusividade concedida, em termos civis, no art. 616.º, n.º 4 CC, tendo de concorrer em pé de igualdade com os demais credores do devedor.

Em primeiro lugar, diga-se quanto ao argumento histórico acima referido que “o preâmbulo não permite concluir que o legislador quis alterar o *status quo*, em que a impugnação insolvencial beneficiaria todos os credores, mas apenas reforçar o mecanismo da resolução”¹⁷¹, i.e., teria o legislador previsto um mecanismo mais expedito e eficaz, mas tal não significaria que pretendesse afastar a possibilidade de a impugnação pauliana, na sua configuração atual, ter os efeitos da anterior impugnação pauliana coletiva, já que tal ação foi julgada procedente no específico contexto da declaração de insolvência do devedor.

Tal como refere Paula Costa e Silva, na circunstância de facto acima assinalada, apenas nascerá o direito de restituição do bem ao património do devedor, e já não o de execução no património do terceiro¹⁷², pois tal conferiria, para o credor impugnante uma “posição de vantagem”¹⁶⁹, já que, evitaria o concurso dos restantes credores do devedor, estando “munido de uma decisão proferida na ação de impugnação” que lhe confere o título executivo que legitima atingir o património do terceiro. Os restantes credores estariam, pois, numa posição de desvantagem, só podendo satisfazer os seus créditos através dos bens que estivessem integrados no património do devedor ao tempo da declaração de insolvência.

Por sua vez, Marisa Vaz Cunha, apoiada por alguma jurisprudência¹⁷³, propõe uma diferente interpretação do art. 127.º, n.º 3 do CIRE, entendendo que deste não resulta qualquer remissão geral para o regime dos efeitos da impugnação pauliana em relação ao credor (i.e., para o 616.º, CC, na sua integralidade), devendo apenas tal remissão funcionar no sentido em que o credor terá apenas direito à restituição dos bens na medida do seu crédito (*na medida do seu interesse* – 616.º, n.º 1, CC) sem as modificações introduzidas por um eventual plano de insolvência ou de pagamentos (*com*

¹⁶⁸ Serra, 2020, p. 105.

¹⁶⁹ Silva, 2004, p. 56.

¹⁷⁰ Martins, 2019, p. 834.

¹⁷¹ Correia, 2019, p. 130.

¹⁷² Veja-se o que se disse no Cap. II sobre os efeitos da impugnação pauliana.

¹⁷³ Nomeadamente pelo Ac. TRG 30/05/2018 (Pedro Damião e Cunha), entretanto revogado.

abstração das modificações introduzidas ao seu crédito por um eventual plano de insolvência ou de pagamentos – 127.º, n.º 3, CIRE), não havendo “nenhum obstáculo a que o restabelecimento da garantia patrimonial seja concretizado através do direito à restituição dos bens, nas situações em que existe um interesse ou que a lei assim determine”¹⁷⁴. Por conseguinte, ficaria o credor “com o seu crédito incólume face aos restantes credores, como benefício pelo exercício da ação pauliana”, porém, o seu interesse seria determinado em sede de concurso. A massa insolvente, deveria, deste modo, suportar os custos da ação, face ao benefício que decorreu da sua procedência para todos os credores da insolvência. Invocando os ensinamentos de Pires de Lima, Antunes Varela e Paula Costa e Silva, também já explicitados, a autora, apesar de reconhecer que tal doutrina se reporta a um tempo em que ainda não estava em vigor o CIRE, admite esta solução, através de uma “interpretação da lei segundo valores e princípios fundamentais do ordenamento”, considerando não ser necessário que a própria norma expressamente o determine.

Como fundamentos para a sua tese, Marisa Vaz Cunha apresenta, no seu núcleo, por um lado, a própria teleologia do Direito da Insolvência e a alteração que a insolvência provoca no ordenamento jurídico no seu todo e no âmbito do processo de execução universal em si e, por outro lado, o papel e relação com o princípio *par conditio creditorum*. Assim, nota, que, com a declaração de insolvência, “a relação entre os credores e o património do devedor (...) passa (...) de individual para universal”¹⁷⁵, sendo que, “o património do devedor converte-se na massa insolvente”. Por essa razão, “qualquer direito dos credores que incida sobre “todo o património do devedor existente à data da declaração de insolvência” e que o possa afetar, transforma-se, de um direito de exercício individual, num direito de exercício coletivo, de forma a respeitar-se, não só o princípio *par conditio creditorum*, como o disposto no art. 90.º do CIRE¹⁷⁶. Deste modo, “o interesse dos credores passa a ser o interesse da massa”, representada pelo AI. Consequentemente, aquando da declaração de insolvência, todo o património do devedor, incluindo os bens que entretanto foram objeto de impugnação pauliana, deveria responder pela totalidade dos créditos reconhecidos, sendo que, qualquer ação instaurada na pendência de tal processo universal seria exercida “no interesse indiscriminado de todos os credores prejudicados por determinado ato”¹⁷⁷, ultrapassando-se a tutela do interesse concreto e individual do credor impugnante, que é absorvida pela massa (e sendo, na massa, contido o próprio interesse do credor).

¹⁷⁴ Cunha, 2017, p. 304.

¹⁷⁵ Cunha, 2017, p. 306.

¹⁷⁶ De acordo com este preceito, os credores da insolvência apenas poderão exercer os seus direitos em conformidade com os preceitos do CIRE, durante a pendência do processo de insolvência.

¹⁷⁷ Cunha, 2017, p. 307.

Acrescenta que, se se entender que a impugnação pauliana depende tão só do direito a executar o património do terceiro, não estando em causa a massa insolvente, mas apenas esse património (do terceiro), desvirtuar-se-ia o próprio processo de insolvência, não se fazendo qualquer exigência de universalidade. Ainda, “nos termos dos n.ºs 2 e 3 do art. 617.º do CC, o terceiro sempre teria direito a ser ressarcido na medida do seu enriquecimento”¹⁷⁸, sendo que tal “enriquecimento corresponderia à prestação realizada pelo terceiro ao devedor, que agora integra a massa insolvente, e teria de ser enquadrado nos mesmos termos do art. 126.º: a restituição do objeto prestado teria de ser feita ao terceiro ou, não sendo possível, o seu crédito seria qualificado como crédito sobre a massa, uma vez que é o enriquecimento que aqui está em causa. À saída de um bem da massa insolvente não corresponderia qualquer contrapartida, o que implicaria automaticamente a sua diminuição em prejuízo dos credores”.

Deste modo, não aceita, a autora, o entendimento de que a saída do bem objeto da impugnação, extinguindo-se o crédito do credor e sendo eliminado da lista dos credores reconhecidos, beneficiaria indiretamente os restantes credores, pois o prejuízo daí resultante (de um dos credores deixar de fazer parte do coletivo de credores, obtendo prioridade na satisfação (integral) do seu crédito), para a massa insolvente, é muito mais abrangente do que essa mera operação *aritmética*, já que engloba “todos os atos suscetíveis de provocar um tratamento desigual e injustificado entre credores”. Acrescenta que, admitir a impugnação pauliana em benefício exclusivo desse credor, pode promover situações de conluio entre o AI, que intencionalmente não lançaria mão da resolução, e um determinado credor (nomeadamente, com mais poder), para que este pudesse obter o pagamento do crédito antecipadamente e de forma prioritária.

Por último, afirma a autora a impossibilidade, por parte do autor (credor impugnante), ao fazer uso da impugnação pauliana (ação declarativa de condenação) de efetivar o seu direito por via da ação executiva (88.º, CIRE¹⁷⁹), pois “os princípios da concursabilidade e da igualdade vedariam a afetação individual dos bens integrantes da massa insolvente, (...) [porque] a execução universal absorve a execução singular, através da reclamação de créditos prevista nos arts. 128.º e ss.”¹⁸⁰.

Catarina Serra critica este entendimento, alegando que os fundamentos invocados, sendo legítimos, não poderão prevalecer quanto à solução do art. 127.º, n.º 3 do CIRE, estabelecendo que “é indiscutível que a remissão é feita sem restrições, logo, para (todo)

¹⁷⁸ Cunha, M. V., 2017, p. 308.

¹⁷⁹ O efeito da declaração de insolvência do art. 88.º do CIRE dá “efetividade ao princípio da *par conditio creditorum*, evitando que um credor seja satisfeito no âmbito de uma execução singular e permitindo a liquidação do património do devedor num único processo” - Chorro, I., 2020, pp.1008-1009- impedindo que um credor possa obter a satisfação do seu crédito de forma mais expedita, fora do processo de insolvência (que é de execução universal).

¹⁸⁰ Cunha, M. V., 2017, p. 309.

o art. 616.º do CC” e, que, se assim não fosse, retirar-se-ia toda a “utilidade ao art. 127.º, n.º 3, do CIRE, pois o facto de o credor requerente ‘fica[r] sempre com o seu crédito incólume face aos restantes credores’ não é um benefício adicional que aportaria a remissão para o n.º 1 do art. 616.º do CC; é o que já resulta da norma, *in fine* (‘com abstracção das modificações introduzidas ao seu crédito por um eventual plano de insolvência ou de pagamentos’)”¹⁸¹.

Pese embora as críticas a esta doutrina (de que os bens objeto da impugnação pauliana, no contexto da insolvência do devedor, devem ao seu património regressar, aproveitando ao coletivo de credores), em sede de jurisprudência, tem-se vindo a admitir tal solução em, essencialmente, duas hipóteses. Por um lado, quando, tendo sido realizada uma transmissão (por ex., uma doação ou um contrato de compra e venda) de um bem, que vem a ser objeto de uma ação de impugnação pauliana, está *pendente* uma (ação de) *execução contra os devedores*, que foram declarados insolventes. Por outro lado, quando o devedor, que é transmissário (ou cedente) de um crédito, é declarado insolvente em *momento anterior* à instauração de uma *ação executiva contra o terceiro adquirente* (que tem como título executivo a sentença proferida no âmbito de uma ação de impugnação pauliana julgada procedente).

Refira-se, quanto à primeira hipótese, o Ac. STJ de 11/07/2013 (Fonseca Ramos), e os Acórdãos do TRG de 30/05/2018 (Pedro Damião Cunha)¹⁸² e de 14/11/2019 (de Maria da Purificação Carvalho)¹⁸³.

O Ac. do STJ de 2013, de Fonseca Ramos, paradigmático por ter comportado pela primeira vez uma leitura *inovadora* do texto da lei, fez eclodir uma corrente doutrinal e jurisprudencial que, do art. 127.º, n.º 3 do CIRE, retira, através de uma interpretação extensiva, uma solução excecional.

Em tal decisão, não se nega o carácter pessoal da impugnação pauliana, nem o efeito de ineficácia que a procedência de tal ação origina, fazendo nascer na esfera jurídica do credor o direito à restituição dos bens na medida do seu interesse, podendo executá-los no património do obrigado à restituição. No entanto, afirma-se que esta não é uma simples ação de impugnação pauliana, já que se está no âmbito de um processo de

¹⁸¹ Serra, 2020, pp. 105-106.

¹⁸² Não obstante este acórdão ter sido revogado pelo Ac. STJ de 15/01/2019 (Graça Amaral), leia-se: “(...) tendo na pendência da execução e da ação de impugnação pauliana, a devedora/alienante/doadora sido declarada insolvente, a execução passou a ser (...) uma execução universal (...) onde são, em regra, admitidos todos os credores (...). Apesar do efeito jurídico geral da Impugnação pauliana não impor a restituição dos bens ao património do alienante, não se pode deixar de reconhecer, nestas situações, uma circunstância excepcional que exige um outro efeito jurídico (...) – a restituição dos bens à massa insolvente – tendo em conta os interesses subjacentes aos princípios e valores inerentes ao Processo de Insolvência”.

¹⁸³ Veja-se neste acórdão que “tendo a devedora/alienante sido declarada insolvente, na pendência da ação executiva e da ação de impugnação pauliana, justifica-se que (...) os bens alienados, objeto da ação de impugnação pauliana julgada procedente devam, excecionalmente, regressar ao património do devedor/insolvente, para, integrando a massa insolvente, responderem (...) perante os credores da insolvente”.

insolvência, merecendo, dessa forma, especial atenção. Assim, a execução deixou de ser uma *execução singular* contra os executados, em que os intervenientes seriam unicamente o exequente e os credores reclamantes cujos créditos fossem providos de garantia real (788.º, n.º 1, CPC) para passar a ser uma *execução universal* (1.º, CIRE), onde são admitidos todos os credores. Ainda, havendo declaração de insolvência, a execução que estava pendente não podia prosseguir por força do art. 88.º do CIRE, sendo que os credores da insolvência apenas podem, nessas circunstâncias, exercer os seus direitos nos termos do CIRE (90.º, CIRE).

Deste modo, seria necessário impor desvios significativos à estrutura típica da ação de impugnação pauliana: o bem deveria reingressar no património do devedor (integrando a massa insolvente), servindo à satisfação de todos os créditos que contra esse património são invocados (o devedor, entretanto declarado insolvente, deveria responder perante os credores da insolvência, sendo o crédito do credor impugnante tratado em pé de igualdade, sob escudo do princípio *par conditio creditorum*). Caso assim não fosse, não obstante a insolvência dos executados (devedores), “a execução prosseguiria, em relação ao bem penhorado e objecto da acção pauliana, apenas entre o credor exequente e os executados, ficando a salvo da execução universal com evidente tratamento discriminatório”¹⁸⁴, i.e., o credor impugnante evitaria, fazendo uso da ação de impugnação pauliana, o concurso dos restantes credores do seu devedor, pois executaria determinado bem diretamente no património do terceiro.

Maria de Fátima Ribeiro, integrando esta doutrina minoritária, considera que a solução imposta pelo art. 127.º, n.º 3 do CIRE põe em causa o princípio *par conditio creditorum*, retirando deste Acórdão um argumento de identidade e maioria de razão para concluir que, quando o devedor é declarado insolvente, e está pendente, ou é posteriormente instaurada, uma ação de impugnação pauliana, que é julgada procedente, os bens objeto dessa ação devem sempre regressar à massa insolvente, concorrendo o credor impugnante com os restantes credores da insolvência, com a ressalva de que “a medida do seu crédito abstrai das alterações que entretanto lhe possam ter sido introduzidas por eventual plano de insolvência ou de pagamentos”¹⁸⁵. Esta autora aponta a dificuldade de compatibilização da solução do art. 127.º, n.º 3 do CIRE com o que é disposto nos arts. 88.º e 128.º do CIRE. Assim, afirma que “se ao tempo de a declaração de insolvência já existir sentença que decida favoravelmente para um credor a impugnação pauliana de determinado negócio do devedor insolvente, deve esse credor reclamar a satisfação do seu crédito no âmbito do processo de insolvência,

¹⁸⁴ Ac. STJ de 11/07/2013 (Fonseca Ramos).

¹⁸⁵ Ribeiro, 2017, p. 170.

suspendendo-se até a execução que eventualmente esteja em curso”¹⁸⁶, para que “na satisfação desse seu crédito, ele concorra com os restantes credores”.

Catarina Serra tece, também, críticas¹⁸⁷ a este raciocínio, invocando que a autora partiu de uma generalização incorreta, pois que aquele Acórdão (de 11/07/2013), versa sobre uma situação diferente, e excepcional, em que, como já foi explicitado, os devedores são declarados insolventes durante a pendência de uma ação de execução contra eles instaurada, não se podendo daí retirar argumentos “para defender, genericamente, *contra legem*, que os efeitos da ação de impugnação pauliana, proposta antes ou depois da declaração de insolvência, aproveitam a todos os credores”¹⁸⁸. Assim, considera que, com tal entendimento se faz “tábua rasa da remissão contida na norma [127.º, n.º 3, CIRE]”¹⁸⁹, “reduzindo-se a [sua] utilidade (...) à determinação de que o interesse do credor é aferido com abstracção das modificações derivadas de plano de insolvência ou de pagamentos e de isso ser dispensável pois já resulta da norma remissiva, ela própria”. Em segundo lugar, se se entender que os bens em causa numa ação de impugnação pauliana, proposta antes ou depois da declaração de insolvência, devem regressar à massa quando a ação é julgada procedente, tal conduziria à “inutilização do disposto no n.º 2 do art. 127.º do CIRE”, em que é clara a preferência do legislador pelo mecanismo da resolução em benefício da massa insolvente, em detrimento da ação de impugnação pauliana, só podendo esta avançar nos casos já referidos no Cap. III da presente dissertação, sendo que, para Catarina Serra, a interpretação proposta por Maria de Fátima Ribeiro “deixa ‘escapar’ [tal] hipótese” de procedência da impugnação pauliana, referindo que “aí, continuará o credor a ter a possibilidade de exercer o seu direito de executar o bem no património do devedor, evitando o confronto com os demais credores do insolvente”.

Igualmente, Carolina Cunha critica a posição defendida por Maria de Fátima Ribeiro, esclarecendo que o art. 127.º, n.º 3 do CIRE pretende “afastar as dúvidas que se poderiam levantar no caso de o credor haver, simultaneamente, reclamado o crédito no processo de insolvência, e movido uma ação de impugnação pauliana”, considerando que a autora não atribuiu o relevo merecido “à circunstância de a impugnação pauliana corresponder a uma ação pessoal, através da qual o credor faz valer um direito de crédito contra terceiro”¹⁹⁰, entendendo que a execução subsequente se dirige contra o terceiro (de acordo com o 818.º, CC), pelo que não deverá ser abrangida pela suspensão cominada

¹⁸⁶ Ribeiro, 2017, p. 169; *id.*, 2019, Anotação ao art. 618.º, p. 169.

¹⁸⁷ Note-se que Catarina Serra assinalou a “impossível conciliação entre efeitos individuais da pauliana e a *par conditio creditorum*, aplaudindo a decisão do STJ de 11/07/2013 (...). No entanto, o aplauso dirigido a esta decisão atende ao carácter excepcional dos factos em apreço, e *de jure condito* [esta autora] aceita a dualidade de meios/efeitos” (Correia, 2019, p. 128).

¹⁸⁸ Serra, 2020, p. 109.

¹⁸⁹ Serra, 2020, p. 110.

¹⁹⁰ Cunha, 2021, p. 159.

pelo art. 88.º do CIRE, tal como propugna Maria de Fátima Ribeiro. Ainda, no Ac. TRC de 11/04/2019 (Barateiro Martins), estabelece-se que não se verifica este obstáculo do art. 88.º do CIRE, pois que tal norma está prevista para a suspensão de execuções que “atinjam os bens integrantes da massa insolvente”, sendo que, no caso de impugnação pauliana julgada procedente, o bem, continuando na titularidade do terceiro, nada tem a ver, nem com o devedor, nem com a massa insolvente.

Quanto à segunda hipótese, em que é instaurada uma ação executiva contra o terceiro adquirente, tendo o devedor sido declarado insolvente em momento anterior, deverá ser abordado o Ac. STJ de 15/02/2022 (Maria Clara Sottomayor)¹⁹¹. Em causa estava uma cessão de créditos (que veio a ser objeto de impugnação pauliana), por um cedente (devedor insolvente) a um terceiro (adquirente), tendo sido intentada, contra este último, ação executiva por um credor do alienante (devedor), com a particularidade de que, tanto o terceiro adquirente contra quem estava a ser instaurada a ação executiva em resultado da impugnação pauliana julgada procedente, como o credor exequente, eram credores da insolvência, sendo que tal execução atingia um crédito integrante da massa insolvente. Por conseguinte, não podiam tais bens ser afetados a outro fim que não o pagamento dos credores reconhecidos no próprio processo, entrando, nesta medida, em conflito, o regime insolvencial com o regime civilístico da impugnação pauliana.

Entende-se, em tal decisão, que a solução a dar ao caso não passa por uma interpretação declarativa¹⁹² da norma do art. 127.º, n.º 3 do CIRE, devendo procurar-se um “sentido coerente com o espírito do diploma em que está inserido”¹⁹³, que tem como fim último a tutela dos credores da insolvência. Ainda, não parece que tenha sido a intenção do legislador fazer prevalecer os interesses do credor impugnante sobre os credores da insolvência, pelo menos se o credor impugnante tinha conhecimento, no momento da execução, da declaração de insolvência do devedor, ou se esta seria previsível futuramente. Deste modo, nesses casos, teria o credor impugnante a obrigação de “abster-se de receber uma satisfação ou uma garantia do seu crédito, com as quais sejam prejudicados os outros credores”, não devendo “procurar uma posição vantajosa em face dos demais credores”¹⁹⁴. Munido desse conhecimento, em clara má fé, na hipótese de terem sido realizados “atos de satisfação ao credor (...) serão [tais atos] “impugnáveis no interesse da massa”, uma vez que (...) [se destinaram] (...) “a dar àquele

¹⁹¹ Na origem deste Acórdão, esteve o Ac. TRP de 22/06/2021 (Anabela Tenreiro), que decidiu no mesmo sentido do presente.

¹⁹² Na interpretação declarativa, “o intérprete limita-se a eleger um dos sentidos que o texto directa e claramente comporta, por ser aquele que corresponde ao pensamento legislativo” – Machado, 2017, p. 185.

¹⁹³ Ac. STJ de 15/02/2022 (Maria Clara Sottomayor).

¹⁹⁴ Serra, 1958, pp. 382-383.

credor um meio de iludir a igualdade de tratamento dos credores (...)”¹⁹⁵. Concluiu-se, assim, que a “solução mais adequada e conforme com a lei na sua correta interpretação” era a de que: “se o cedente de um crédito, que vem a ser objeto de uma ação de impugnação pauliana, é declarado insolvente em momento anterior à instauração de ação executiva, intentada apenas contra o terceiro adquirente, com base na sentença que julgou procedente a ação pauliana”, deve extinguir-se a execução (88.º, CIRE) e tem o terceiro adquirente a obrigação de restituir, efetivamente, o crédito transmitido pelo devedor, regressando ao património do cedente, para integrar a massa insolvente e responder perante os credores da insolvência, podendo e devendo o credor exequente reclamar o seu crédito no processo de insolvência, em concorrência com os demais credores, nos termos legais.

Por último, parafraseando Maria José Costeira, e demonstrando a perplexidade da norma e a sua dificuldade de compatibilização com as normas do ordenamento jurídico insolvencial:

Como ainda não percebi o que o legislador quis dizer com esta norma [art. 127.º, n.º 3 do CIRE], não me pronuncio sobre a mesma. Refiro apenas que me parece absurdo que, depois de decretada a insolvência, a eventual procedência da acção de impugnação pauliana vá aproveitar apenas a um credor do insolvente: o A. da respetiva acção.¹⁹⁶

1.3. Análise crítica ao artigo 127.º, n.º 3 do CIRE

Aqui chegados, cumpre apreciar criticamente a solução do art. 127.º, n.º 3 do CIRE, *descortinando* o seu modo de aplicação.

Em primeiro lugar, importa dizer que a opção por uma, ou outra, interpretação da norma, depende, antes de mais, do entendimento que se faça do conteúdo do *direito à restituição* dos bens, que o art. 616.º, n.º 1 do CC prevê. Isto porque, por um lado, há quem entenda (Antunes Varela, Pires de Lima, Armindo Ribeiro Mendes e Paula Costa e Silva) que este direito significa uma restituição efetiva do bem ao património do devedor, ou seja, o regresso como que *fictionado* do bem a esse acervo patrimonial e, por outro lado, há quem considere (Menezes Leitão e Cura Mariano) que o conteúdo de tal direito à restituição dos bens se concretiza através da exposição aos meios executórios e conservatórios da garantia patrimonial.

Se se seguir o primeiro entendimento, concluir-se-á pela interpretação extensiva (tese minoritária) da norma do art. 127.º, n.º 3 do CIRE, considerando-se que a situação de insolvência do devedor é, precisamente, um dos (raros) casos em que justifica a

¹⁹⁵ Ribeiro, 2017, p. 170, nota 101.

¹⁹⁶ Costeira, 2005, p. 38.

restituição efetiva do bem ao património do devedor, e não a sua execução no património do terceiro, sendo que, por força de tal direito à restituição, o bem reingressará ao património do devedor, integrando a massa insolvente, satisfazendo coletivamente os credores da insolvência. Já se se optar pela segunda leitura do conteúdo do direito à restituição, seguir-se-á uma interpretação declarativa (tese maioritária), sendo que, mesmo quando o devedor é declarado insolvente, a ineficácia que a impugnação pauliana gera, traduz-se no poder que esse credor tem de executar o bem, objeto de tal ação, diretamente no património do terceiro, situação aliás legitimada pelo art. 818.º do CC, constituindo, assim, um desvio ao princípio da responsabilidade patrimonial.

Em segundo lugar, para saber qual a interpretação a fazer do preceito do art. 127.º, n.º 3 do CIRE, será necessário saber se está pendente uma ação executiva contra o devedor insolvente ou contra o terceiro adquirente, e se o devedor é declarado insolvente em momento anterior, ou na pendência da referida ação executiva, pois que, nestes dois casos, a solução dada pela jurisprudência tem vindo a ser a de que o bem deverá, excecionalmente, regressar ao património do devedor.

Pois bem, mas, afinal, que observações, esclarecimentos e críticas há a tecer sobre esta norma?

Denota-se, de facto, uma preferência pelo instituto da resolução em benefício da massa insolvente relativamente à impugnação pauliana, o que pressupõe, evidentemente, que se tratem de mecanismos de reação distintos, quer em substância, quer em forma.

Tal prevalência tem por base uma confiança que o legislador depositou no próprio instituto da resolução, e na iniciativa do AI, como garante dos interesses de todos os credores, de lançar mão de tal mecanismo, tendo “partido do princípio de que o AI faria da resolução um uso eficaz como via (única) para a reconstituição do património do devedor”¹⁹⁷. No entanto, diga-se, tal confiança saiu *ligeiramente* frustrada: por um lado, pela inércia verificada pelo AI na promoção de ações de resolução em benefício da massa, e pelo facto de se ter apenas nele concentrado¹⁹⁸ a possibilidade para o fazer, e, por outro lado, pela falta de diligência, em sede judicial, no tratamento de questões relacionadas com a resolução em benefício da massa. Tal como também aponta Marisa Vaz Cunha, os desenvolvimentos no nosso País relativamente a este instituto “têm-se revelado insuficientes para permitir que a resolução em benefício da massa desempenhe, com eficiência e eficácia, o seu escopo”¹⁹⁹, tendo “um grande número de resoluções em benefício da massa realizadas pelos administradores da insolvência [sido] travadas em

¹⁹⁷ Serra, 2020, p. 111.

¹⁹⁸ Concentra-se no AI uma *expectativa de diligência* que poderia, perfeitamente, ser distribuída pelos credores, caso fosse admitido, como no CPEREF, a impugnação pauliana coletiva (Serra, 2012, p. 111).

¹⁹⁹ Cunha, 2017, p. 19.

sede judicial pela falta de diligência no respetivo exercício, nomeadamente no que diz respeito à fundamentação necessária e ao prazo de caducidade”.

Deste modo, este panorama manter-se-á “até que o legislador português reveja a posição que tomou em 2004 com base em pressupostos que – está demonstrado hoje – não são absolutamente verdadeiros, nomeadamente o de que o [AI] desempenha, de forma eficaz, o papel de garante maior (garante único) dos interesses de que são titulares todos os credores”²⁰⁰.

Contrariamente ao que é sustentado em alguma jurisprudência, por ex., no Ac. TRC de 11/04/2019 (Barateiro Martins)²⁰¹, e em sede de doutrina (Carolina Cunha), em que se *aplaude* a solução do legislador²⁰², tendo em conta todas as fragilidades, já evidenciadas, do regime, e a acentuada desconformidade com os princípios de Direito da Insolvência, têm vindo a surgir vozes na doutrina e jurisprudência que se insurgem contra a solução legislativa estipulada no CIRE. No entanto, apesar de serem vários os autores que não concordam com o teor da solução (127.º, n.º 3, CIRE), poucos são os que, efetivamente, fazem uma interpretação para além do texto dessa norma, continuando a aplicar o regime exatamente como decorre da lei, com ele se conformando.

Tendo por base o art. 9.º do CC, a letra da lei (elemento gramatical) sempre será o “ponto de partida”²⁰³ para a interpretação e aplicação de qualquer norma do ordenamento jurídico, sendo que “o sentido decisivo da lei coincidirá com a vontade real do legislador, sempre que esta seja clara e inequivocamente demonstrada através do texto legal”²⁰⁴ – o que, note-se, não parece ser o caso, sendo tal demonstrado através da heterogeneidade, e conflito, de opiniões que a norma tem originado – devendo optar-se pelo sentido que corresponda ao “significado natural das expressões verbais utilizadas e (...) ao seu significado técnico-jurídico”, pressupondo que o legislador, ao redigir a norma, “soube exprimir com correção o seu pensamento”.

Todavia, quando tal não acontece, para “determinar o sentido ou a vontade duma lei”²⁰⁵, será necessário lançar mão de outros elementos de interpretação da norma, nomeadamente, do elemento teleológico, tendo em conta “a razão de ser (*ratio legis*)”, o “sentido profundo” e o “fim visado pelo legislador ao elaborar a norma”, com vista à

²⁰⁰ Serra, 2020, p. 124.

²⁰¹ Neste acórdão diz-se que o art. 127.º do CIRE não viola, nem constitui uma exceção ao princípio da universalidade insolvencial, pois “não retira da garantia patrimonial universal dos credores qualquer bem que seja propriedade do devedor/insolvente”.

²⁰² Leia-se: “a solução em vigor não só me parece perfeitamente legítima, uma vez que a *par condicio* não é uma regra cogente, sequer no processo de insolvência, como evidencia (...) que se trata de uma regra que só é chamada a actuar nos espaços deixados livres por valorações legislativas de sinal oposto” – Cunha, 2021, p. 168.

²⁰³ Machado, 2017, p. 182.

²⁰⁴ Lima & Varela, 2011, vol. I, p. 58.

²⁰⁵ Moncada, 1995, p. 144.

determinação do seu sentido, no caso, com vista à determinação da concreta solução a dar ao problema que o art. 127.º, n.º 3 do CIRE procura resolver.

Tratando-se de uma ação que corre os seus termos no contexto falimentar, deve, a esse processo, e às suas especiais características, ser adaptada, atendendo a que a insolvência “é o domínio de aplicação por excelência do princípio civilístico da igualdade entre os credores”²⁰⁶. Assim, é “criticável, do ponto de vista valorativo, conceder aqui um privilégio a um credor determinado, quando se tenta assegurar o tratamento paritário de credores ao longo do restante texto do CIRE”²⁰⁷. Recordando Catarina Serra, “o envolvimento dos credores concursuais (...) sempre foi evidente. É por eles que a falência se faz!”²⁰⁸, sendo o regime do processo de insolvência uma “tentativa constante de equilíbrio entre os interesses da massa e o limite do sacrifício do falido, no plano patrimonial”. Pois bem, “o processo de falência nasce para que os credores possam obter o pagamento do que lhes é devido, [devendo a] (...) lei falimentar (...) disponibilizar instrumentos para maximizar a eficácia da falência enquanto execução universal”, já que a satisfação justa dos credores é, e sempre foi, “a finalidade institucional precípua”²⁰⁹ do processo de insolvência. E não foi isso que fez o legislador ao limitar o alcance dos efeitos da impugnação pauliana, mesmo no contexto da insolvência, ao credor impugnante. Em sede de jurisprudência, teve o Ac. STJ de 15/02/2022 (Maria Clara Sottomayor), um papel muito relevante neste sentido, tendo-se aí referido que “não se trata de aplicar um princípio geral de justiça material sem mediação ou reflexo legal, mas apenas de interpretar a lei, tendo em conta a sua finalidade e a unidade do sistema jurídico (...)”.

Assim, enquanto não for alterada e clarificada a lei, terão os tribunais uma tarefa de interpretação corretiva/extensiva, tendo em vista estender a letra da lei até a “fazer coincidir com o seu espírito”²¹⁰, tal como foi feito no Ac. do STJ de 2013, de Fonseca Ramos.

Não se vê, portanto, razão, para retirar o mérito a quem tem o *arrojo* de fazer tal interpretação da norma, que vai para além do seu texto, mas que é consentânea com a ideia de justiça e igualdade materiais. No entanto, tendo a não concordar com Marisa Vaz Cunha apenas na estrita medida em que esta autora considera que não é necessário haver uma estipulação legal que preveja que os efeitos devem efetivamente ingressar na massa insolvente, aproveitando ao coletivo de credores, retirando tal conclusão através de mera interpretação extensiva, *ad eternum*, sem necessidade de uma intervenção legislativa.

²⁰⁶ Serra, 2009, p. 10.

²⁰⁷ Correia, 2019, p. 132.

²⁰⁸ Serra, 1998, p. 312.

²⁰⁹ Ascensão, 1995, p. 673.

²¹⁰ Moncada, 1995, p. 153.

Conclua-se, assim, que, em certos casos, “em que a letra do texto fica aquém do espírito da lei”²¹¹, e de forma ponderada, fará sentido ter esta *audácia*, para que se promova uma solução mais justa e que melhor se enquadre com os princípios fundamentais e com a teleologia do Direito da Insolvência.

²¹¹ Machado, 2017, p. 185.

Conclusão

Em suma, é certo que não é legítimo ignorar a mudança legislativa, nem mesmo, o próprio texto da lei. O art. 127.º, n.º 3 do CIRE, aliás, “contrariando (...) o que seria de esperar num processo concursal”²¹², expressamente consagra que, *julgada procedente a ação de impugnação, o interesse do credor que a tenha instaurado, é aferido, para efeitos do art. 616.º do CC.*

No entanto, não obstante a existência de tal regime, em certos casos, excepcionais, nomeadamente, quando (1) na pendência de uma ação executiva contra o devedor, no contexto de uma ação de impugnação pauliana, o devedor é declarado insolvente, e (2) quando o devedor é declarado insolvente em momento anterior à instauração de uma ação executiva intentada contra o terceiro adquirente (com base na sentença que julgou procedente a impugnação pauliana), devem os bens, objeto dessa impugnação, reingressar à massa insolvente, para satisfação da generalidade dos credores, admitindo-se, nesses casos, porque no âmbito de um processo insolvencial (tipicamente universal e *tendencialmente* igualitário), uma interpretação extensiva da lei, impondo-se desvios ao carácter pessoal da impugnação pauliana.

Porém, não se poderá correr o risco de chegar a um resultado interpretativo *contra legem*, não tendo na letra da lei o mínimo de correspondência, nem devendo generalizar-se tal solução a todos os casos de procedência de uma impugnação pauliana no contexto da insolvência do devedor (efetuando, sem mais, uma reconstrução total do pensamento legislativo e uma repriminção da especialidade que, de facto, deixou de constar da lei²¹³).

De jure condendo, propõe-se uma solução legislativa, congruente com os princípios insolvenciais, que clarifique a intenção do legislador e que confira mais certeza e segurança jurídicas na aplicação da lei, para que se ponha termo a esta proliferação de opiniões e interpretações, através da uniformização da matéria em discussão.

²¹² Correia, 2019, p. 126.

²¹³ Ac. TRC de 11/04/2019 (Barateiro Martins).

Bibliografia

- ASCENSÃO, J. O. (1995). Efeitos da falência sobre a pessoa e negócios do falido. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III.
- BARBOSA, M. M. (2016). Da igualdade ou do tratamento igualitário entre credores. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XCII, n.º 1.
- CORDEIRO, A. M. (1994). *Direito das obrigações*, 1.ª ed., reimp. 1986, vol. I. Lisboa: AAFDL.
- CORDEIRO, A. M. (1994). *Direito das obrigações*, 1.ª ed., reimp. 1986, vol. II. Lisboa: AAFDL.
- CORDEIRO, A. M. (2015). *Tratado de direito civil – Direito das obrigações – Garantias*, vol. X. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A. M. (2021). *Código Civil comentado*, vol. II. Coimbra: Almedina.
- CORREIA, F. M. (2019). Impugnação pauliana, sob a sombra da resolução em benefício da massa insolvente. In C. Serra (coord.). *V Congresso de Direito da Insolvência*. Coimbra: Almedina.
- CHORRO, I. (2020). O princípio da *par conditio creditorum* – fórmula vazia de sentido? Breves considerações sobre a enunciação do princípio da *par conditio creditorum* como regra geral do concurso de credores. In J. L. Moutinho (coord.). *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, vol. II. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- COSTA, M. J. A. (2010). *Direito das obrigações*, 12.ª ed., reimp. 2022. Coimbra: Almedina.
- COSTA, M. J. A. (2018). *Noções fundamentais de direito civil*, 7.ª ed. Coimbra: Almedina.
- COSTA, S. (2006). O concurso de credores no processo de insolvência. *Revista do CEJ*, n.º 4.
- COSTA, S. (2015). *O concurso de credores nas áreas comum, fiscal e da insolvência*, 5.ª ed. Coimbra: Almedina.
- COSTEIRA, M. J. (2005). Novo direito da insolvência. *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ed. especial. Coimbra: Almedina.
- CUNHA, C. (2021). *A par conditio creditorum como igualdade formal dos credores: Expectativa vs Realidade - Do cumprimento voluntário à insolvência-liquidação*. Coimbra: Almedina.
- CUNHA, M. V. (2017). *Garantia patrimonial e prejudicialidade – Um estudo sobre a resolução em benefício da massa*. Coimbra: Almedina.
- EPIFÂNIO, M. R. (2022). *Manual de direito da insolvência*, 8.ª ed, reimp. 2023. Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, L. C. & J. LABAREDA (2015). *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*. Lisboa: Quid Juris.
- FILHO, R. M. R. (2007). Impugnação pauliana como meio de conservação da garantia patrimonial. In J. F. S. Monteiro (coord.). *Garantias das obrigações – Publicação dos trabalhos do mestrado*. Coimbra: Almedina.
- GOMES, J. M. V. (2017). Nótulas sobre a resolução em benefício da massa insolvente. In C. Serra (coord.). *IV Congresso de Direito da Insolvência*. Coimbra: Almedina.
- GONZÁLEZ, J. A. (2012). *Código Civil anotado*, vol. II. Lisboa: Quid Juris.
- HORSTER, H. E. & E. S. M. SILVA (2019). *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª ed. rev. e aum., reimp. 2022. Coimbra: Almedina.
- LEITÃO, H. M. (2016). *Da impugnação pauliana*, 3.ª ed. Porto: Librum Editora.

- LEITÃO, L. M. T. M. (2018). *Garantias das obrigações*, 6.^a ed., reimp. 2022. Coimbra: Almedina.
- LEITÃO, L. M. T. M. (2021). *Direito da insolvência*, 10.^a ed. Coimbra: Almedina.
- LEITÃO, L. M. T. M. (2021). *Direito das obrigações*, vol. II, 13.^a ed. Coimbra: Almedina.
- LEITÃO, L. M. T. M. (2022). *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, 12.^a ed. Coimbra: Almedina.
- LEITÃO, L. M. T. M. (2022). *Direito das obrigações*, vol. I, reimp. 2022. Coimbra: Almedina.
- LIMA, F. P. & J. M. A. VARELA (2011). *Código Civil anotado*, vol. I, 4.^a ed. rev. e atual., reimp. 2011. Coimbra: Coimbra Editora.
- LIMA, F. P. & J. M. A. VARELA (2011). *Código Civil anotado*, vol. II, 4.^a ed. rev. e atual., reimp. 2011. Coimbra: Coimbra Editora.
- MACHADO, J. B. (2017). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, reimp. 2023. Coimbra: Almedina.
- MARIANO, J. C. (2020). *Impugnação pauliana*, 3.^a ed. Coimbra: Almedina.
- MARTINEZ, P. R. & P. F. PONTE (2006). *Garantias de cumprimento*, 5.^a ed. Coimbra: Almedina.
- MARTINS, A. S. (2022). *Um curso de direito da insolvência*, vol. I, 4.^a ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina.
- MARTINS, G. R. (2019). Anotação ao art. 616.^o. In A. Prata (coord.). *Código Civil anotado*, vol. I, 2.^a ed., reimp. 2021. Coimbra: Almedina.
- MENDES, A. R. (2002). Exercício da impugnação pauliana e a concorrência entre credores. *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II. Coimbra: Almedina.
- MESQUITA, M. H. (1995). Impugnação pauliana: Natureza jurídica do direito do impugnante e efeitos da procedência da ação, anotação ao Ac. do TRC de 17/01/1995. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*.
- MONCADA, L. C. (1995). *Lições de direito civil*, 4.^a ed. Coimbra: Almedina.
- MORAIS, F. G. (2008). *Resolução em benefício da massa insolvente*. Coimbra: Almedina.
- NETO, A. (2018). *Código Civil anotado*, 20.^a ed., reimp. 2021. Lisboa: Ediforum.
- PEREIRA, F. S. (2022). Ação de impugnação pauliana contra devedor insolvente – efeitos insolvenciais da procedência da ação. *Revista Eletrónica de Direito*, vol. XXVII, n.º 1. https://cij.up.pt/client/files/000000001/6-fernando-pereira_1863.pdf, consult. em 23/03/2023.
- PINTO, C. M. (1983). Onerosidade e gratuitidade das garantias de dívidas de terceiro na doutrina da falência e da impugnação pauliana. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, n.º especial, vol. III. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- PROENÇA, J. C. B. (2019). *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, 3.^a ed. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- RIBEIRO, M. F. (2017). Um confronto entre a resolução em benefício da massa insolvente e a impugnação pauliana. In C. Serra (coord.). *IV Congresso de Direito da Insolvência*. Coimbra: Almedina.

- RIBEIRO, M. F. (2019). Anotação ao art. 601.º. In J. C. B. Proença (coord.). *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações – Das Obrigações em Geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- RIBEIRO, M. F. (2019). Anotação ao art. 604.º. In J. C. B. Proença (coord.). *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações – Das Obrigações em Geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- RIBEIRO, M. F. (2019). Anotação ao art. 610.º. In J. C. B. Proença (coord.). *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações – Das Obrigações em Geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- RIBEIRO, M. F. (2019). Anotação ao art. 616.º. In J. C. B. Proença (coord.). *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações – Das Obrigações em Geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- RIBEIRO, M. F. (2019). Anotação ao art. 617.º. In J. C. B. Proença (coord.). *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações – Das Obrigações em Geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- C. B. Proença (coord.). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- RIBEIRO, M. F. (2019). Anotação ao art. 618.º. In J. C. B. Proença (coord.). *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações – Das Obrigações em Geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- B. Proença (coord.). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- RIBEIRO, M. F. (2019). Anotação ao art. 619.º. In J. C. B. Proença (coord.). *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações – Das Obrigações em Geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- RIBEIRO, M. F. (2019). Insolvência, pessoas especialmente relacionadas, resolução em benefício da massa insolvente e subordinação de créditos. In *V Congresso de Direito da Insolvência*, C. Serra (coord.). Coimbra: Almedina.
- SERRA, A. V. (1958). Responsabilidade patrimonial. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 75.
- SERRA, C. (1998). Efeitos da declaração de falência sobre o falido (após a alteração do DL n.º 315/98, de 20 de outubro, ao CPEREF). *Scientia Iuridica*, n.ºs 274/276.
- SERRA, C. (2009). *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito – O problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português*. Coimbra: Coimbra Editora.
- SERRA, C. (2012). *O regime português da insolvência*, 5.ª ed. Coimbra: Almedina.
- SERRA, C. (2020). Tutela dos credores e par conditio creditorum. In *II Encontros de Direito Civil – A tutela dos credores*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- SERRA, C. (2021). *Lições de direito da insolvência*, 2.ª ed. Coimbra: Almedina.
- SILVA, J. C. (1998). Dos efeitos da falência sobre garantias de dívidas de terceiro. *Ab Vno Ad Omnes: 75 anos da Coimbra Editora 1920-1995*. Coimbra: Coimbra Editora.
- SILVA, P. C. (2004). Impugnação pauliana e execução – Anotação ao Ac. do TRC de 11/02/2003, Agravo 3895/02. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 7.

- TORRES, M. M. (2022). *Princípio da par conditio creditorum e classificação de créditos*.
<https://www.mmt.pt/artigo/o-principio-da-par-conditio-creditorum-e-a-classificacao-de-creditos-no-processo-de-insolvencia>.
- VARELA, J. M. A. (1959). Fundamento da ação pauliana. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*.
- VARELA, J. M. A. (2017). *Das obrigações em geral*, vol. II, reimp. 2022. Coimbra: Almedina.
- VASCONCELOS, L. M. P. (2013). Direito de retenção, *par conditio creditorum*, justiça material. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 41.
- VASCONCELOS, L. M. P. (2019). *Direito das garantias*, 3.^a ed., reimp. 2022. Coimbra: Almedina.
- VASCONCELOS, P. P. (2015). Resolução a favor da massa - atos omissivos. In C. Serra (coord.). *III Congresso de Direito da Insolvência*. Coimbra: Almedina.

Jurisprudência

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça:

- Acórdão do STJ de 11/07/2013 (Fonseca Ramos).
- Acórdão do STJ de 19/12/2018 (Catarina Serra).
- Acórdão do STJ de 15/01/2019 (Graça Amaral).
- Acórdão do STJ de 17/12/2019 (Maria Orlinda Garcia).
- Acórdão do STJ de 17/11/2021 (Maria Orlinda Garcia).
- Acórdão do STJ de 21/06/2022 (Ricardo Costa).
- Acórdão do STJ de 15/02/2022 (Maria Clara Sottomayor).
- Acórdão do STJ de 02/03/2023 (Catarina Serra).

Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra:

- Acórdão do TRC de 01/03/2016 (Emídio Francisco Santos).
- Acórdão do TRC de 11/04/2019 (Barateiro Martins).

Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães:

- Acórdão do TRG de 26/01/2017 (Lina Castro Batista).

Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto:

- Acórdão do TRP de 22/06/2021 (Anabela Tenreiro).
- Acórdão do TRP de 23/05/2022 (José Eusébio Almeida).

A tutela dos sócios minoritários
nos grupos de facto

Mariana do Espírito Santo Brito e Esteves

Sob a orientação do Professor
Doutor José A. Engrácia Antunes

À Avó Marília
e à memória da *Abuelita Conchitita*

Hofstadter's Law:
"It always takes longer than you expect, even when
you take into account Hofstadter's Law".

Hofstadter, Douglas R.,
Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid.
Basic Books, New York, 1979.

Agradecimentos

Em primeiro lugar, como não poderia deixar de ser, agradeço profundamente ao Professor Doutor José A. Engrácia Antunes pelo seu incansável apoio e orientação ao longo destes meses (nos quais ficou repetidamente patente a sua inegável paciência), e por me ter aconselhado e guiado através dos espinhos que a cada momento iam surgindo na preparação deste trabalho.

Depois, não posso passar sem uma palavra de agradecimento a toda a minha família, que tanto me apoiou neste processo. Mãe, Pai e Sofia, agradeço pelo equilíbrio perfeito entre “colo” e “raspanetes” que me deram ao longo destes meses – foi exatamente o necessário para que estivesse suficientemente motivada para não desistir – e ao Luís, pelos abraços que me deu quando viu que precisava.

Aos meus amigos (e em especial à Francisca e à Catarina), agradeço por acreditarem em mim e por me fazerem rir.

À Clarinha, por ser uma razão legitimamente atendível para procrastinar (e por expressar de forma tão eloquente, para os seus dois anos e pouco, a máxima “Mimi, não trabalha!”). Por fim, à Avó Marília pela revisão do texto (afinal, para que se quer uma avó doutorada em Filologia Clássica?).

Resumo

No nosso ordenamento jurídico existem relações de domínio entre sociedades comerciais nas quais é patente, para além de um vincado e intrusivo exercício de influência dominante, uma verdadeira subordinação dos interesses da sociedade-filha a uma direção unitária de grupo.

Quando seja possível enquadrar esse tipo de relação no escopo dos artigos 488.º e ss. do CSC, chamar-lhe-emos “grupo de direito”, sendo-lhes aplicável um regime específico, derogador das normas gerais de direito societário, pensado especialmente para a proteção da sociedade-filha, seus credores e sócios minoritários.

No entanto, nos casos em que, faticamente, tenhamos exatamente o mesmo tipo de subordinação da sociedade-filha a uma direção unitária de grupo, mas que não sejam juridicamente enquadráveis como “grupos de direito”, não será possível aplicar-lhes o referido regime especial.

Assim, embora estas relações possam comportar, abstratamente, os mesmos perigos para as sociedades-filhas, seus credores e sócios minoritários do que os “grupos de direito”, na verdade, o nosso ordenamento jurídico não prevê quaisquer medidas especificamente pensadas para a sua proteção – são estas relações comumente apelidadas de “grupos de facto”.

O presente trabalho pretende expor, de forma sistemática, o problema criado pela falta de regulação deste tipo de interação societária e, posteriormente, elencar as respostas *de iure condito*, que, embora pertençam ao direito societário geral e não tenham sido especificamente criadas para tutelar este tipo de casos, podem mitigar os perigos incorridos pelos sócios minoritários das sociedades-filhas dos grupos de facto.

Palavras-chave: Grupo de facto; sociedade-mãe; sociedade-filha; sócios minoritários; influência dominante; direção unitária.

Abstract

In our legal system there are relationships of control between commercial companies in which it is clear, in addition to a pronounced and intrusive exercise of dominant influence, that the interests of the daughter company are truly subordinated to the unitary management of the group.

When it is possible to frame this type of relationship within the scope of articles 488 and following of the CSC, we shall call it a “*de iure* group”, and a specific regime especially conceived for the protection of the daughter company, its creditors and minority shareholders shall apply, which will derogate the general rules of corporate law.

However, in those cases in which, factually, we have exactly the same type of subordination of the daughter company to a unitary group management, but which are not legally classifiable as “*de iure* groups”, it will not be possible to apply such special regime.

Thus, although these relationships may carry, abstractly, the same dangers for the daughter companies, their creditors and minority shareholders as the “*de iure* groups”, in fact our legal system does not provide any measures specifically designed for their protection – these relations are commonly called “*de facto* groups”.

The present work intends to expose, in a systematic manner, the problem created by the lack of regulation of this type of corporate interaction and, subsequently, to list the *de iure condito* responses which, although pertaining to general corporate law and not specifically created to protect this type of cases, may mitigate the dangers incurred by minority partners of daughter companies of *de facto* groups.

Keywords: *de facto* group; parent company; daughter company; minority shareholders; dominant influence; unitary management.

Lista de siglas e abreviaturas

AA. VV.	Autores vários
A.G.	Assembleia Geral
al.	alínea
art.	artigo
arts.	artigos
cap.	capítulo
caps.	capítulos
cfr.	confronte
cit.	citado previamente
col.	coleção
coord.	coordenador
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CVM	Código dos Valores Mobiliários
ed.	edição
<i>i.e.</i>	<i>id est</i>
IDET	Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho
n.º	número
OPA	Oferta Pública de Aquisição
p.	página
pp.	páginas
S.A.	Sociedade Anónima
<i>s.l.</i>	<i>sine loco</i>
<i>s.n.</i>	<i>sine nomine</i>
S.Q.	Sociedade por Quotas
sep.	separata
ss.	seguintes
<i>v.g.</i>	<i>verbi gratia</i>
vol.	volume

Índice

I – Noções gerais	10
1. Coligação de sociedades – breves notas	10
2. Relação de domínio e influência dominante	11
3. Relação de grupo	12
II – Os grupos de facto	16
4. Conceito	16
5. Grupo de facto: uma relação de domínio?	17
6. Necessidade de tutela	20
7. Ordem de sequência	21
III – A tutela dos sócios minoritários nos grupos de facto	23
8. Mecanismos preventivos (ex ante)	24
8.1 Limites à transmissão de participações sociais	24
8.2 Voting caps	26
9. Mecanismos repressivos (ex post)	26
9.1 As deliberações sociais abusivas	27
9.2 A responsabilidade dos gerentes e administradores	29
9.3 A responsabilidade do sócio controlador	31
9.4 Direitos de informação	33
9.5 Outros	35
Conclusões	39
Bibliografia	41

I – Noções gerais

1. Coligação de sociedades – breves notas

O Direito das Sociedades Comerciais baseou-se num pressuposto claro: a necessidade de regulação do fenómeno da sociedade individual e independente, autónoma nos seus interesses e na definição dos métodos para a sua prossecução¹.

Aliás, “todo o edifício jurídico-societário arranca dum modelo pressuposto da sociedade como ente económica e juridicamente autónomo, desenvolvendo a respectiva atividade empresarial na execução de uma vontade e interesse sociais próprios definidos soberanamente pela colectividade social”².

No entanto, se alterarmos este paradigma, introduzindo a possibilidade de que cada sociedade autónoma se possa relacionar com outras sociedades comerciais, estabelecendo vínculos de facto ou de direito, surge um “desfasamento tradicional entre o direito das sociedades e a nova realidade: o direito das sociedades permanece vocacionado para a regulação da sociedade individualmente considerada, enquanto sociedade autónoma, jurídica e economicamente, que se rege pelo seu próprio interesse social e sem influências externas”³, enquanto que surgem, paralelamente, situações em que essa independência e o interesse social são postos em causa.

A partir do momento em que a realidade ultrapassa este paradigma⁴, sente-se uma necessidade de regular as situações que não se subsumem à conceção original de Sociedade Comercial, fruto das contradições que este “choque” realidade/legislação gera: por um lado, existe uma “contradição entre a situação de direito – com pluralidade jurídica de entes societários autónomos – e a situação de facto – unidade de acção económica e centralização do poder de direcção, que conduzem a uma perda de autonomia das sociedades-filhas”⁵; por outro, temos um Direito pensado para uma sociedade individualista a ser aplicado a uma situação que em nada reflete tal individualidade.

Certo é que as relações entre sociedades podem assumir vários níveis de intensidade, que clamam por diferentes reações legislativas. Em Portugal, o nosso legislador, atendendo a esta necessidade, criou o Título VI do nosso CSC, consagrando uma série de normas que pretendem regular o que designa por “Sociedades Coligadas”⁶.

¹ Acerca do processo de desenvolvimento empresarial conducente à criação de sociedades comerciais, bem como da subsequente necessidade de um ramo do direito que as tutelasse, *vide* Antunes, 2023, pp. 19-24.

² Antunes, 2002a, p. 352.

³ Oliveira, 2016, p. 9.

⁴ Para melhor compreender as razões que justificam este tipo de organização societária, cfr. Antunes, 2002a, Parte I, Caps. 1 e 2.

⁵ Gomes, 2012, p. 356.

⁶ Sobre o âmbito de aplicação do regime legalmente previsto para as sociedades coligadas, *vide* Antunes, 2002b.

De acordo com o artigo que encima esta parte do nosso código, o Título VI “aplica-se a relações que entre si estabeleçam sociedades por quotas, sociedades anónimas e sociedades em comandita por ações” (art. 481.º, n.º 1, CSC), considerando-se “sociedades coligadas” as que estejam em relação de simples participação, em relação de participações recíprocas, em relação de domínio e em relação de grupo (art. 482.º, CSC)⁷.

O presente trabalho, prendendo-se com a temática dos grupos de facto, orbitará, como veremos, duas destas relações de coligação: a relação de domínio e a relação de grupo.

Assim, aponta a lógica para que sobre estas nos debrucemos mais cuidadosamente, para podermos, num momento posterior, enquadrar juridicamente os grupos de facto dentro do universo das sociedades coligadas.

2. Relação de domínio e influência dominante

Assemelha-se-nos relevante, primeiro, fazer uma breve incursão sobre a relação de domínio e o conceito de influência dominante⁸.

De acordo com o nosso CSC, existe uma relação de domínio quando uma sociedade, dita dominante, pode exercer direta ou indiretamente sobre outra, dita dependente, uma “influência dominante” (art. 486.º, n.º 1 do CSC).

A influência dominante consiste na “susceptibilidade ou potencialidade de uma sociedade impor, com intensidade variável, decisões ou comportamentos a outra sociedade; traduz um poder direcional sobre a sociedade dominada”⁹.

É um conceito indeterminado¹⁰ que “visa traduzir genericamente a possibilidade de que uma sociedade dispõe de impor de modo estável e permanente o cunho da respetiva vontade no seio da estrutura organizativa de outra sociedade, através da determinação do sentido das decisões dos respetivos órgãos deliberativos e, mediatemente, das decisões dos respetivos órgãos de administração”¹¹.

Note-se que, para que exista influência dominante relevante para efeitos da aplicação do art. 486.º do CSC, não é necessário um exercício efetivo de domínio¹², bastando que a sociedade-mãe se encontre na posição de fazer uso do seu poder de controlo para dirigir a sociedade-filha (ou filhas), não se exigindo “a prova de uma actual

⁷ Para maiores desenvolvimentos sobre cada relação, sua definição e regime aplicável, *vide* Antunes, 2002a.

⁸ “The concept of dominating influence is an elusive one, as elusive as the reality it describes” (Antunes, 1996, pp. 355-388).

⁹ Oliveira, 2009, p. 1141.

¹⁰ “Realidade de contornos verdadeiramente caleidoscópicos, a influência dominante constitui uma realidade do mundo das sociedades comerciais insusceptível de ser apreendida num molde conceptual acabado e fechado” (Antunes, 2002a, pp. 453 e 454).

¹¹ Antunes, 2000, p. 49.

¹² “Atente-se, ainda, no facto de não ser necessário, para que as sociedades se encontrem em situação de domínio, que a influência dominante seja exercida em concreto, mas apenas que estejam criadas condições para que possa ser exercida” (Ribeiro, 2009, p. 434).

actividade sobre o comportamento da dependente por parte da empresa dominante”¹³, como se depreende, aliás, da utilização, na redação do artigo em questão, da locução “pode exercer”, e não da expressão “exerce”¹⁴.

O legislador, provavelmente ciente da dificuldade interpretativa que a expressão “influência dominante” podia encerrar, estabelece presunções ilidíveis de domínio, no número 2 do art. 486.º, CSC. Estas presunções pretendem apenas ilustrar exemplos de situações nas quais, normalmente, existe potencialidade de domínio¹⁵. Assim, são aceitáveis, como instrumentos de domínio, todos os que gerem uma potencialidade de exercer verdadeira influência dominante¹⁶⁻¹⁷.

Portanto, podemos concluir que a influência dominante surge como “o poder que assiste à sociedade dominante de, imediata ou mediata, agir sobre o governo da sociedade dependente, determinando a sua vontade juridicamente relevante (...)”¹⁸. Para todos os efeitos, e em termos muito simplistas, a relação de domínio consiste na potencialidade de uma sociedade influenciar o destino de outra.

¹³ Figueira, 1990, p. 47.

¹⁴ “[O] domínio pode ser algo de puramente virtual” (Silva, 2007, p. 66).

¹⁵ “[C]onquanto tenha formulado três presunções legais da respectiva existência que correspondem a outros tantos *instrumentos* de domínio (...) a verdade é que estas desempenham uma mera função jurídico-processual de inversão do ónus probatório, não se reconduzindo o conceito material de influência dominante contido no art. 486.º, n.º 1 apenas aos instrumentos de domínio a que a lei fez associar uma presunção” (Antunes, 2000, p. 50). Também assim, Oliveira, 2016, p. 42 e Ribeiro, 2009, p. 434.

¹⁶ Sobre a existência de outros instrumentos de domínio, citamos, por todos, Antunes, 2000, p. 50, que ensina que “o legislador veio abranger aqui virtualmente todos os instrumentos relevantes de criação de influência dominante que são genericamente aceites pela doutrina e jurisprudência nacionais e comparadas – aí incluindo instrumentos de natureza societária (...), de natureza contratual (...), ou até de natureza puramente fáctica ou económica (*v.g.* puras relações de dependência económico-estratégica entre empresas, uniões pessoais ou familiares entre as administrações sociais)”.

¹⁷ Costumam ser apontadas, como características da influência dominante, a potencialidade, a estabilidade, o carácter geral e orgânico, a exclusividade e a positividade. No entanto, é possível prever exemplos de situações nas quais exista influência dominante, ainda que uma ou mais destas características não esteja presente. *Vide* Antunes, 2002a, pp. 454 e ss. e Dias, 2007, p. 66.

¹⁸ Oliveira, 2016, p. 43.

3. Relação de grupo

A mais simbiótica forma de coligação que existe no nosso ordenamento jurídico é a relação de grupo. Tal é a sua relevância, que “o legislador português reconheceu a especificidade do fenómeno dos grupos societários e lhe veio fazer associar uma disciplina jurídica própria e excepcional, em derrogação das regras gerais do direito comum das sociedades”¹⁹.

Ao contrário do que acontece com as outras relações de coligação legalmente previstas, às quais se aplicam as normas gerais do direito societário acrescidas de uma ou outra regra (que em nada derrogam o regime geral), neste tipo de relação de coligação temos um verdadeiro regime próprio a ser aplicado às sociedades envolvidas na relação de grupo, com um afastamento expresso dos ditames impostos por certas normas gerais.

Como esboço de definição, pode ser dito que estamos perante um grupo societário quando tenhamos “realidades e situações em que encontramos entidades juridicamente independentes sob uma direção unitária (comum), isto é, de uma delas ou de uma única entidade”²⁰, ou seja “uma combinação criativa entre pluralidade jurídica das partes (inerente à manutenção da personalidade moral das várias sociedades componentes do grupo) e unidade económica do todo (resultante da respetiva submissão a uma direção económica unitária)”²¹. No nosso ordenamento jurídico, ao contrário do que acontece noutros²², adotamos um modelo contratual para a definição de relação de grupo²³, seguindo o exemplo alemão. Assim, a constituição de uma relação de grupo dependerá sempre de uma escolha consciente, implicando a opção por um dos três instrumentos legalmente previstos, a saber: a) Contrato de Subordinação; b) Contrato de Grupo Paritário; c) Domínio Total²⁴.

¹⁹ Antunes, 2002a, p. 607.

²⁰ Cunha, 2019, p. 1131.

²¹ Antunes, 2023, p. 488.

²² O modelo orgânico “foi acolhido pelos projectos comunitários de ‘Estatutos da Sociedade Anónima Europeia’ (versão de 1975) e de uma 9.^a Directiva relativa às coligações e aos grupos de sociedades (versão originária de 1974/1975)”. Esteve ainda para ser adotado em Espanha, mas foi decidido em sentido contrário aquando da reforma do direito espanhol das sociedades anónimas (Antunes, 2002a, p. 177).

²³ O nosso legislador tinha à sua disposição dois métodos para definir a relação de grupo – método contratual ou método orgânico. Optando pelo primeiro, só seriam considerados grupos de sociedades aqueles cuja criação se fundasse na utilização de um instrumento expressamente previsto na lei. Optando pelo segundo, seriam considerados como estando em relação de grupo todos aqueles conjuntos de sociedades em que houvesse submissão, por parte das sociedades dependentes, a uma direção unitária de grupo, independentemente do instrumento que lhes deu origem. Como facilmente se infere pela leitura dos artigos 488.º e ss. do CSC, a opção recaiu sobre o método contratual, pelo que teremos um grupo de direito sempre que se verifique um dos casos legalmente previstos (cfr. Almeida, 2022, p. 547, e Antunes, 2002a, pp. 168 e ss. e p. 609. Oliveira, 2012, pp. 34 e 35, utiliza uma diferente terminologia, dizendo que o nosso legislador optou por um “princípio do contrato” em vez de um “princípio do facto”).

²⁴ Para uma descrição mais detalhada e sistemática de cada um dos instrumentos legalmente previstos para a formação de um grupo de sociedades, *vide* Antunes, 2002a, pp. 611 e ss.

Tal significa, portanto, que só existirá uma verdadeira relação de grupo, legalmente reconhecida, quando um dos três instrumentos legais seja empregue na sua formação – há aqui uma clara intenção de taxatividade.

As relações de grupo, sendo as mais intensas das relações de coligação, são também as que mais perigos geram.

A sociedade-filha, integrada num grupo societário, fica submetida a um estatuto de dependência, de sujeição a uma direcção económica que lhe é alheia²⁵. A necessidade de protecção da sociedade-filha torna-se tanto mais evidente quanto mais bem se entenda que realmente esta deixa de ser guiada de acordo com o seu interesse social e soberano, passando a ser conduzida pelo interesse do grupo, algo que contraria o tal dogma sobre o qual todo o direito societário foi construído.

A sociedade comercial, antes autónoma, individualista e “interesseira”, sujeita-se aos interesses da sociedade-mãe, sacrificando os seus próprios. Como se de uma mera peça de um *puzzle* se tratasse, submete-se a ter o aspeto que seja necessário para completar a figura desejada pela sociedade-mãe para o grupo.

Os perigos sentem-se ainda na esfera dos sócios minoritários e dos credores da sociedade-filha.

Os primeiros, sendo “sócios estranhos ao núcleo dirigente do grupo”²⁶, têm como objetivo, normalmente, a rentabilização das suas poupanças investidas naquela sociedade-filha, pretendendo maximizar o seu lucro. Pode o interesse do grupo, no entanto, ser o diametralmente oposto, *i.e.*, consistir num esvaziamento da sociedade-filha em prol do benefício do grupo, sendo potencialmente posto em causa o seu direito aos lucros.

Da mesma forma, os direitos de participação na vida social são fortemente abalados, na medida em que se veem exauridos de efeito prático. “Não revestindo as deliberações sociais da Assembleia Geral senão um puro carácter declaratório de decisões já previamente tomadas fora da própria sociedade (junto do núcleo dirigente do grupo, através do controlo detido directa ou indirectamente sobre o capital desta), o direito de voto dos sócios ‘torna-se num direito sem sentido’ e as suas prerrogativas de controlo e supervisão da administração social perfeitamente utópicas”²⁷.

Já os credores da sociedade-filha tornam-se potenciais vítimas da permeabilidade do património que passa a pautar as sociedades em grupo, perdendo a grande garantia do seu crédito – o património social. A partir do momento em que a sociedade-filha passa a estar sujeita a uma direcção económica unitária, esfuma-se o

²⁵ Antunes, 2002a, p. 123.

²⁶ Sauvain, 1972, p. 28, *apud* Antunes, 2002a, p. 133.

²⁷ Antunes, 2002a, p. 136.

sentido útil do seu direito, sendo ignorados os pilares de autonomia patrimonial da sociedade-filha e intangibilidade do seu capital social.

Como vimos, este tipo de organização societária – que é, das relações de coligação, a mais intensa – abala os pilares sobre os quais o Direito das Sociedades foi desenhado. Portanto, o nosso CSC, temendo pela integridade da(s) sociedade(s)-filha(s), bem como pela desproteção dos seus credores sociais e sócios minoritários, prevê um regime especial, derogador do regime geral, criando uma disciplina própria que procura resolver os conflitos de interesse que daí possam decorrer²⁸.

Surgem, então, normas especificamente pensadas para estas situações, das quais damos como exemplos os artigos 494.º, 497.º, 499.º e 500.º a 503.º do CSC. Na base teleológica de todos estes preceitos legais está a conceção de que a um grande poder deve corresponder uma igualmente intensa responsabilidade (*ubi commoda, ibi incommoda*).

Assim, se se reconhece que uma sociedade tem o poder de, unilateralmente, tomar decisões relativamente ao fado de outra, justo se assemelha que comporte a responsabilidade relativamente às consequências que do exercício dessa poder advenham. Não há forma de desmentir que o nosso legislador sentiu esta necessidade premente e agiu em conformidade.

Consequentemente, seria de pensar que todas as situações que comportassem o mesmo tipo de riscos deveriam, *a simile*, encontrar uma regulação semelhante na nossa legislação societária. No entanto, como veremos nos capítulos seguintes, não é essa a realidade que encontramos.

²⁸ Note-se que, dependendo do tipo de instrumento legal que origina o grupo, existem algumas diferenças no regime regulatório das consequências do uso do poder de direção, por forma a haver uma melhor adequação a cada caso concreto (p.e., no caso dos grupos formados por domínio total, não faria sentido promover normas de proteção de sócios minoritários, porquanto a sociedade-mãe detém a 100% o capital social da filha, não havendo, portanto, sócios minoritários da sociedade-filha a proteger). No entanto, tendo em consideração que pretendemos apenas apresentar uma breve síntese sobre o regime legal aplicável às relações de grupo em geral, escolhemos refletir acerca das consequências previstas de forma indiscriminada, apenas para demonstrar a preocupação sentida pelo nosso legislador em prever consequências para uma situação geradora de perigo para a sociedade-filha, seus credores e sócios minoritários.

II – Os grupos de facto

4. Conceito

Como vimos anteriormente, estaremos perante um grupo de sociedades reconhecido legalmente quando a sua formação resulte da utilização de um dos três instrumentos que a lei taxativamente prevê – chamemos a estes fenómenos de que temos vindo a tratar “grupos de direito”.

Ora, o nosso trabalho orbitará em redor das situações que, não estando previstas no elenco legal fechado²⁹, em tudo se assemelham a um grupo de direito, na medida em que existe um poder de direção económica unitária de uma sociedade-mãe sobre uma (ou mais) sociedade(s)-filha(s). Como faticamente se assemelham de forma tão relevante aos grupos de direito, são comumente designados de “grupos de facto”.

Como nos diz Perestrelo de Oliveira³⁰, “entende-se por grupo de facto (...) o conjunto de sociedades sujeitas a uma direção económica unitária não regulado por lei”.

Neste tipo de relação encontramos um conjunto de sociedades que, sendo independentes entre si, se encontram subordinadas a uma direção unitária, caracterizada por uma política e estratégia económicas comuns, organizadas pela sociedade de topo³¹. No entanto, a causa originadora do controlo nestes casos não é nenhuma das legalmente previstas. Simplesmente, verifica-se que, de facto, existe uma efetiva utilização de “influência dominante” de que uma das sociedades dispõe sobre as outras por forma a alcançar essa dita direção unitária.

Frisa-se, portanto, que a pedra de toque para distinguir os grupos de direito e os de facto é, precisamente, o instrumento que os origina – “o critério subjacente a esta distinção reside na existência ou inexistência de um instrumento jurídico de constituição do grupo (‘rectius’, de criação de uma direção económica unitária) e de um regime jurídico específico a este aplicável”³².

Nos grupos de direito, a lei legitima e regula o poder de direção da sociedade-mãe sobre as sociedades-filhas, afastando o regime geral aplicável às sociedades comerciais, permitindo que as sociedades-filhas fiquem sujeitas ao interesse do grupo (e não aos seus interesses próprios e individuais, como seria imposto pelo regime geral), prevendo, como referido supra, uma especial proteção para as sociedades-filhas, seus credores e sócios minoritários³³.

²⁹ Resultam, estes fenómenos, da eleição do nosso legislador pelo método contratual de regulação dos grupos de sociedades, em detrimento do método orgânico, na medida em que, obviamente, se o critério para inclusão de um conjunto de sociedades na categoria de “grupo” dependesse unicamente do exercício de domínio associado a uma direção unitária, e não de um elenco taxativo, esta questão não seria de colocar.

³⁰ Oliveira, 2016, p. 247.

³¹ Antunes, 1994, p. 69.

³² Antunes, 2002a, p. 73.

³³ Antunes, 2002a, p. 607.

Já nos grupos de facto, não lhes podendo ser aplicável o regime legal dos grupos de direito³⁴, por terem outra qualquer origem que não as legalmente previstas, não encontramos expressamente prevista qualquer proteção³⁵.

São situações nas quais “o poder de direcção detido pela sociedade-mãe sobre as suas filhas teve a sua origem num outro instrumento – “máxime”, participações maioritárias, acordos parassociais, contratos interempresariais, uniões pessoais, relações económico-fáticas de dependência –, e ao qual a lei não fez associar expressamente qualquer regime jurídico especial – o que significa que aquele poder, a existir e a ser exercido, apenas o poderá ser como um mero poder de facto, que vive sujeito e enquadrado pelos cânones gerais do direito das sociedades”³⁶.

Determinado que está que os grupos de facto não são enquadráveis no universo dos grupos de direito (universo esse taxativo, como vimos, no nosso direito) e, conseqüentemente, não lhe podendo ser aplicáveis as normas desse tipo de grupos, cabe ponderar onde se enquadram, juridicamente, os grupos de facto.

5. Grupo de facto: uma relação de domínio?

Como já vimos, no nosso direito só são considerados verdadeiros grupos aqueles que tenham sido formados através dos instrumentos legalmente previstos.

Desta forma, ainda que existam dois conjuntos de sociedades em tudo semelhantes (em que as filhas estão sujeitas ao controlo e direcção unitária da respetiva sociedade-mãe), basta que o primeiro tenha sido formado por um dos instrumentos legalmente previstos para formação de grupos e o segundo não, para que o regime legal aplicável a cada uma seja diferente – ao primeiro aplicar-se-ão as normas previstas expressamente para os grupos; e ao segundo?

Este segundo conjunto de sociedades será aquele em que existe, **de facto**, um poder de direcção da sociedade-mãe sobre a(s) filha(s), que é exercido de forma real, em função de um rumo unitário pretendido para as sociedades que o compõem,

³⁴ No mesmo sentido, Ribeiro, 2014, p. 438, que nos diz que “não pode importar-se para a tutela dos interesses eventualmente ameaçados nas relações de domínio o regime vigente para as relações de grupo, por assentar em pressupostos substancialmente diferentes, o que arreda a possibilidade de recurso à analogia”.

Em sentido contrário, Guiné, 2006, p. 321, que propõe que se aplique, por analogia, o artigo 501.º também ao que nesta dissertação consideramos como grupos de facto (que denomina de “situações de domínio qualificado”). Diz-nos este autor que “A mobilização do art. 501.º justifica-se por maioria de razão nas situações de Domínio Qualificado, tal como definidas. Pois ali não tem a sociedade dominante o direito de emitir instruções desvantajosas, embora o faça para seu benefício (ou do grupo), enquanto num Grupo de Direito, em que a sociedade dominante tem esse direito, mobiliza-se aquela norma, independentemente desse exercício”.

³⁵ Nas palavras de Ribeiro, 2009, pp. 443 e 444, “não se entende tão facilmente é o motivo de inexistir qualquer tipo de previsão legal específica que vise evitar o efectivo exercício da influência dominante (fora do âmbito de um contrato de subordinação validamente celebrado ou de uma relação de domínio total), por parte de uma sociedade, em detrimento do interesse social da sociedade dependente; ou que, permitindo esse exercício, lhe associe alguma forma específica de responsabilização pelos danos assim causados a esta última, aos seus sócios e credores”.

³⁶ Antunes, 2002a, p. 73.

subordinando os interesses de cada sociedade individualmente considerada aos interesses do conjunto, mas que surgiu por qualquer outra forma que não as legalmente previstas nos artigos 488.º e ss. do CSC.

Como vimos supra, para existir uma relação de domínio para o 486.º do CSC, não é necessário que uma sociedade exerça uma influência dominante sobre outra(s), bastando que a sociedade-mãe se encontre em posição de fazer uso do seu poder de controlo sobre outra(s) sociedade(s). No entanto, embora abrangendo as situações meramente potenciais de utilização de influência dominante, as relações de domínio abrangem também as situações em que o exercício dessa influência é efetivo.

Indesmentivelmente, um grupo de facto é uma situação na qual existe o exercício de influência dominante. Assim, somos levados a incluir todas as situações de grupo de facto dentro do quadro das relações de domínio³⁷. Assemelha-se-nos legítimo afirmar que nem todas as relações de domínio são grupos de facto, mas que todos os grupos de facto são, à luz da nossa lei, relações de domínio.

Um grupo de facto, no fundo, é uma relação de domínio levada mais além – existe exercício de influência dominante aliado a um poder de direção unitária por parte da sociedade-mãe – que, na verdade, os torna semelhantes, materialmente, a um grupo de direito³⁸.

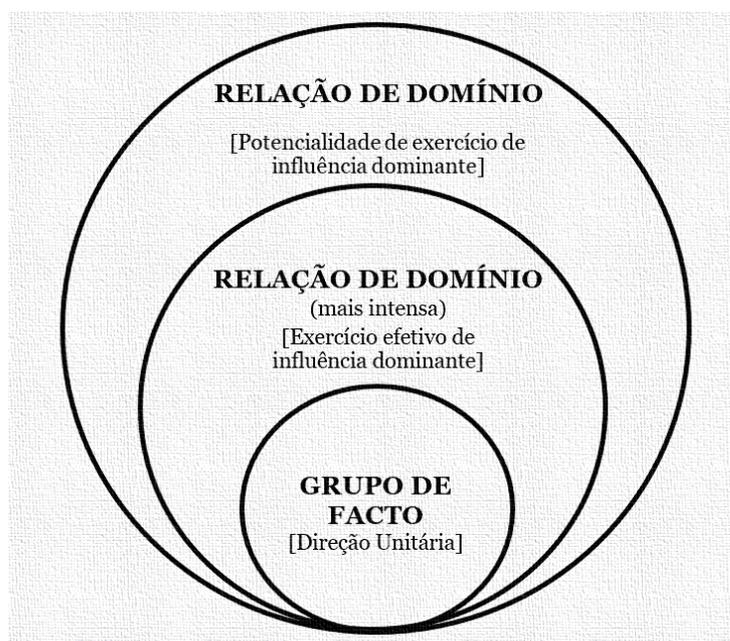
No entanto, como vimos, o nosso regime de regulação de grupos segue o método contratual, pelo que estão excluídas da aplicação das normas especiais relativas aos grupos todas as construções sociais que as não taxativamente previstas.

Assim, esta construção na qual temos um exercício efetivo da influência dominante aliado a um poder de direção unitária por parte da sociedade-mãe (originando um grupo de facto), materialmente, não pode ser considerada uma relação de domínio, mas, formalmente, de acordo com os critérios definidos pelo nosso CSC, não tem como não o ser³⁹.

³⁷ Note-se que, com isto, não queremos dizer que os grupos de facto se reconduzam a “meras” relações de domínio, uma vez que têm as suas peculiaridades, que exigiriam a criação de um regime próprio que as tutelasse, como defendemos. No entanto, o desenho legal das coligações de sociedades existente no nosso país força-nos a, formalmente, ter de “encaixar” os grupos de facto no quadro legal das relações de domínio.

³⁸ “É que a existência de uma influência dominante pode traduzir a existência de um grupo de sociedades de facto, envolvendo uma direção unitária, que escapa às malhas do sistema normativo (Gomes, 2012, p. 376).

³⁹ “(...) à luz do Código, os grupos de facto correspondem a meras relações de domínio” (Oliveira, 2016, p. 251).



1 - Diagrama representativo da inclusão dos Grupos de Facto no universo das Relações de Domínio

Alinhando por esta visão de que todos os grupos de facto podem ser subsumidos a relações de domínio nos termos do 486.º do CSC, é forçoso concluir que aos grupos de facto se aplicam as normas das relações de domínio⁴⁰.

No entanto, o nosso legislador apenas consagrou duas normas relativas ao domínio – os arts. 486.º e 487.º do CSC. O art. 486.º do CSC prevê o dever de declaração de existência da relação de domínio e, no artigo 487.º do CSC, encontramos uma proibição de aquisição de participações da sociedade dominante pela dominada.

Ao contrário do que ocorre noutros ordenamentos jurídicos⁴¹, “a lei portuguesa não fez associar um regime jurídico específico às relações de domínio entre sociedades”⁴², sendo que “o nosso legislador omitiu a previsão expressa de uma disciplina autónoma para as relações entre sociedades dominantes e dependentes”⁴³.

Em princípio, esta falha será inócua nos casos em que não existe exercício efetivo da influência dominante (*i.e.*, quando a influência dominante é meramente potencial),

⁴⁰ Nas palavras de Antunes, 1994, p. 72, “(...) no mapa jurídico-positivo português das sociedades coligadas (...): os grupos de direito estão abrangidos pelas normas reguladoras das chamadas sociedades em relação de grupo (arts. 488.º-508.º), ao passo que os chamados grupos de facto serão regulados pelas disposições relativas às sociedades em relação de domínio e às relações de participação (arts. 483.º-487.º), bem assim como pelas normas gerais do direito societário”.

⁴¹ Nomeadamente na Alemanha (§§ 311-317 Aktiengesetz).

⁴² Antunes, 2002a, p. 570.

⁴³ Antunes, 2002a, p. 571.

ou em que, existindo, esta não é prejudicial. No entanto, já poderá ser deveras nefasta quando estejamos perante uma relação de domínio em que esse exercício exista e seja exercido de uma forma geradora de uma direção unitária ditada pela sociedade-mãe, sem respeito pela autonomia económica e jurídica e pelos interesses da sociedade-filha, como no caso dos grupos de facto.

Conclui-se, portanto, que os grupos de facto são “algo mais”, uma situação que faticamente é um intermédio entre uma relação de domínio e um grupo de direito, existindo um exercício de influência dominante intrusivo e permanente, associado a uma direção unitária imposta pela sociedade-mãe que derroga os interesses da sociedade-filha. Quando este exercício de influência dominante se traduza numa verdadeira subordinação que seja prejudicial para os interesses da sociedade-filha, teremos, então, uma necessidade de tutela.

6. Necessidade de tutela⁴⁴

Considerando tudo o que foi dito anteriormente, percebemos que os grupos de facto são situações potencialmente perigosas para as sociedades-filhas, mas apenas quando o exercício da influência dominante em causa colida com os princípios gerais do direito societário. Se for respeitada a autonomia e os interesses sociais da sociedade-filha, não sendo estes postos em causa em detrimento do interesse do grupo, então não parece haver qualquer problema a resolver, pelo menos substancialmente distinto daquele a que está sujeita qualquer sociedade individual.

No entanto, como nos alerta Coutinho de Abreu⁴⁵, “quem possui poder (económico) usa-o em proveito próprio. (...) o sócio ou sócios da dominante pretendem ganhar nesta o mais possível, ainda que à custa da sociedade dominada, mais precisamente dos sócios minoritários e dos credores desta”.

Como nos ensina Engrácia Antunes⁴⁶, o legislador falhou na previsão de um regime jurídico para as relações de domínio, “de modo algum reflectindo assim a especificidade das complexas e relevantes questões que decorrem da existência de uma coligação intersocietária deste tipo ou tutelando os interesses que são por esta primariamente colocados em jogo”. Na verdade, não previu o legislador “quaisquer disposições especialmente vocacionadas à protecção da própria sociedade dependente, dos seus sócios minoritários e credores sociais”.

⁴⁴ “(...) mesmo naqueles [países] onde, semelhantemente ao caso português, se veio regular e legitimar a empresa de grupo no plano do direito, a esmagadora maioria dos grupos é ainda hoje constituída por puros grupos de facto (na Alemanha, por exemplo, estima-se representarem cerca de 90% do total)” (Antunes, 1994, p. 71).

⁴⁵ Abreu, 2012, p. 225.

⁴⁶ Antunes, 2002a, p. 449.

Posto isto, facilmente se entende que, se já no caso das “meras” relações de domínio (que não grupos de facto) se sente uma necessidade de tutela, por maioria de razão essa necessidade se sente de forma mais premente nas relações que, de entre as de domínio, comportam um verdadeiro uso extenso da influência dominante, preordenado a alcançar uma direção unitária de um grupo (ainda que meramente fáctico).

Certo é que a lei não legitima o uso de qualquer poder de direção unitário da sociedade-mãe sobre as sociedades-filhas fora do quadro de um grupo de direito, ou seja, não existe, para os grupos de facto (ou qualquer outra relação de domínio), a prerrogativa prevista no artigo 503.º, n.º 1 do CSC.

Certo é também, no entanto, que, por vezes, existe, nos grupos de facto, um exercício da influência dominante, visando cumprir uma direção unitária de grupo, que olvida a individualidade e interesses de cada uma das sociedades-filhas, em prol do bem do grupo⁴⁷, e que não encontra qualquer suporte legal.

Quando tal aconteça, ainda mais relevante se torna que estejam a postos medidas de proteção para as sociedades-filhas, seus credores e sócios minoritários, visto que nesses casos teremos um grupo de facto que apresenta exatamente os mesmos perigos do que um grupo de direito, mas sem as consequências que para as últimas foram previstas na lei.

7. Ordem de sequência

Concluído este enquadramento inicial, onde procurámos explorar, de forma sucinta, o conceito de grupo de facto, seu quadro legal e os perigos que a figura encerra, focar-nos-emos em apresentar as medidas de proteção que existem atualmente no nosso ordenamento jurídico e que, não estando pensadas especificamente para os grupos de facto, lhes são aplicáveis por pertencerem ao conjunto das normas gerais do CSC.

De ora em diante, por motivos de comodidade expositiva, exploraremos apenas os grupos de facto de estrutura societária, *i.e.*, aqueles grupos de facto originados através de participações sociais detidas pela sociedade dominante na sociedade dependente, uma vez que demonstram ser a esmagadora maioria entre nós, sendo as participações sociais, sem dúvida, o instrumento central na formação de relações de domínio⁴⁸, fenómeno esse que se reflete nos grupos de facto.

⁴⁷ “É certo que aí o poder de direção exercido pela sociedade-mãe sobre as sociedades dependentes ou participadas com base em tais instrumentos constitui um mero poder de facto, não legitimado no plano do direito, que vive enquadrado pelos cânones gerais do direito das sociedades (designadamente, os que decorrem do princípio da autonomia da sociedade comercial e da primazia da vontade e interesse social individuais” (Antunes, 1994, p. 70).

⁴⁸ “O instrumento de domínio intersocietário mais importante e difundido consiste na participação de capital, isto é, na titularidade pela sociedade dominante de ações ou quotas da sociedade dependente” (Antunes, 2002a, p. 485).

Tendo em consideração a dimensão prevista para o presente trabalho, torna-se necessário optar por uma das vertentes da tutela – entre a tutela dos credores sociais e a tutela dos sócios minoritários da sociedade-filha.

Durante a investigação conducente à presente dissertação, foi possível concluir que, de entre as duas modalidades de tutela, a mais trabalhada e dissecada pela doutrina nacional é a tutela dos credores sociais⁴⁹, possivelmente por aparecerem, à primeira vista, como os sujeitos mais desprotegidos nesta situação, por a ela serem patentemente alheios.

No entanto, à segunda vista, conseguimos notar que os sócios minoritários (também designados “externos” ou “livres”⁵⁰) da sociedade dependente também são, eles próprios, alheios à situação em causa, porquanto “podem ver a sua posição jurídica fortemente afectada: a partir do momento em que a actividade da sociedade seja posta ao serviço da prossecução de interesses não próprios mas sim de uma outra entidade societária, aquela torna-se parte e instrumento de um todo, ao qual, todavia, estes sócios não pertencem, não retirando daí, portanto, quaisquer vantagens”⁵¹.

Pretendendo investigar um tema menos abordado e debatido, optou-se por desenvolver a matéria da tutela dos sócios minoritários da sociedade-filha nos grupos de facto, sendo, coincidentemente, a vertente da tutela que mais curiosidade suscitou à aqui Mestranda.

⁴⁹ A título de exemplo, veja-se, entre outros, Ribeiro, 2009, 2013; Abreu, 2012.; Nunes, 2015; Moreira, 2018; Canastra, 2013. Internacionalmente, veja-se, no país vizinho, por exemplo, Naharro, 2007.

⁵⁰ No sentido em que não pertencem ao núcleo dirigente do grupo, ou seja, não têm qualquer papel na direcção dos destinos da sociedade dependente.

⁵¹ Dias, 2007, p. 62.

III – A tutela dos sócios minoritários nos grupos de facto

Os sócios da sociedade-filha que não pertençam à esfera de influência que instrui o grupo são dos mais prejudicados pela existência de um grupo de facto, na medida em que não têm poder na determinação do futuro da sociedade em que participam e vêem-se na posição de meros sócios “de palha” que, com os seus poderes fortemente diminuídos, estão reduzidos à condição de expectadores da condução de uma sociedade que passa a não representar mais do que um ramo de um grupo maior que estes não controlam⁵².

Se não alinharmos pela teoria das “vantagens compensatórias”⁵³, teremos que nunca poderá uma sociedade dominante dar instruções vinculativas à sociedade dominada com quem não esteja em relação de grupo, nem nada obriga esta última, por sua vez, a acatar as instruções que lhe sejam dadas⁵⁴.

Embora já tenhamos percebido, como vimos anteriormente, que os grupos de facto poderiam ter uma regulação específica⁵⁵ que tutelasse convenientemente os interesses em causa, uma vez que não são “meras” relações de domínio, a verdade é que, através das normas gerais de direito societário que se lhes aplicam (por serem formalmente enquadráveis como relações de domínio, como vimos *supra*), conseguimos resolver alguns dos problemas que nesta sede se podem levantar⁵⁶, mitigando assim a lacuna legal.

⁵² “São os indivíduos estranhos à direcção do grupo aqueles que mais são afectados pela contradição entre o direito positivo e a realidade económica dos grupos. Tal contradição resulta do facto de os meios de que dispõem os sócios estranhos ao núcleo dirigente do grupo (...) se encontrarem confinados à sociedade isolada, ao passo que esta não representa, na prática, senão uma simples divisão do grupo”. (Sauvain, 1972, p. 28, *apud* Antunes, 2002a, p. 133. Sublinhado nosso).

⁵³ Note-se que existe a tese de que proibir totalmente as instruções desvantajosas no seio dos grupos de facto, através da aplicação das normas gerais de direito, “fomenta uma situação de ‘hipocrisia’” (Oliveira, 2016, p. 248). Entre nós, a grande defensora da teoria das “vantagens compensatórias” é Perestrelo de Oliveira, que, na obra mencionada, explica que, do ponto de vista prático e económico, faz sentido promover grupos com uma direcção económica comum, ainda que não legitimados pela lei.

Esta teoria visa “permitir a gestão unitária com a máxima amplitude compatível com a protecção dos interesses em jogo” (Oliveira, 2016, p. 249). Assim, propõe que seja possível o exercício de uma direcção unitária, ainda que cause danos à sociedade-filha, desde que haja respeito pelos deveres de lealdade para com as sociedades do grupo, demonstrado através de um dever intensificado de evitar danos/um dever de compensar os danos.

Mesmo que se siga esta tese, os sócios minoritários das sociedades dependentes precisarão sempre de protecção. Aliás, por maioria de razão, se esta tese for seguida e, portanto, forem permitidas, sob certas condições, instruções desvantajosas dadas pela dominante à dependente, melhor ainda se percebe a necessidade de protecção dos sócios minoritários.

Para mais desenvolvimentos sobre a teoria das “vantagens compensatórias”, cfr. Oliveira, 2012, e Embid, 2016, pp. 301-320.

⁵⁴ Ribeiro, 2014, p. 434.

⁵⁵ E, provavelmente, até deveriam, nem que fosse apenas para evitar toda a divergência doutrinal e incerteza jurídica que geram...

⁵⁶ “o ordenamento jurídico português oferece, nas relações de domínio em que tenha existido exercício de influência dominante em prejuízo da sociedade dominada, meios de tutela dos interesses desta, dos seus sócios, e dos seus credores, adequados e suficientes – excepto quando exista ‘mistura de patrimónios’” (Ribeiro, 2014, p. 440).

Desta forma, existem mecanismos preventivos e repressivos que se podem tornar deveras úteis para combater a formação de grupos de facto⁵⁷ ou mitigar os seus efeitos nefastos.

8. Mecanismos preventivos (*ex ante*)

Neste capítulo, focar-nos-emos principalmente no método mais eficaz que os sócios de uma sociedade comercial têm à sua disposição por forma a evitar que se forme um grupo de facto de base financeira. Falamos da limitação à transmissão de participações sociais, que visa antecipar e evitar a possibilidade de um sócio passar a deter um número significativo de participações sociais sem o consentimento dos demais, evitando-se, assim, que se formem grupos de facto cuja formação dependa de participação maioritária no capital da sociedade-filha.

Outra hipótese que pode ser aventada, como veremos, é a da imposição, através dos estatutos da sociedade, de *voting caps*.

8.1. Limites à transmissão de participações sociais⁵⁸

Tendo em consideração que, como vimos, os grupos de facto são gerados, na sua maioria, através de uma participação maioritária de uma sociedade-mãe no capital de outra(s) sociedade(s), parece-nos legítimo afirmar que a forma mais simples de evitar a sua formação será através da imposição de limitações à transmissão de participações sociais, que obstem essa detenção de participações sociais.

a) Sociedades por Quotas

Como sabemos, o regime da transmissibilidade de participações nas sociedades por quotas exige, por norma, o consentimento da sociedade (art. 228.º, n.º 2 CSC). Mesmo para as situações para as quais a lei não exige o consentimento da sociedade (art. 228.º, n.º 2, parte final, CSC), este pode ser imposto através de disposição estatutária (art. 229.º, n.º 3 CSC).

Por estipulação estatutária, poderia ser permitida a livre cessão de quotas (art. 229.º, n.º 2 CSC). No entanto, para os efeitos que aqui pretendemos, tal não se assemelha como o rumo a seguir, devendo ser evitada a inclusão, nos estatutos, deste tipo de cláusula, se o objetivo for o de evitar a formação de grupos de facto de natureza patrimonial.

⁵⁷ Salienta-se, novamente, que o foco passa a incidir somente sobre os grupos de facto de estrutura societária, assentes em participações sociais.

⁵⁸ Para mais desenvolvimentos sobre a transmissibilidade de participações sociais, *vide* Sequeira, 2018, pp. 527-557.

Pode a sociedade, isso sim, agravar ainda mais a exigência de consentimento, condicionando-o, por disposição dos estatutos, a certos requisitos específicos (art. 229.º, n.º 5 CSC).

Além disso, de modo a dissuadir os sócios de efetuar transmissões de quotas sem consentimento da sociedade, abre-se a possibilidade de, estatutariamente, cominar penalidades para esse tipo de transmissões não consentidas (art. 229.º, n.º 6 CSC).

A lei permite, ainda, uma verdadeira proibição de cessão de quotas (art. 229.º, n.º 1 CSC). Claro que, nesses casos, existem medidas de proteção do sócio que pretende ceder (art. 229.º, n.º 1, parte final, 231.º, n.º 1 e 231.º, n.º 2, al. a), todos do CSC).

Assim, o regime previsto para a transmissão de participações sociais das sociedades por quotas aparece-nos como facilmente moldável, permitindo prevenir situações de detenção de participações sociais maioritárias de uma sociedade por outra, visto que, tendo a sociedade de dar o consentimento para a transmissão das suas quotas (e sendo a vontade da sociedade formada pelos sócios em assembleia geral) podem os sócios opor-se à referida transmissão, protegendo-se.

b) Sociedade Anónima

Já no caso das sociedades anónimas, o regime norma é o da livre transmissibilidade de ações (art. 328.º, n.º 1 CSC). Não pode o contrato de sociedade excluir a transmissibilidade de ações – “a regra da livre transmissibilidade de ações reflete, por isso, a constituição, por definição, da sociedade anónima como paradigma da sociedade de capitais”⁵⁹.

Embora não seja permitido proibir a transmissão de ações, é possível a sua limitação⁶⁰, mediante previsão no contrato de sociedade (art. 328.º e 329.º CSC), sendo admitidas apenas as cláusulas previstas na lei: i) cláusulas de consentimento, ii) cláusulas de preferência e iii) cláusulas de condicionamento⁶¹.

Também se tem vindo a entender que é possível, através de acordos parassociais, impor limitações à transmissão de ações durante determinado período de tempo⁶².

⁵⁹ Sequeira, 2018, p. 544. A expressão é usada no sentido de transmitir a ideia de que, no regime das sociedades anónimas, não é tão relevante a pessoa do sócio, mas antes o seu contributo patrimonial para com a sociedade.

⁶⁰ O que demonstra, como nos diz Serens, 1995, p. 6, que o nosso regime impõe uma “matização personalística do cunho capitalístico”, mesmo nas sociedades anónimas.

⁶¹ Este não é o local para desenvolver cada uma destas formas de limitação de transmissão de ações. No entanto, remetemos o leitor para Labareda, 1988, pp. 227 e ss.

⁶² Por todos, Martins, 2011, p. 32.

Desta forma, pode dizer-se que esta é a medida preventiva mais eficaz para evitar a criação de um grupo de facto de natureza patrimonial, complexificando a sua formação, por dificultar a transmissão de participações sociais.

8.2. *Voting caps*

O princípio dos *voting caps* é simples: limitar o número de votos correspondente a um determinado número de participações sociais ou impedir que a um único sócio pertença mais do que um certo número de votos – pretende-se, portanto, desconcentrar os direitos de voto.

Os *voting caps* podem ser considerados uma forma adjuvante de combater a eventual formação de um grupo de facto de estrutura societária assente em participações sociais. Podem os sócios estabelecer, no pacto social, limites deste género, e, com uma forte probabilidade, obstarão a que, no futuro, um único sócio (neste caso, um único sócio pessoa coletiva) consiga deter um poder de influência dominante de tal forma intrusivo, constante e persistente que lhe permita submeter os interesses da sociedade aos seus próprios, e à direção unitária que pretende para o grupo.

Afeta-se de forma direta e não proporcional os direitos de voto correspondentes a cada participação social, desincentivando a concentração de participações e evitando que um único acionista controle a vida societária.

9. Mecanismos repressivos (*ex post*)

Vistos que estão os mecanismos que permitem prevenir a formação dos grupos de facto, focamo-nos, desta feita, nos mecanismos de proteção dos sócios minoritários previstos na nossa lei que, embora não pensados especificamente para esse tipo de situação, lhes são perfeitamente aplicáveis, e que constituem as alternativas que doutrinadamente vêm sendo apontadas para os problemas gerados no seio das relações de domínio em que existe um poder abusivamente utilizado pela sociedade-mãe sobre a sociedade-filha, gerando danos na esfera desta última.

Salientamos novamente que, caso exista, efetivamente, um grupo de facto, mas não exista qualquer prejuízo para a sociedade-filha, não parece existir um problema a resolver⁶³. Na verdade, não se vislumbra como problemático, de *per se*, que uma sociedade domine outra (ainda que exerça influência dominante em prossecução de uma direção unitária), desde que respeite os limites legalmente impostos pelas normas gerais de direito societário, respeitando a autonomia e os interesses da sociedade dominada⁶⁴.

⁶³ Nas palavras de Ribeiro, 2014, p. 433, que aqui seguimos de perto, “o recurso a estas medidas de tutela de carácter *ex post* só se justificará se a influência exercida o tiver sido em prejuízo da sociedade dominada”.

⁶⁴ Nas palavras de Antunes, 2002a, p.583, “a existência de uma relação de domínio intersocietário não acarreta forçosamente uma contraposição antagonística dos interesses próprios de sociedades dominante e

Só quando tal não ocorra é que terão de entrar em ação as medidas de proteção da sociedade-filha e seus sócios minoritários, que de seguida analisaremos, que são precisamente pensadas para casos em que o respeito pela individualidade da sociedade dependente é posta em causa, de modo prejudicial para esta.

Neste âmbito, releva vincar que a influência dominante pode ser exercida, essencialmente, por duas formas: “ou através da participação da sociedade dominante em órgãos societários, particularmente na assembleia geral, caso em que ela terá, necessariamente, de ser sócia da dominada; ou extra-organicamente, ou seja, através de uma determinação externa da actuação dos administradores da sociedade dominada”⁶⁵.

Dependendo do tipo de método utilizado para exercer a influência dominante prejudicial, também assim variará a norma a mobilizar para proteção dos sócios minoritários, pelo que teremos de ter tal em consideração na análise casuística da situação com a qual nos deparemos a cada momento.

9.1 As deliberações sociais abusivas⁶⁶

A primeira solução que nos ocorre mobilizar para os casos em que a influência dominante prejudicial seja exercida através da assembleia geral, mediante deliberação social, é a figura das deliberações sociais abusivas.

Aqui caberá a situação em que a sociedade dominante é sócia da sociedade dependente, tendo capacidade, através do exercício do seu direito ao voto em assembleia geral, de determinar a adoção de uma deliberação social desfavorável à sociedade comercial, atuando fora dos limites legalmente impostos.

Mesmo sendo sócia com poder de voto maioritário, a sociedade dominante não é livre “de utilizar o seu poder maioritário de voto para, através dele, perseguir interesses extra-sociais e emulativos”⁶⁷.

Não falamos, aqui, das deliberações nulas ou anuláveis por ilegais ou anti estatutárias, mas sim das previstas no artigo 58.º, n.º 1, al. b) do CSC.

Neste artigo, encontramos 1) as deliberações adequadas a satisfazer o propósito de algum(ns) sócio(s) de conseguir vantagens para si ou terceiros em prejuízo da sociedade ou seus outros sócios e 2) as deliberações apropriadas a satisfazer tão-somente o propósito de prejudicar a sociedade e outros sócios.

No caso específico dos grupos de facto, o tipo mais comum de deliberação social abusiva será a primeira, uma vez que as deliberações desfavoráveis tomadas nesse

dependente, nem arrasta consigo inexoravelmente um sacrifício dos interesses da última em benefício da primeira”.

⁶⁵ Ribeiro, 2014, p. 441.

⁶⁶ Para mais desenvolvimentos sobre o tema das deliberações sociais abusivas, cfr. Triunfante, 2004, pp. 369 e ss.

⁶⁷ Antunes, 2002a, p. 576.

âmbito visarão/serão aptas a, por norma, conseguir vantagens para o grupo de sociedades como um todo ou beneficiar uma outra sociedade do grupo (ou seja, serão mais comuns, nos grupos de facto, as chamadas deliberações abusivas *stricto sensu*⁶⁸).

Para que a deliberação seja considerada inválida, não basta que 1) seja adequada a satisfazer esses propósitos externos à sociedade (objetivamente) e que 2) seja prejudicial para a sociedade dependente ou seus sócios minoritários. É necessário também que 3) não se prove que sem os votos abusivos a deliberação teria ainda assim sido adotada (art. 58.º, n.º 1, al. b), parte final, do CSC⁶⁹).

No caso de existir uma verdadeira deliberação social abusiva, a sociedade ou os sócios prejudicados podem acionar individualmente qualquer um dos sócios que integrou a maioria que votou abusivamente, nos termos do artigo 58.º, n.º 3 do CSC. Ora, sendo a sociedade dominante a sócia que emane o voto abusivo aprovador de uma deliberação social que, executada, gere danos à sociedade dependente, poderá ser responsabilizada⁷⁰.

Assim, encontram os sócios minoritários dos grupos de facto, por esta via, uma primeira linha de proteção contra deliberações desfavoráveis à sociedade que integram, caso seja possível provar a sua abusividade. Contudo, cabe salientar, seguindo Engrácia Antunes⁷¹, que “a aplicação do instituto das deliberações abusivas ao caso de sociedades dependentes adivinha-se particularmente complexa e espinhosa”, podendo ser especialmente difícil “determinar com clareza onde termina o interesse da sociedade dependente e começa o interesse da sociedade dominante”.

9.2 A responsabilidade dos gerentes e administradores⁷²

Resulta das normas gerais de direito societário que os gerentes e administradores estão vinculados a agir sempre “no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios” (art. 64.º, n.º 1, al. b) CSC). O nosso direito das sociedades comerciais, sendo pensado para a sociedade individual e autónoma, como vimos supra⁷³, prima pela proteção do interesse próprio desta.

Encontramos reflexos desta preocupação em várias normas do nosso CSC⁷⁴, mas o artigo 64.º, n.º 1 parece-nos ser, sem dúvida, aquele que de forma mais evidente

⁶⁸ Antunes, 2023, p. 319.

⁶⁹ A chamada “prova de resistência”.

⁷⁰ Para além de Antunes, seguem este sentido Ribeiro, 2014, 2009 e Abreu, 2012.

⁷¹ Antunes, 2002a, p. 576.

⁷² “Cumprir sublinhar que o poder de domínio intersocietário deverá levar necessariamente em conta as consequências que decorrem da autonomia jurídico-organizativa das sociedades dominante e dependente no plano das respectivas administrações sociais: neste sentido, e designadamente, jamais aquele poder poderá legitimar a sociedade dominante à emissão de instruções directas e vinculantes aos órgãos de administração da sociedade dependente” (Antunes, 2002a, p. 579).

⁷³ Cfr. Capítulo 1.

⁷⁴ Nomeadamente nos artigos 251.º, n.º 1, 328.º, n.º 2, al. c), 400.º, n.º 1, al. b), 410.º, n.º 6, 420.º-A, n.º 4, 503.º, n.º 2 e 518.º, n.º 4, todos do CSC.

demonstra este cuidado legislativo de tornar claro que o interesse primordial na condução da vida social deverá ser o da própria sociedade.

Assim, os administradores e gerentes das sociedades comerciais encontram-se adstritos a, lealmente, prosseguir o melhor interesse da sociedade que governam. Isto significa que nunca os administradores e gerentes das sociedades comerciais poderão atuar contra os interesses da sociedade que administram, prejudicando-a (não poderão, portanto, seguir “indicações” prejudiciais da sociedade dominante)⁷⁵.

Isto significa, portanto, que a administração/gerência não pode ceder a pressões externas advindas da sociedade-mãe, cujos ímpetos sejam desfavoráveis para a sociedade que administra⁷⁶. O dever de lealdade previsto no artigo 64.º, n.º 1, al. b) do CSC assim o impõe, ou poderão ver-se obrigados a indemnizar a sociedade pelos danos gerados.

Como tal, os gerentes/administradores respondem para com a sociedade (art. 72.º CSC) e respetivos sócios (77.º CSC) pelos danos que causaram mediante atos ou omissões nos quais culposamente pretiram esses seus deveres.

No caso do artigo 72.º, estamos perante responsabilidade contratual, pelo que será de presumir a atuação culposa dos gerentes/administradores. De resto, será necessário provar a ação/omissão, sua ilicitude⁷⁷, os danos causados à sociedade/ao sócio e o nexo de causalidade.

De entre as formas de afastar a responsabilidade dos gerentes e administradores⁷⁸, devemos aqui destacar, por ser relevante para o assunto em tratamento, a existência de uma deliberação válida da assembleia geral, que tenha determinado aquela forma de atuação (art. 72.º, n.º 5 do CSC).

⁷⁵ Nada impede, no entanto, que “os órgãos de administração de uma sociedade dependente tomem decisões em matérias de gestão social que se mostrem favoráveis aos interesses da sociedade dominante ou do respectivo grupo, desde que sejam coincidentes ou se mostrem compatíveis com o interesse da própria sociedade dependente ou desde que tais decisões não sejam prejudiciais a este interesse” (Antunes, 2002a, p. 584).

⁷⁶ Ribeiro, 2014, p. 444, “Cabe salientar que os membros dos órgãos de administração da sociedade dominada não devem, em princípio, obediência a estas “instruções” do sócio controlador – no ordenamento jurídico, nada autoriza a sociedade dominante a emitir instruções vinculantes para os órgãos da sociedade dominada (a menos que essas instruções partam da assembleia geral, na forma de deliberações sociais, nos casos em que elas tenham carácter vinculante para o órgão de administração, o que será mais comum no âmbito da sociedade por quotas, por força do disposto no artigo 259.º do CSC)”. Sobre esta última hipótese, cfr. nota 78 *infra*.

⁷⁷ Quanto à ilicitude, diga-se que há, entre nós, autores (por todos, Menezes Cordeiro) que defendem que a “mera” violação do artigo 64.º, por ser um artigo que consagra deveres gerais de atuação dos administradores/gerentes, não deve ser considerado como um fator suficientemente relevante de ilicitude, pelo que, para cada caso, se deveria provar ter existido o incumprimento ilícito de uma norma consagrada de deveres específicos para se considerar reunido o pressuposto da ilicitude. Salvo o devido respeito, consideramos que o artigo 64.º, enquanto norma central do regime aplicável aos órgãos de administração das sociedades comerciais, deve ser considerada como consagrando deveres suficientemente claros e específicos para que a sua violação seja tida como ilícita, podendo ser visto, este artigo, como uma fonte direta de ilicitude.

⁷⁸ A *Business Judgement Rule* e a não participação na deliberação/votação contra a deliberação são as outras duas causas apontadas doutrinadamente para a não responsabilização dos administradores.

Assim, por norma, se os sócios determinam que a atuação dos gerentes/administradores deve seguir um determinado caminho⁷⁹ e, posteriormente, a execução dessa deliberação gera danos à sociedade, os sócios, em princípio, não poderão responsabilizar os gerentes/administradores, ou estaríamos perante uma situação enquadrável nos termos gerais do abuso de direito, vertente de *venire contra factum proprium* (art. 334.º CC).

Mesmo assim, há cautelas a ter no que toca a esta “desresponsabilização” dos administradores/gerentes, no caso de existir uma deliberação social prévia. Vejamos:

No caso de a deliberação em causa ser nula, existe um dever do gerente/administrador de a não executar, pelo que, executando-a, fica obrigado a responder pelos danos gerados, nos termos que acima vimos, não servindo o facto de existir uma deliberação social prévia de fator de afastamento da sua responsabilidade⁸⁰.

Já no caso de a deliberação ser anulável, tem-se entendido⁸¹ que o mais adequado é interpretar restritivamente o artigo 72.º, n.º 5 CSC, considerando que embora, por norma, não seja o administrador responsabilizado pela execução de deliberações anuláveis, já o será se: 1) a deliberação for anulável e o administrador/gerente tiver consciência de que, com toda a probabilidade, esta será anulada e 2) o administrador/gerente tiver consciência de que a execução dessa deliberação poderá causar danos à sociedade. Reunidos estes pressupostos, será o gerente/administrador responsabilizado pela execução da deliberação, afastando-se a proteção que lhe seria conferida pelo artigo 72.º, n.º 5 do CSC.

Desta forma, neste tipo de proteção não se atinge (nem se pretende atingir) diretamente a sociedade-mãe que influenciou prejudicialmente a atuação dos administradores/gerentes, visando antes a responsabilização destes últimos, por se terem deixado influenciar em preterição dos deveres de lealdade a que estão adstritos para com sociedade a que pertencem, sem prejuízo da ponte que o mecanismo que de seguida analisaremos permite estabelecer.

⁷⁹ Cabe, aqui, fazer uma distinção relevante: nas sociedades por quotas, os gerentes estão vinculados às deliberações sociais, ainda que em matéria de gestão (art. 259.º do CSC). Assim, se validamente tomadas, as deliberações da A.G. são vinculativas, tendo os gerentes a obrigação de as implementar. Já nas sociedades anónimas, os administradores não estão vinculados às deliberações dos sócios em matérias de gestão, sendo que estes apenas podem emitir deliberações sobre esses temas se tal lhes for requerido pela administração (art. 373.º, n.º 3 do CSC). Sabendo os administradores das sociedades anónimas que ter uma deliberação social que determine a sua atuação num determinado sentido os pode isentar de responsabilidade caso, futuramente, sejam criados prejuízos para a sociedade, verifica-se que certas administrações optam por, em operações mais arriscadas, solicitar aos sócios que sobre estas deliberem, para se poderem ver protegidos posteriormente, se necessário. Esta “manobra” das administrações das sociedades anónimas de, sabendo que o rumo que pretendem seguir é arriscado e pretendendo afastar a sua responsabilidade, pedir o “aval” dos sócios por forma a ilibar-se de responsabilidade pode consubstanciar abuso de direito. Nesta clarificação seguimos de perto o exposto por Ribeiro, 2014, pp. 445-446.

⁸⁰ Cfr. artigo 412.º, n.º 4 do CSC. “No exercício das suas funções, os gestores têm, naturalmente, de respeitar o quadro normativo e estatutário em que atua a sociedade administrada, não devendo executar, nem permitir que sejam executadas, deliberações nulas, qualquer que seja a sua fonte (assembleia geral ou conselho de administração)” (Cunha, 2019, p. 891).

⁸¹ Por todos, Xavier, 1998.

9.3 A responsabilidade do sócio controlador⁸²

Uma outra hipótese que se alvitra no que toca à proteção dos sócios minoritários perante um exercício de influência dominante prejudicial à sua sociedade perpetrado por uma sociedade-mãe (que seja sócia) é a eventual responsabilização do sócio controlador.

No caso dos grupos de facto, os gerentes/administradores⁸³, ao praticarem os atos de “má-gestão” (pelos quais são responsabilizáveis), estão frequentemente a atuar por forma a ir de encontro a indicações dadas pela sociedade-mãe, que sobre eles exerce a sua influência dominante, quer porque consegue, através de temor reverencial (por ter o poder discricionário de eleger/destituir os gerentes/administradores), impor as suas pretensões, quer porque elegeu com culpa para o cargo alguém que, não tendo as capacidades adequadas para o exercer, é facilmente manipulável ou simplesmente não competente.

O artigo 83.º do CSC determina as situações nas quais será de responsabilizar (solidariamente com os membros dos órgãos da administração que estejam obrigados a indemnizar a sociedade ou os restantes sócios⁸⁴), a sociedade dominante enquanto sócia controladora. Assim, tomaremos a perspetiva de que, aqui, a sociedade-mãe do grupo de facto encarna a personagem de sócio controlador.

Este artigo 83.º do CSC prevê soluções para dois tipos de situações distintos, que agora veremos – *culpa in elegendo* e *culpa in instruendo*⁸⁵. Vejamos.

9.3.1 *Culpa in elegendo* – Artigo 83.º, n.ºs 1, 2 e 3 CSC

Este tipo de responsabilidade reporta-se às situações em que existe uma “culpa pela escolha”. Para que o mecanismo de responsabilidade do sócio controlador possa, neste tipo de situação, ser acionado, têm de se verificar, cumulativamente, os seguintes pressupostos:

- 1) O sócio controlador pôde determinar quem ocuparia o cargo de membro do órgão de administração;
- 2) O sócio controlador, ao determinar quem ocuparia tal cargo, escolheu com culpa a pessoa que o deveria ocupar (p.e., por saber que a pessoa em causa não tinha as qualificações adequadas para exercer a função, por saber que já tinha uma condenação prévia por burla, etc.);

⁸² Para mais desenvolvimentos sobre este tema, cfr. Vaz, 1996, pp. 329-405.

⁸³ Focar-nos-emos, neste âmbito, apenas na hipótese de as entidades responsabilizáveis serem os membros dos órgãos de administração, deixando de lado, por comodidade de exposição, os casos de responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização.

⁸⁴ “(...) pois não pode ignorar-se que a norma em questão determina a responsabilidade do sócio controlador apenas quando os membros do órgão de administração sejam responsáveis perante a sociedade e outros sócios” (Ribeiro, 2014, p. 452).

⁸⁵ Sobre cada um destes tipos de responsabilidade, Antunes, 2002a, pp. 585 e ss. Para uma análise mais detalhada da vertente *culpa in instruendo* (i.e., do artigo 83.º, n.º 4 do CSC), cfr. Dias, 2007, pp. 43 e ss.

- 3) O membro do órgão de administração em causa é responsável perante a sociedade ou seus sócios, nos termos da responsabilidade dos administradores e gerentes.

Verificando-se o preenchimento destes três requisitos, o sócio controlador responde solidariamente com o gerente/administrador que é responsabilizado⁸⁶.

Esta responsabilidade solidária existe ainda que o sócio controlador em causa nunca tenha exercido qualquer influência sobre o administrador/gerente, uma vez que a *ratio* desta norma é responsabilizar o sócio controlador pela sua escolha culposa do membro para o cargo. Por essa mesma razão, o sócio controlador é chamado a responder solidariamente com o administrador/gerente por qualquer ato que este último tenha praticado e que tenha originado obrigação de indemnização perante a sociedade/outros sócios. O que aqui é tido em consideração é o “pecado original” cometido pelo sócio controlador ao exercer o seu poder de controlo para eleger alguém inadequado para exercer o cargo, tendo-o feito de forma culposa.

9.3.2 Culpa in instruendo – Artigo 83.º, n.º 4 CSC

Já neste segundo tipo de casos, teremos um sócio controlador que, efetivamente, exerce a sua influência dominante sobre um administrador/gerente de forma a concretamente instruir atos/omissões. Por sua vez, para que a proteção conferida por este artigo possa entrar em ação, têm de estar reunidos os seguintes pressupostos:

- 1) O sócio controlador tem poder para destituir o(s) membro(s) do órgão de administração;
- 2) O sócio controlador utiliza o temor reverencial que o poder mencionado em 1) lhe confere como forma de coagir a prática de atos ou omissões por parte do(s) membro(s) do órgão de administração;
- 3) O membro do órgão de administração em causa é responsável pela prática do ato/omissão mencionado em 2) perante a sociedade ou seus sócios, nos termos da responsabilidade dos administradores e gerentes.

Caso as condições mencionadas estejam reunidas, o sócio controlador responde solidariamente com o gerente/administrador perante a sociedade/outros sócios, se o ato/omissão que gera a responsabilidade foi aquele que, em concreto, instruiu.

Encontramos, portanto, neste mecanismo do artigo 83.º do CSC, mais uma forma de proteção dos sócios minoritários dos grupos de facto prejudiciais à sociedade dominada, que ajuda a reforçar a proteção que já lhes é conferida pelo instituto da responsabilidade dos administradores e gestores, que se torna, nestes dois casos do

⁸⁶ Frisa-se, novamente, que o sócio controlador só será chamado a responder solidariamente, caso o administrador/gerente tenha obrigação de responder perante a sociedade/outros sócios.

artigo 83.º, mais robusta, por se associar mais um devedor solidário à cadeia de responsabilidade⁸⁷.

9.4 Direitos de informação

Para o efeito que aqui nos entretém, devemos olhar para este direito à informação através de duas perspetivas diferentes: por um lado, o direito (?) da sociedade-mãe de aceder a informação vital sobre a sociedade-filha; por outro, o direito dos sócios minoritários de acederem a informação relevante sobre a condução da sociedade a que pertencem.

No que toca à primeira perspetiva, cabe dizer que, no caso dos grupos de facto, “o tema da informação assume contornos mais complexos. Verifica-se aqui a típica dicotomia dos grupos de facto entre a realidade material (a necessidade de acesso à informação) e a realidade jurídica (a inexistência de título para aceder à informação, para lá daquele que resulte da própria qualidade de sócio da sociedade dominante)”⁸⁸. Já sabemos que, sendo aplicável aos grupos de facto o regime das sociedades em relação de domínio, aplicam-se-lhes, conseqüentemente, os deveres de informação da sociedade dominante para cumprimento das obrigações legais de declaração e publicidade⁸⁹. No entanto, não são identificáveis, no seu regime, quaisquer outros deveres específicos de informação.

E embora seja certo que frequentemente o poder de acesso a informação por parte da sociedade dominante está faticamente assegurado devido à influência dominante exercida pela sociedade-mãe sobre a filha, não deixa também de ser certo que é possível à sociedade-filha recusar a prestação de informação à sociedade-mãe (a que não tenha direito de acesso pela sua condição de sócia)⁹⁰⁻⁹¹, podendo essa recusa de informação servir de escudo de proteção brandido por parte dos sócios minoritários, gerentes/administradores da sociedade dependente, por forma a protegê-la, deixando a sociedade-mãe a atuar no escuro em relação a toda a informação que, legalmente, não sejam obrigados a prestar.

⁸⁷ Sobre o dever de indemnização associado a tal responsabilidade, cfr. Ribeiro, 2013, pp. 421 e ss.

⁸⁸ Oliveira, 2018, p. 79.

⁸⁹ “[D]ever a cargo de ambas as sociedades de, no âmbito do cumprimento de obrigações legais de publicidade ou de declaração de participações sociais (mormente, no contexto das respectivas contas sociais), procederem à declaração da existência do instrumento de domínio que faz presumir a existência de tal relação (art. 486.º, n.º 3)”. A letra da lei circunscreveu este dever de comunicação “apenas aos casos em que o instrumento de domínio intersocietário seja um dos previstos no elenco de presunções do n.º 2 do art. 486.º” (Antunes, 2002a, p. 602).

⁹⁰ Esta recusa deverá ser fundamentada, nos termos previstos para cada um dos tipos sociais.

⁹¹ Neste sentido, Schneider, 2006, p. 152, *apud* Oliveira, 2018, p.80. Em sentido contrário, Oliveira, 2018, p. 86 e ss., que, defendendo a tese das “vantagens compensatórias” assegurada através dos deveres de lealdade, acredita que decorre excecionalmente do dever de lealdade o dever de informação, quer *upstream* quer *downstream*.

Por outro lado, olhando para o direito à informação pela perspectiva não da sociedade dominante, mas antes dos sócios da sociedade dependente, concluímos que estas encontram nas normas societárias do direito à informação alguma proteção.

O direito à informação está legalmente previsto (21.º, n.º 1, al. c) CSC) tanto para as sociedades por quotas⁹² como para as sociedades anónimas⁹³ e, embora o regime difira consoante o tipo social em causa, tanto num caso como no outro é uma relevante arma que podem empunhar os sócios minoritários por forma a conseguir controlar os desenvolvimentos da vida da sociedade, não ficando no escuro em relação às consequências da influência dominante exercida pela sociedade-mãe.

Não nos cabe, nesta sede, descrever detalhadamente o regime legal do direito à informação⁹⁴. No entanto, salientamos que, sendo certo que, nas sociedades anónimas, o direito à informação é mais restrito do que nas sociedades por quotas, não deixa de ser verdade que o direito em causa existe para ambos os tipos sociais.

Este direito pode ser conformado através dos estatutos que, podendo regulamentar o direito à informação e até mesmo facilitá-lo, nunca poderão dificultar o seu acesso, o que se configura como uma forte proteção para os sócios minoritários, que não verão o seu direito à informação posto em causa através de disposição estatutária, ainda que a sociedade-mãe (sócia maioritária) se sentisse tentada a introduzir uma cláusula nesse sentido.

9.5 Outros

Certamente que conseguimos pensar noutras soluções oferecidas pela nossa lei societária que conseguiriam ajudar a mitigar os riscos a que os sócios minoritários são expostos, quando veem a condução da sua sociedade a ser levada a cabo por uma sociedade-mãe que despreza os interesses da sociedade-filha, prejudicando-a. Poderíamos, tendo mais margem para a presente exposição, explorar, por exemplo, o direito de exoneração dos sócios⁹⁵ minoritários, ou aprofundar o regime dos impedimentos de voto⁹⁶.

No entanto, não sendo tal possível, optamos por fazer uma muito breve referência aos que nos pareceram os mecanismos mais relevantes: a responsabilidade do

⁹² Artigos 214.º a 216.º do CSC.

⁹³ Artigos 288.º a 293.º do CSC.

⁹⁴ Para uma análise sistemática sobre o direito à informação nas SA e SQ e seu regime, *vide* Monteiro, 2016.

⁹⁵ “Diga-se que não é sem mais nem menos que qualquer sócio ou acionista bate com a porta e diz: “vou-me embora, dê-me cá o valor da minha participação, que eu não quero saber para nada da vida da sociedade, até porque não concordo com a orientação que está a ser seguida” (Cunha, 2019, p. 335). A respeito do direito de exoneração, cfr. Batista, 2005.

⁹⁶ Os artigos 251.º (SQ) e 367.º, n.º 2 (SA) podem vir a ser especialmente úteis na proteção dos sócios minoritários das sociedades dominadas, dependendo “da aplicação que dela vier a fazer no futuro a jurisprudência portuguesa” (Antunes, 2002a, p. 577).

gerente/administrador de facto, o artigo 490.º do CSC e a desconsideração da personalidade jurídica.

9.5.1 A responsabilidade do gerente/administrador de facto⁹⁷

Em certos casos, quando se consiga provar que a sociedade-mãe exerce pelo menos uma parte mais ou menos expressiva das funções acometidas ao órgão de administração, pode ser possível caracterizar a sociedade-mãe do grupo de facto como gerente/administradora de facto. Nesse caso, ser-lhe-ão aplicáveis as normas previstas para a responsabilidade de gerentes/administradores de direito, como *supra* analisamos, tornando-se responsáveis pelos danos que à sociedade causem nesse uso fáctico dos poderes de administração⁹⁸.

Embora doutrinalmente se discuta qual a justificação para a aplicação do regime da responsabilidade dos gerentes/administradores de direito aos de facto⁹⁹, seguimos aqui de perto Maria de Fátima Ribeiro, que defende que esta responsabilidade de gerentes/administradores de facto decorre de uma interpretação extensiva do artigo 80.º do CSC.

Assim, “[s]e a lei estende o regime de responsabilidade dos administradores àqueles a quem as funções de gestão tenham sido confiadas, por identidade ou até maioria de razão de entende-se caber no espírito da norma, porque contida na sua hipótese, a situação em que essas funções tenham sido exercidas sem tal ‘confiança’”¹⁰⁰.

Desta forma, se a sociedade-mãe do grupo de facto decidir usurpar as funções que cabem aos gerentes/administradores de direito, poderá existir, junto com a responsabilização destes, a responsabilidade da dominante, enquanto gerente/administradora de facto, respondendo perante a sociedade, consequentemente fortalecendo a possibilidade dos sócios minoritários de verem a sua periclitante situação normalizada.

⁹⁷ Sobre o tema do gerente/administrador de facto, *vide* Costa, 2014.

⁹⁸ Note-se que o facto de ser possível responsabilizar a sociedade-mãe enquanto gerente/administradora de facto não iliba de responsabilidade os gerentes/administradores de direito (gerentes/administradores meramente nominais). Nesse sentido, *vide* Costa, 2006, pp. 33 e ss. e Ribeiro, 2022, pp. 519-556.

⁹⁹ Abreu, 2010, por exemplo, defende que não é necessária qualquer interpretação extensiva, acreditando que, teleologicamente, se deve considerar que *ab initio* estão os administradores/gerentes de facto incluídos nas normas que preveem a responsabilidade dos de direito. Diz este Autor: “Esta perspectiva funcional (que atende às funções de administração efectivamente exercidas, não à qualificação formal do sujeito como administrador de jure) será suficiente para concluir que os arts. 72.º, ss. do CSC são directamente aplicáveis (também) aos administradores de facto” (Abreu, 2010, p. 104).

¹⁰⁰ Ribeiro, 2022, p. 449.

9.5.2 Artigo 490.º – Aquisições tendentes ao domínio total¹⁰¹

Não pretendendo entrar na discussão doutrinal sobre a constitucionalidade desta figura das “aquisições tendentes ao domínio total”¹⁰², focar-nos-emos unicamente na análise da sua eventual utilidade para proteção dos sócios minoritários dos grupos de facto.

Ora, está previsto que a sociedade-mãe que detenha 90% do capital social da sociedade-filha tem o dever de a informar de tal facto no prazo de 30 dias, tendo o poder de, querendo, “tornar-se titular das acções ou quotas pertencentes aos sócios livres da sociedade dependente”, seguindo o disposto nos n.ºs 1, 2 e 3 do referido artigo.

No entanto, caso a sociedade dominante não apresente esta proposta no prazo de seis meses, podem os sócios livres da sociedade-filha, nos termos do n.º 5 do mesmo artigo, exigir que a sociedade-mãe lhes apresente tal proposta. Temos aqui, portanto, uma válvula de escape para os sócios minoritários da sociedade-filha, que poderão “forçar” a sociedade dominante a comprar as suas participações sociais, ficando desoneradas de procurar um comprador interessado.

Claro que para que esta proteção possa entrar em ação, a participação social da sociedade-mãe terá de ter atingido os 90%, pelo que não se afigura como a forma mais rotineira de proteção dos interesses dos sócios minoritários em grupos de facto, uma vez que uma sociedade dominante que pretenda escudar-se de ver-lhe aplicado este regime, apenas terá de se certificar que se mantém abaixo do limiar desses 90%. No entanto, cabia, nesta sede, referir este mecanismo, por nos parecer de grande utilidade em situações limite.

9.5.3 “Desconsideração da personalidade jurídica”

Neste âmbito, não podemos começar sem salientar as palavras de Engrácia Antunes, que aponta para a necessidade de dosear cuidadosamente a utilização da figura da desconsideração da personalidade jurídica, dizendo “*não corre assim o risco de se tornar para o mundo do Direito societário, afinal, naquilo que a aspirina representa no mundo da Medicina: não será o jurista que pretende resolver os problemas do mundo vivo das sociedades comerciais através do ‘flatus vocis desconsiderandum’ um pouco como aquele médico que, diante do estado febril do seu paciente e incapaz de realizar um diagnóstico digno desse nome (quando mais de atinar na terapêutica apropriada), dá*

¹⁰¹ Deixaremos de parte, por economia expositiva, a regulação prevista no CVM, não fazendo referência, neste âmbito, às sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação. Para uma exposição sistemática do assunto, focada também nos grupos de facto, *vide* Silva, 2017.

¹⁰² Cfr., pela constitucionalidade, por todos, Antunes, 2001.

testemunho da sua própria ignorância falando vagamente de uma virose e aviando-lhe uma aspirina, ‘a ver se passa?’”¹⁰³.

Ora, acreditamos, portanto, na necessidade de uma utilização cautelosa desta figura doutrinal e jurisprudencial. Assim, alinhamos com Maria de Fátima Ribeiro¹⁰⁴, quando considera que a única hipótese na qual se pode considerar uma cirúrgica “desconsideração da personalidade jurídica” será o caso de mistura de patrimónios.

Dessa forma, quando exista uma mistura de patrimónios e tenham sido praticados atos pela sociedade dominante, que ponham em causa a separação de patrimónios entre o da sociedade dependente e o seu, e essa confusão venha de mãos dadas com “opacidade contabilística”, ou seja, “(...) a situação patrimonial da sociedade não possa ser claramente definida, em termos que permitam esclarecer exactamente os desvios levados a cabo e os contornos do património da sociedade dominada”, poderá, em nossa opinião, ser levado a cabo um levantamento do véu societário, permitindo “atacar” o património da sociedade-mãe, sócia da sociedade dependente, que pôs em causa o princípio fundamental da autonomia patrimonial.

Claro que aqui pode esgrimir-se o argumento, como o faz Maria de Fátima Ribeiro¹⁰⁵, de que, na verdade, se é posta em causa a autonomia patrimonial, é posta consequentemente em causa a personalidade jurídica da sociedade-filha, pelo que, na verdade, não teremos um verdadeiro levantamento do véu societário, mas sim um mero reconhecimento posterior de que esse véu foi levantado através da mistura de patrimónios perpetrada por um dos sócios (no nosso caso, pela sociedade-mãe do grupo de facto).

Concordamos com esta perspectiva, assim como concordamos com a solução apresentada pela Autora de aplicar, analogicamente, o artigo 40.º do CSC (sociedade comercial antes do registo) a este tipo de situação¹⁰⁶, porque, na verdade, prevendo respostas jurídicas para uma sociedade que (ainda) não tem personalidade jurídica, esta é a solução análoga mais próxima que encontramos no nosso direito societário à que aqui analisamos.

Desta forma, poderá ser atacado o património pessoal dos sócios que autorizaram os atos de mistura patrimonial e aqueles que com tal foram complacentes, ou seja, concretamente no caso que aqui temos em análise, será possível que a sociedade-mãe de um grupo de facto que leve a cabo uma mistura de patrimónios com uma sociedade-filha, verificando-se opacidade contabilística, veja o seu património posto em causa para

¹⁰³ Antunes, 2023, pp. 239 e 240.

¹⁰⁴ Cfr. Ribeiro, 2014, p. 458.

¹⁰⁵ Cfr. Ribeiro, 2009, pp. 265 e ss. e 341 e ss.

¹⁰⁶ Cfr. Ribeiro, 2009, pp. 341 e ss.

ressarcimento quer dos credores sociais da sociedade-filha, quer dos restantes sócios, que não sejam responsabilizáveis, por não complacentes com a situação.

Conclusões

De tudo o que para trás temos exposto, assemelha-se-nos legítimo tirar as seguintes conclusões:

O nosso sistema jurídico depara-se com uma figura que, materialmente, ocupa uma posição intermédia entre a relação de domínio e a relação de grupo – o grupo de facto. Este tipo de relação entre sociedades caracteriza-se por um exercício efetivo de influência dominante, de forma extensiva e intensa, aliado a uma direção unitária, ditada pela sociedade-mãe, detentora desse poder de influência dominante.

Os grupos de facto são, no nosso ordenamento jurídico, enquadráveis, pela letra da lei, nas sociedades em relação de domínio, pelo que a legislação que se lhes aplica é a prevista para esse tipo de relação.

Já constitui uma preocupação relevante para a doutrina nacional, como vimos, o facto de não existir uma proteção prevista para as sociedades-filhas, seus credores e sócios minoritários no caso das relações de domínio. Ora, no caso dos grupos de facto, em que essa influência é efetivamente exercida, de forma abrangente e significativa, com vista a prosseguir uma direção unitária frequentemente contrária aos interesses da sociedade-filha, revela-se uma necessidade ainda mais premente de tutela jurídica.

Olhando para os grupos de facto como pertencendo, porque pertencem, ao grupo das relações de domínio, podemos aplicar-lhes as medidas de proteção de sócios minoritários que vêm sendo apontadas pela doutrina como aplicáveis às situações em que existe exercício abusivo de influência dominante em sociedades em relação de domínio, e que aqui estudámos.

Salienta-se, nas palavras de Maria de Fátima Ribeiro, que “A análise exaustiva destes meios de tutela não é exequível, uma vez que só perante o caso concreto será razoável determinar aqueles que se apresentam como adequados – até porque, em rigor, a simples existência de uma relação de domínio não põe em causa nenhum daqueles interesses [da sociedade dominada, seus sócios e credores], o que apenas acontece quando a influência dominante é realmente exercida e o é em prejuízo da sociedade dominada”¹⁰⁷.

Ainda que aplicando aos grupos de facto as soluções que ao longo do presente trabalho fomos vendo, continua a existir um forte espaço de desproteção dos sócios minoritários das sociedades dominadas, que, embora estejam numa situação deveras semelhante com aquela em que se encontram os sócios minoritários dos grupos de direito, não podem ver ser-lhes aplicadas as mesmas normas de proteção.

¹⁰⁷ Ribeiro, 2014, p. 465.

Concluimos, assim, como Engrácia Antunes, que o surgimento deste tipo de relação societária híbrida salienta “a necessidade de repensar toda a estratégia regulatória dualista sobre a qual tem repousado a abordagem jurídica da realidade da empresa plurissocietária”¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Antunes, 2002a, p. 601.

Bibliografia

- ABREU, J.C. (2010). *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*. Cadernos do IDET, n.º 5.
- ABREU, J.C. (2012). Responsabilidade civil nas sociedades em relação de domínio. *Scientia Iuridica*, tomo 61, n.º 329, pp. 223-246.
- ALMEIDA, A.P. (2022). *Sociedades comerciais, valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados*, Vol. I – *As sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina.
- ANTUNES, J.E. (1994). *Os direitos dos sócios da sociedade-mãe na formação e direcção dos grupos societários*. Col. Estudos e Monografias. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora.
- ANTUNES, J.E. (1996). The law of affiliated companies in Portugal. In Balzarini, P., Carcano, G. & Mucciarelli, G. *I gruppi di società*. Número Especial (“Monografie e raccolte di studi” – n.º 17), vol. I, pp. 355-388. Milano: Giuffrè.
- ANTUNES, J.E. (2000). *Participações qualificadas e domínio conjunto - A propósito do caso “António Champalimaud – Banco Santander”*. Col. “Estudos e Monografias”. Porto: Universidade Católica Portuguesa.
- ANTUNES, J.E. (2002a). *Os grupos de sociedades – estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª ed. revista e actualizada. Coimbra: Almedina.
- ANTUNES, J.E. (2002b). O âmbito de aplicação do sistema das sociedades coligadas. Sep. de *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II, Coimbra: Almedina.
- ANTUNES, J.E. (2023). *Direito das sociedades*, 11.ª ed. Porto: Edição de Autor.
- ANTUNES, J.E. (2001). *A aquisição tendente ao domínio total – Da sua constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora.
- BATISTA, D.B. (2005). *O direito de exoneração dos accionistas – das suas causas*. Coimbra: Editora.
- CANASTRA, C. (2013). *Da protecção dos credores sociais no âmbito dos grupos de facto de base pessoal*. Dissertação de Mestrado em Direito e Gestão. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.
- COSTA, R. (2006). Responsabilidade civil societária dos administradores de facto. *Temas Societários*. IDET/Colóquios, n.º 2, pp. 27-34.
- COSTA, R. (2014). *Os administradores de facto das sociedades comerciais*. Col. Teses. Coimbra: Almedina.
- CUNHA, P.O. (2019). *Direito das sociedades comerciais*, 7.ª ed. Almedina: Coimbra.
- DIAS, R.P. (2007). *Responsabilidade por exercício de influência sobre a administração de sociedades anónimas – Uma análise de direito material e direito de conflitos*. Coimbra: Almedina.
- EMBID, J.M. (2016). Interés del grupo y ventajas compensatorias. *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 300, pp. 301-320.

- FIGUEIRA, E. (1990). *Disciplina jurídica dos grupos de sociedades – Breves notas sobre o papel e a função do grupo de empresas e sua disciplina jurídica*. Separata da “Coletânea de Jurisprudência”, Tomo IV.
- GOMES, F. (2012). Considerações introdutórias à problemática jurídica dos grupos de sociedades”, In AA.VV. *Estudos em memória do Professor Doutor Paulo M. Sendim, DJ*, vol. Especial, pp. 355-392. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.
- GUINÉ, O.D.V. (2006). A responsabilização solidária nas relações de domínio qualificado – uma primeira noção sobre o seu critério e limites. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I, pp. 295-325.
- LABAREDA, J. (1988). *Das acções das sociedades anónimas*. Lisboa: AAFDL.
- MARTINS, A.S. (2011). Notas sobre os acordos parassociais relativos à transmissão de ações: Em especial, os acordos ditos de “bloqueio”. In *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, vol. II – *Direito Privado, Processual e Penal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MONTEIRO, R. (2016). *Direito dos sócios à informação nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas, à luz do Código das Sociedades Comerciais*. Dissertação de Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios. Porto: Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa.
- MOREIRA, J.P.S. (2018). *A responsabilização da sociedade dominante perante os credores da sociedade dominada – A desconsideração da personalidade jurídica como meio de tutela*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- NAHARRO, M.F. (2007). *Grupos de sociedades y protección de acreedores – una perspectiva societaria*. Col. “Estudios de Derecho Mercantil”. Navarra: Thomson – Civitas.
- NUNES, J.C. (2015). *O domínio qualificado entre sociedades e a doutrina do “administrador de facto”*. Dissertação de Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios. Porto: Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa.
- OLIVEIRA, A.P. de (2009). In Cordeiro, António Menezes (coord.). *Código das Sociedades Comerciais anotado*. Coimbra: Almedina.
- OLIVEIRA, A.P. de (2012). *Grupos de sociedades e deveres de lealdade – por um critério unitário de solução do “conflito do grupo”*. Coimbra: Almedina.
- OLIVEIRA, A.P. de (2016). *Manual de grupos de sociedades*. Coimbra: Almedina.
- OLIVEIRA, A.P. de (2018). *Informação nos grupos de sociedades*. Coimbra: Almedina.
- RIBEIRO, M.F. (2009). *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*. Col. “Teses”. Coimbra: Almedina.
- RIBEIRO, M.F. (2013). Desconsideração da personalidade jurídica e tutela de credores. *Direito e Justiça – Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, vol. II, pp. 11-50. Universidade Católica Editora.
- RIBEIRO, M.F. (2013). Responsabilidade dos sócios pelo voto. In AA.VV., *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. II, pp. 421 e ss. Coimbra: Coimbra Editora.

- RIBEIRO, M.F. (2014). Responsabilidade nas relações de domínio. In *III Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, pp. 425-465. Coimbra: Almedina.
- RIBEIRO, M.F. (2022). Responsabilidade dos administradores meramente nominais pelos actos praticados por administrador de facto. *Revista de Direito Comercial*, ed. especial *Liber amicorum, s.l.*, pp. 519-556.
- SAUVAIN, A. P.-P. (2006). *Droit des sociétés et groupes de sociétés*. Genève: George.
- SCHNEIDER, S.H., (s.d.). *Informationspflichten und Informationssystemeinrichtungspflichten im Aktienkonzern*. Berlin.
- SEQUEIRA, R.L. (2018). Transmissão de quotas e de ações – Algumas questões. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 3, pp. 527-557.
- SERENS, M.N. (1995). Notas sobre a sociedade anónima. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*.
- SILVA, A.I. (2017). *OPA obrigatória nas relações de grupo – Grupos de facto*. Dissertação de Mestrado em Direito e Gestão. Porto: Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa.
- SILVA, P.C. (2007). Sociedade aberta, domínio e influência dominante. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVIII, n.ºs 1 e 2, pp. 39-66.
- TRIUNFANTE, A.M. (2004). *Tutela das minorias nas sociedades anónimas (direitos de minoria qualificada – abuso de direito)*. Coimbra: Coimbra Editora.
- VAZ, T.A. (1996). A responsabilidade do accionista controlador. *O Direito*, vol. III-IV, pp. 329-405.
- XAVIER, V.D.L. (1998). *Anulação de deliberação social e deliberações conexas (reimp.)*. Coimbra: Almedina.

A proteção do *whistleblower*
e o trabalhador denunciante

Marta Patrício Carreira

Sob a orientação do Professor
Doutor Júlio Manuel Vieira Gomes

Aos meus pais,
Por tudo o que são,
Por tudo o que sou.

Agradecimentos

À minha família, pelo alento.

Aos meus amigos, pelo apoio.

Ao Professor Doutor Júlio Gomes, pelo privilégio de ser meu orientador e pela partilha de conhecimento.

Ao Dr. Diogo Rodrigues da Silva, pelo suporte e exemplo de juslaboralista.

Resumo

O cerne da presente dissertação é a análise da transposição da Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2019 para o ordenamento jurídico português (Lei n.º 93/2021, de 20 de dezembro) e das questões que a mesma poderá suscitar.

Perante o conhecimento da prática de um ato ilícito da entidade empregadora pelo trabalhador, este depara-se com o dilema de denunciar os factos cometidos e, simultaneamente, conciliar tal denúncia com os seus deveres laborais. Urge, por isso, a existência de mecanismos de proteção do denunciante e de garantias de privacidade, inclusive o anonimato da denúncia, em toda a linha que esta percorre, caso tal reflita a vontade do trabalhador denunciante.

Palavras-chave: Denúncia; canal de denúncia; interesse público; proibição de retaliação; direitos de personalidade.

Abstract

The core of this dissertation is the analysis of the transposition of Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 into the Portuguese legal system (Law no. 93/2021, of 20 December) and the questions it may raise.

Faced with the knowledge of the practice of an illegal act by their employer, workers are confronted with the dilemma of denouncing the facts committed and, simultaneously, reconciling such denunciation with their labour duties. For this reason, there is an urgent need for whistleblower protection mechanisms and privacy guarantees, including the anonymity of the report, along the entire process, if this reflects the whistleblower's will.

Keywords: Disclosure; channel of disclosure; public interest; prohibition of retaliation; personality rights.

Lista de abreviaturas

Ac.	acórdão
Al.	alínea
Art.	artigo
CC	Código Civil
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
CP	Código Penal
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho
DL	Decreto-Lei
E.U.A.	Estados Unidos da América
Ob. cit.	obra citada
OIT	Organização Internacional do Trabalho
P(p).	página(s)
PGR	Procuradoria-Geral da República
Proc.	Processo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UE	União Europeia

Índice

Introdução	7
I. O denunciante	10
a. O representante dos trabalhadores como denunciante?	11
b. A abrangente interpretação do conceito de denunciante	13
II. A denúncia e as medidas de proteção	16
a. A denúncia	16
b. Os meios de denúncia	19
c. As medidas de proteção	22
III. O dever de lealdade do trabalhador e o direito à liberdade de expressão	26
a. Os direitos de personalidade do trabalhador	26
b. Os deveres do trabalhador	28
c. A veracidade da denúncia e a tutela do trabalhador	32
Conclusão	34
Bibliografia	36
Jurisprudência	38
Legislação	38
Outros documentos	39

Introdução

A origem do *whistleblowing* remonta aos E.U.A.¹, sendo estes os autores daquele que é apontado como o instrumento legal primordial sobre o tema², o *False Claims Act* de 1863³. À época, o diploma previa, entre outras medidas de proteção, recompensas financeiras para aqueles que, tendo indícios da prática de crimes de fraude contra o Governo dos E.U.A., denunciassem os infratores e, assim, permitissem ao Governo a recuperação de parte do valor em que houvessem sido defraudados⁴. Já no que concerne à origem do vocábulo “*whistleblowing*”, tal não é pacífico⁵, não tendo a conduta descrita no *False Claims Act* sido conhecida por este termo.

O conceito de *whistleblowing* não é unânime⁶, variando de país para país consoante as características de cada ordenamento jurídico⁷. Previamente à regulação da proteção do denunciante na Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2019, as jurisdições assentavam a tutela do denunciante em direitos fundamentais distintos de acordo com a matéria sobre a qual versava a denúncia. A França e a Alemanha enquadravam o comportamento do *whistleblower* no direito fundamental à liberdade de expressão, mas o *whistleblowing* era também regulado pela legislação relativa à proteção de dados. A Polónia protegia ainda o denunciante atendendo ao direito fundamental à igualdade

É, contudo, conforme a exigência de que o indivíduo que denuncia uma infração tenha, no presente, ou tenha tido, no passado, uma relação de trabalho, ou similar, com a entidade denunciada. Este termo comporta, inclusivamente, diferentes características dentro do mesmo ordenamento jurídico, consoante esteja em causa, a título exemplificativo, um trabalhador ou um prestador de serviços, um denunciante que optou pelo canal de denúncia interna ao invés do canal de denúncia externa, entre outras particularidades que poderá admitir.

Beatriz García-Moreno⁸ destaca a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003, como o diploma legal internacional que desempenhou um papel crucial como “motor de arranque”, como referência, para a regulação do *whistleblowing*.

¹ Sem embargo de alguns autores referirem que a legislação sueca relativa à proteção de denunciante data do século XVIII - Stolowy, Paugam & Londero, 2019, p. 168.

² Lourenço, 2019, p. 184; García-Moreno, 2020, pp. 39 e 40.

³ Rozière, 2018, p. 5.

⁴ Working Group of the International Bar Association’s Legal Practice Division and Legal Policy and Research Unit, 2018, p. 32.

⁵ Enquanto Rodrigues, 2022, p. 15 indica Otto Opeka como o primeiro indivíduo a fazer uso deste termo, García-Moreno, 2020, p. 62 menciona o nome do, também norte-americano, Ralph Nader.

⁶ Thüsing & Forst, 2016, pp. 8 e 9.

⁷ Rodrigues, 2022, pp. 15 e 16; Gomes, 2014, p. 131.

⁸ García-Moreno, 2020, p. 47.

A necessidade de criação de um estatuto do denunciante surge, entre outras razões⁹, tal como os Considerandos da Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2019¹⁰ indicam, da necessidade de combater o receio de exposição de ameaças ou efetivas “violações do direito da União lesivas do interesse público” por aqueles que se encontrem em posição privilegiada para delas conhecer e divulgar e, simultaneamente, em posição desfavorável para conseqüente retaliação por quem é exposto em tais atos.

Importa notar, contudo, que a aplicação da Diretiva *whistleblowing* e a sua transposição para o ordenamento de cada Estado-Membro terá também um efeito dissuasor perante aqueles que se encontravam, ou encontram, em vias de violar o Direito da União e cometer, portanto, uma infração que constitua objeto de denúncia, de acordo com estes diplomas. Deste modo, a necessidade de regulamentação do *whistleblowing* é evidenciada pela necessidade de combate contra a corrupção, fraude e crimes conexos¹¹.

Destarte, a Diretiva tem como fim o estabelecimento de normas mínimas comuns que proporcionem um elevado nível de proteção aos denunciantes de violações do direito da União¹² (art. 1.º), visando a salvaguarda do interesse público¹³. O interesse público constitui um conceito jurídico indeterminado, competindo à Administração Pública “a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.”, nos termos do art. 266.º, n.º 1 da CRP, nomeadamente à Assembleia da República, segundo o art. 161.º, al. c), regular matérias que se coadunem com o dito fim (art. 4.º do CPA). O impacto da denúncia de infrações atinge toda a sociedade, ponderando o crucial papel que poderão ter em cada domínio.

Desde a consagração do art. 4.º da Lei n.º 19/2008, de 21 de abril, relativa à aprovação de medidas de combate à corrupção, que a lei portuguesa manifesta a sua

⁹ Constatava-se a necessidade de consagrar uma lei geral que visasse, somente, a proteção do denunciante, uma vez que a sua tutela era regulada de forma fragmentada em diplomas legais europeus (a título de exemplo, a Diretiva 2009/16/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009 relativa à inspeção de navios pelo Estado do porto e a Diretiva de Execução (UE) 2015/2392 da Comissão de 17 de dezembro de 2015 relativa ao Regulamento (UE) n.º 596/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho no que se refere à comunicação, às autoridades competentes, de informações sobre infrações efetivas ou potenciais a esse regulamento).

¹⁰ Entre outros, os Considerandos 1 e 3 da Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2019.

¹¹ Alves, 2021, p. 261.

¹² Atente-se que as disposições legais estritamente nacionais não se encontram no âmbito de tutela da Diretiva.

¹³ Villoria Mendieta, 2021, pp. 19 e 20 observa que, atendendo ao conteúdo dos Considerandos 31 e 33 da Diretiva, tendo este diploma uma base deontológica, e sendo protegidos direitos fundamentais como a liberdade de expressão, a inexistência de consequências positivas da denúncia não implicaria a não tutela do denunciante, uma vez que este seria defendido pela moralidade da sua conduta, a qual visa a defesa do bem comum.

Também Abazi, 2020, pp. 645 e 646 (tradução nossa), remata que, na verdade, o objetivo primário da regulação da proteção do *whistleblower* não é a tutela do trabalhador ou dos seus direitos fundamentais, mas a melhoria da aplicação da lei da UE.

preocupação, em matéria laboral¹⁴, quanto à proteção do (trabalhador) denunciante. Também o Código do Trabalho, devido às alterações sofridas pelas Leis n.º 73/2017, de 16 de agosto, e n.º 93/2019, de 4 de setembro, prevê a proibição de, tanto o denunciante da prática de assédio¹⁵, como as testemunhas por si indicadas serem alvo de sanções disciplinares despoletadas pela realização da denúncia (art. 29.º, n.º 6 do CT), sendo a sanção aplicada nessas circunstâncias considerada abusiva (art. 331.º).

A Lei n.º 93/2021, de 20 de dezembro, transpõe a Diretiva (UE) 2019/1937, compreendendo no seu âmbito de aplicação tanto a proteção dos trabalhadores do setor privado, como dos trabalhadores em funções públicas. Esta investigação, no entanto, tomará como foco o estudo da proteção do *whistleblower* no setor privado.

¹⁴ É manifesta a regulação da matéria da denúncia no direito penal e no direito processual penal, versando sobre os funcionários públicos a obrigatoriedade da denúncia quanto a crimes de que tomem conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas (art. 242.º, n.º 1, al. b) do CPP). Para mais, e sendo do conhecimento do legislador a possível invocação por parte do terceiro a quem é imputada a denúncia, da prática do crime de difamação por parte do denunciante, Brandão, 2020, p. 112 nota que “Sempre se deveria considerar que um eventual facto típico praticado estaria coberto pela causa de justificação de prossecução de interesses legítimos (artigo 180.º, n.º 2, do CP). Mas o legislador quis dar aos potenciais *whistleblowers* um sinal claro de que terão a lei do seu lado no caso de enveredarem pela denúncia, de forma a dissipar eventuais receios de retaliação em virtude da denúncia”.

¹⁵ O assédio é, como veremos, um ponto controverso na Diretiva (UE) 2019/1937 e na Lei n.º 93/2021, uma vez que não é regulado. Ver infra no Capítulo II.

I. O denunciante

Com o nascimento de uma relação laboral, nascem também um conjunto de direitos e deveres na esfera jurídica do trabalhador e, simultaneamente, um leque de direitos e deveres na esfera jurídica do empregador. Ao passo que se associa uma posição de fragilidade ao trabalhador decorrente da subordinação jurídica a que este consente, como consequência do vínculo celebrado, associa-se também uma “posição privilegiada para a tomada de conhecimento de factos ilegais ou irregulares, mas igualmente uma posição particularmente exposta a represálias”¹⁶.

Este privilégio é, no entanto, aparente, pois as vastas consequências negativas que uma denúncia comporta para aquele que a expõe implicam que o trabalhador pondere entre o interesse público e as eventuais consequências da denúncia para a sua vida privada. Devendo o superior interesse da comunidade ser uma prioridade de cada cidadão que a integra, a proteção dos trabalhadores que arriscam “mexer” nesta balança deve também ser uma prioridade do legislador.

Note-se, antes de mais, que, neste âmbito, o conceito de trabalhador em causa corresponde à aceção do art. 45.º, n.º 1 do TFUE¹⁷, como remata o art. 4.º, n.º 1, al. a) da Diretiva (UE) 2019/1937.

Por conseguinte, da leitura dos arts. 2.º e 5.º da Lei n.º 93/2021, decorre que é considerado denunciante (ou *whistleblower*¹⁸) qualquer pessoa singular que, tomando conhecimento, no âmbito do exercício da sua atividade profissional, de indícios ou da prática, passada ou presente, de uma violação de normas correspondentes às regras constantes dos atos da União Europeia previstos na Diretiva (UE) 2019/1937, a denuncia ou divulga publicamente. O “exercício da atividade profissional” é aqui interpretado de forma ampla, integrando-se a pessoa singular que participa num processo de recrutamento e aí adquire informações relativas à infração, o trabalhador cuja relação laboral já cessou, o estagiário, entre outros, como indicam os n.ºs 2 e 3 do art. 5.º.

O regime do *whistleblowing* atenta, por isso, à ligação existente¹⁹, ainda que breve, entre a empresa e a pessoa que dispõe de elementos para ter conhecimento de determinada infração. Como nota Nuno Brandão, “As mais das vezes, a suspeita formar-

¹⁶ Brandão, 2020, pp. 103 e 104.

¹⁷ Segundo o Considerando 38 da Diretiva, e atendendo à interpretação que o Tribunal de Justiça faz do art. 45.º, n.º 1 do TFUE, serão trabalhadores as “pessoas que, durante um determinado período de tempo, prestem serviço a outras pessoas sob a direção destas, recebendo em contrapartida uma remuneração”.

¹⁸ Como nota Alves, 2021, p. 275 (tradução nossa), “Apesar de ser conhecida, informalmente, como a ‘Diretiva *Whistleblowing*’, certamente nela (na versão inglesa) está ausente qualquer definição legal ou referência a esta figura nos seus artigos. Na mesma versão, fala-se apenas em ‘*report*’ (denunciar), ‘*to report*’ (comunicação de informações), ‘*public disclosure*’ (divulgação pública) e em ‘*reporting person*’ (denunciante). Apenas esta é objeto de uma definição legal, entendendo-se como tal ‘a pessoa singular que comunique ou divulgue publicamente informações sobre violações’ (incluindo-se atos ilícitos ou omissões, bem como práticas abusivas) ‘obtidas no âmbito das suas atividades profissionais’.

¹⁹ Lourenço, 2019, pp. 183 e 184.

se-á no seu espírito no curso normal do exercício das suas funções e não como consequência de uma preordenada procura activa de comportamentos indevidos”²⁰, por isso este regime é alargado a fornecedores, titulares de participações sociais e restantes pessoas singulares previstas no art. 5.º, n.º 2, als. b) e c).

Atendendo ainda às alterações que a Lei n.º 13/2023, de 3 de abril introduz ao Código do Trabalho e legislação conexas, no âmbito da Agenda do Trabalho Digno, poderá seguir-se uma eventual extensão explícita do conceito de denunciante à figura do prestador de trabalho em situação de dependência económica (art. 10.º da Lei mencionada). Tal não previsão não é, contudo, essencial, uma vez que o prestador integra a definição de denunciante que consta do art. 5.º, n.º 1 da Lei n.º 93/2021, e sempre se enquadraria na al. b) do n.º 2 do referido artigo.

a. O representante dos trabalhadores como denunciante?

Releva ainda a questão de aferir em que medida os representantes dos trabalhadores ou representantes sindicais podem ser considerados denunciante. Evidenciando-se a necessidade de esclarecer que o direito de o trabalhador consultar os seus representantes ou sindicatos para aconselhamento²¹ (resultante da liberdade de inscrição sindical - art. 55.º, n.º 2, al. b) da CRP e art. 444.º do CT – e protegido pelo disposto no art. 3.º, n.º 5, al. a) da Lei n.º 93/2021), não cabe no âmbito de aplicação do art. 4.º da Lei referida e, ainda, que o sindicato, enquanto pessoa coletiva²², não pode ser tutelado ao abrigo da mesma²³.

A Diretiva (UE) 2019/1937 expressa, no Considerando 45, que a proteção contra medidas de retaliação concedida a um denunciante que recorre a um canal de denúncia interna ou externa para comunicar informações sobre certa infração de que tem conhecimento deve ser concedida, em igual medida, ao trabalhador que recorre ao seu sindicato. Posto isto, a Diretiva equipara o sindicato a um meio de divulgação pública, referindo-se aos trabalhadores filiados que comunicam com o seu sindicato como “pessoas que disponibilizem essas informações na esfera pública, por exemplo, (...) através de (...) sindicatos”. Esta consideração parece incompatível não só com o carácter

²⁰ Brandão, 2020, p. 103.

²¹ Gomes, 2014, p. 133.

²² Tal questão é, no entanto, alvo de debate pois entendemos que o sindicato poderá ser integrado no disposto na al. c) do n.º 4 do art. 6.º. O preceito refere-se a “Pessoas coletivas (...) com as quais esteja de algum forma ligado num contexto profissional”. Claro está que a expressão referente à ligação do denunciante com uma pessoa coletiva num contexto profissional poderá ser discutida. Ou seja, no caso dos sindicatos, devemos cingir-nos aos trabalhadores filiados de acordo com o princípio da filiação? Ou entender que existe tal ligação sempre que ao trabalhador seja aplicável um instrumento de regulamentação coletiva negocial?

²³ Gomes, 2021, pp. 160 e 161.

privado²⁴ dos sindicatos, mas também com o dever de confidencialidade²⁵ que versa sobre os membros de estrutura de representação coletiva dos trabalhadores (art. 412.º do CT²⁶).

Questionamo-nos se o legislador terá enquadrado este ponto devidamente. A saber, a referência ao sindicato como um meio de divulgação pública dever-se-á à denúncia de determinada infração por parte do sindicato após tomar conhecimento da mesma através de um trabalhador, ou podê-la-emos interpretar como o sindicato sendo sempre entendido como um meio de divulgação pública, ainda que o trabalhador tenha recorrido a esta associação somente com intenção de se aconselhar ou tomar conhecimento do procedimento de denúncia? Ou seja, de acordo com a Diretiva, qualquer comunicação realizada entre o trabalhador filiado e o seu sindicato, que verse sobre uma infração, tem valor de denúncia?

Luísa Teixeira Alves²⁷ posiciona-se nesse sentido, considerando ainda que a possibilidade de os sindicatos atuarem como autoridades competentes para conhecer de denúncias deve ser alargada a outras estruturas de representação coletiva dos trabalhadores, como, por exemplo, a comissões de trabalhadores. Por seu turno, Júlio Gomes²⁸ observa que a mera consulta do sindicato por parte de um trabalhador que vise informar-se quanto aos direitos reconhecidos a um denunciante “não representará ainda uma denúncia e muito menos uma divulgação”.

Não obstante, as obrigações de confidencialidade supramencionadas são, em seguida, recordadas no Considerando 54, quando este informa que, sob autorização, os representantes sindicais e os representantes dos trabalhadores são terceiros capazes de “receber denúncias de violações em nome de entidades jurídicas dos setores privado e público, desde que ofereçam as devidas garantias de respeito pela independência, pela confidencialidade, pela proteção de dados e pelo sigilo”. Contudo, a nossa Lei nada diz sobre este plano, não atribuindo, na nossa ótica, às ditas “entidades jurídicas dos setores

²⁴ O sindicato é, de acordo com o art. 442.º, n.º 1, al. a) do CT, uma “associação permanente de trabalhadores para defesa e promoção dos seus interesses sócio-profissionais”. Assim, e como constata Leitão, 2021, pp. 598 e 605, o sindicato constitui uma pessoa coletiva do tipo associativo, detendo personalidade jurídica própria. O sindicato resulta da liberdade sindical coletiva, nomeadamente do exercício da liberdade de constituição de associações sindicais a todos os níveis (art. 55.º, n.º 2, al. a) da CRP e art. 440.º, n.º 1 do CT). Destarte, e como indica o Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º PGRP00000977, as associações sindicais “são, face ao respectivo regime jurídico, pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública (o escopo que visam interessa aos seus associados, mas também à colectividade), assentam em agrupamentos de pessoas, tendo a natureza de associações, e prosseguem um fim económico não lucrativo, na medida em que pretendem conseguir vantagens patrimoniais ou materiais para os seus associados”.

²⁵ Repare-se ainda que a confidencialidade do auxílio de denunciante no procedimento de denúncia num contexto profissional consta da definição de “facilitador” constante no art. 5.º, n.º 8 da Diretiva.

²⁶ “II. Este dever de confidencialidade tinha sido objeto de generalização em 2003, o que facilmente se compreende face, por um lado, aos efeitos nefastos que pode ter a divulgação de informação interna de uma empresa e, por outro lado, devido ao facto de a confiança ser um elemento essencial na relação entre os sujeitos laborais, o que dificilmente acorrerá se um dos interlocutores não tiver um dever de sigilo perante matérias que são qualificadas com confidenciais” - Silva et al., 2020, p. 965.

²⁷ Alves, 2021, p. 277.

²⁸ Gomes, 2021, p. 161.

privado e público” tal competência de subdelegação nos representantes sindicais ou representantes dos trabalhadores.

Ao invés, a Lei n.º 93/2021 prevê que os representantes dos trabalhadores e os representantes sindicais, enquanto pessoas singulares, beneficiam de proteção semelhante à dos denunciante quando prestam aconselhamento e apoio a estes últimos, como convencionado o disposto no n.º 4, al. a) do art. 6.º da Lei. Posto isto, sendo o representante dos trabalhadores também ele trabalhador da empresa que cometeu, ou está em vias de cometer, a infração em causa, poderá denunciar a violação de que tomou conhecimento através dos seus poderes como representante coletivo? Ou tal denúncia comportaria a violação do dever de sigilo enquanto membro-representante de uma entidade coletiva?

É exigível aos representantes dos trabalhadores que utilizem a informação sujeita a sigilo nos estritos limites do necessário e com respeito pelas finalidades atinentes à sua função. Apesar da denúncia de infração conhecida através do exercício das suas funções comportar a violação do dever de sigilo, esta é “justificável” pela defesa dos interesses dos trabalhadores, no sentido de a sua atividade profissional poder ser afetada pela infração cometida pela entidade empregadora, visando, ainda, o fim do sindicato, nomeadamente a defesa e promoção dos interesses socioprofissionais dos trabalhadores (art. 442.º, n.º 1, al. a) do CT).

Júlio Gomes²⁹ entende que os representantes dos trabalhadores estão tutelados à luz da Diretiva (UE) 2019/1937, incluindo-os no leque do art. 4.º, n.º 1, al. c), nomeadamente na hipótese de violação do sigilo³⁰, estabelecendo aqui um paralelo entre os deveres de sigilo a que estão adstritos os representantes dos trabalhadores e os deveres de sigilo dos membros de órgãos de administração ou gestão de sociedades comerciais. Considerando o conteúdo do art. 55.º, n.º 6 da CRP³¹, cremos que nenhuma opinião distinta da de Júlio Gomes poderia ser defendida.

b. A abrangente interpretação do conceito de denunciante

Interessa ainda mencionar que o vínculo profissional e, inclusive, o vínculo profissional conjugado com o pessoal, existente entre o denunciante e um terceiro

²⁹ Gomes, 2021, p. 176.

³⁰ Mota, 2015, p. 169 aborda, quanto aos membros de estruturas de representação coletiva dos trabalhadores, que a liberdade sindical poderá constituir uma limitação ao dever de sigilo, atendendo às funções e finalidades inerentes às funções representativas. Devido ao exercício dessa atividade, estes representantes poder-se-ão considerar privilegiados no que tange o acesso à informação, uma vez que terão conhecimento de factos desconhecidos pelos restantes trabalhadores. Por este motivo, encontram-se adstritos a um dever de sigilo, somente utilizando tais informações na medida do estritamente necessário ao exercício da sua atividade.

³¹ “Artigo 55.º - (Liberdade sindical)

6. Os representantes eleitos dos trabalhadores gozam do direito à informação e consulta, bem como à proteção legal adequada contra quaisquer formas de condicionamento, constrangimento ou limitação do exercício legítimo das suas funções.”

(colega de trabalho ou familiar que desempenhe a sua atividade laboral na mesma empresa ou grupo que o denunciante, suscetível de ser alvo de retaliação disciplinar – n.º 4, al. b) do art. 6.º da Lei n.º 93/2021) permite que a proteção conferida pela Lei seja extensível a esse terceiro. O art. 6.º consagra, por isso, uma proteção indireta.

Por conseguinte, coloca-se a questão: poderá o destinatário da denúncia ser, também ele, considerado denunciante para efeitos de tutela? Beatriz García-Moreno³² analisa este tópico relativamente às denúncias realizadas aos meios de comunicação social (os *media*), baseando-se nos elementos legais da União Europeia existentes antes da Diretiva *whistleblowing*. A autora invoca a Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2015 relativa ao branqueamento de capitais e o Regulamento (UE) n.º 596/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de abril de 2014, que regula o abuso de mercado, concluindo que a denúncia efetuada aos *media* não é regulada.

Já na era pós-diretiva *whistleblowing*, este ponto mantém-se sem resposta. Se, de facto, tanto a Diretiva como a Lei portuguesa preveem a possibilidade de divulgação pública da infração, ainda que em casos restritos, nada dizem, porém, quanto à proteção dos meios de divulgação utilizados. Devemos, por essa razão, recorrer a outros diplomas legais de forma supletiva? Ou significará esta lacuna que o legislador pretendeu a exposição dos meios de comunicação à retaliação?

O caso Guja contra Moldávia n.º 1 do TEDH, processo n.º 14277/04, de 12 de fevereiro de 2008, representa um virar de página, uma vez que constitui a primeira decisão relativa à tutela de denunciante. Para mais, o Tribunal considerou que as medidas de retaliação de que um funcionário da Procuradoria-Geral da Moldávia foi alvo, após a denúncia de infração através de meios de comunicação social, constituíam uma violação do art. 10.º da CEDH³³.

Já no âmbito laboral privado³⁴, o caso Heinisch contra Alemanha, processo n.º 28274/08, de 21 de julho de 2011, foi o primeiro caso de *whistleblowing* sobre o qual o TEDH se pronunciou. O TEDH determinou – nos parágrafos 63 e ss. – a aplicação dos critérios previstos no caso Guja contra Moldávia (o qual versa sobre a relação laboral no setor público) ao litígio promovido por uma enfermeira geriátrica despedida, sem observância de aviso prévio, após apresentação de queixa-crime contra o seu empregador quanto ao nível de prestação de cuidados no estabelecimento de cuidados médicos e

³² García-Moreno, 2020, pp. 69 a 71.

³³ Apesar de o trabalhador não ter desempenhado um papel ativo na elaboração dos documentos publicados, exerceu a liberdade de transmissão de informações tutelada pelo art. 10.º, n.º 1 da CEDH através da dita publicação, tendo o seu despedimento se baseado na divulgação dos documentos. É de reiterar que, à data, inexistia legislação em matéria de denúncia na Moldávia, não estando o trabalhador sujeito a um procedimento para comunicar a violação em causa.

³⁴ Parágrafo 44.

geriátricos onde exercia a sua atividade, resultantes das deficientes condições de trabalho. Foi, deste modo, aberto o precedente de aplicação dos ditos critérios ao setor privado.

Por fim, importa ressaltar que a exclusão de um indivíduo do âmbito subjetivo da Lei do *whistleblowing* não implica a automática inexistência de proteção do mesmo, uma vez que o ordenamento jurídico português consagra a sua tutela em distintos regimes legais³⁵. O CPP prevê, inclusive, no art. 244.º a denúncia de crime por qualquer pessoa que tenha notícia sobre o mesmo. É, assim, proibida a retaliação, ao nível disciplinar, criminal e civil, despoletada pela realização de uma denúncia.

Atente-se, contudo, que a proteção conferida ao denunciante depende, ainda, da sua boa-fé e da existência de “fundamento sério para crer que as informações são, no momento da denúncia ou da divulgação pública, verdadeiras” (art. 6.º), cumprindo o disposto no Capítulo II aquando da realização da denúncia.

³⁵ A título de exemplo, as constantes da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto relativas às medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, as relativas à liberdade de expressão e aos crimes contra a liberdade pessoal - Brandão, 2020, p. 105.

II. A denúncia e as medidas de proteção

a. A denúncia

Após a análise da Lei n.º 93/2021, é necessário “dissecar” a aparente complexidade do processo de realização de uma denúncia. O mero conhecimento, por parte do denunciante, da prática de uma infração não basta, sendo necessário que este guie a sua conduta por um conjunto de regras para que a sua denúncia seja suscetível de tutela.

Primeiramente, a denúncia deve visar um dos 13 domínios previstos no art. 2.º, n.º 1, tendo a nossa Lei estendido o âmbito de aplicação material da Diretiva à criminalidade violenta, especialmente violenta e altamente organizada, e à Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, relativa às medidas de combate à criminalidade organizada. A Diretiva consagrou a aplicação de normas mínimas comuns, permitindo aos Estados-Membros alargar o âmbito de aplicação da Lei transposta a outros domínios³⁶. No entanto, o legislador português não tirou o devido partido da oportunidade de ampliar o âmbito de aplicação material da Diretiva e de, portanto, tutelar um maior número de denunciante. Importa, pois, analisar as áreas do campo laboral excluídas do âmbito de aplicação da Lei e a sua articulação com a prossecução do interesse público.

Relativamente à segurança e higiene no trabalho, a Lei nada diz sobre a matéria. Vigjilencia Abazi³⁷ aponta o facto de a Diretiva (UE) 2019/1937 ter por base o art. 114.º do TFUE, relativo ao estabelecimento e funcionamento do mercado interno³⁸, para a reduzida proteção dos trabalhadores quanto às condições de trabalho. Constata ainda que as condições de trabalho encontram a sua génese no art. 153.º do TFUE, não visando a Diretiva esta norma. A autora levanta uma questão preeminente: deve ser garantida proteção ao denunciante quando a denúncia verse sobre as condições de trabalho intrinsecamente ligadas a um dos domínios de proteção da Diretiva?

Entendemos que sim, o que implica que todas as denúncias relativas à saúde e segurança no trabalho, relacionadas com a saúde pública, devam ser alvo de tutela. Caso contrário, a exclusão de tutela de denúncias de infrações que violam normas de direito nacional, ainda que versem sobre áreas de interesse público, dificultará a conquista do fim de proteção do denunciante, atendendo à limitação de áreas sobre as quais as infrações denunciadas serão, e são, analisadas. A própria Diretiva, no art. 27.º, n.º 3, impõe a ponderação, por parte da Comissão, até 2025, da necessidade de alargamento do âmbito da Diretiva, referindo-se particularmente à “melhoria do ambiente de trabalho para proteger a saúde e a segurança dos trabalhadores e as suas condições de trabalho”.

³⁶ Considerando 5 da Diretiva (UE) 2019/1937.

³⁷ Abazi, 2020, pp. 646 e 647.

³⁸ Para mais, o art. mencionado inclui, no seu n.º 2, os direitos e interesses dos trabalhadores assalariados.

Por outro lado, os trabalhos preparatórios da Diretiva³⁹ e o Considerando 21 da mesma refletem o entendimento do legislador quanto à desnecessidade de previsão de proteção dos trabalhadores quando realizam denúncias que versem a saúde e segurança no trabalho, atendendo à referência à proteção do trabalhador denunciante imposta aos Estados-Membros por força do art. 11.º da Diretiva 89/391/CEE do Conselho, de 12 de junho de 1989. No entanto, qualquer proteção dos denunciante de infrações neste domínio resulta do último artigo mencionado⁴⁰, o qual versa sobre a “Consulta e participação dos trabalhadores”, ou de qualquer outro preceito.

Como notado no Capítulo anterior, a denúncia da prática de assédio (art. 29.º do CT) é anterior à Diretiva (UE) 2019/1937, sendo de criticar a opção tanto do legislador europeu, como do legislador português em não reforçar a tutela do trabalhador denunciante de assédio através da previsão deste domínio no elenco de matérias de denúncia tuteladas (art. 2.º, n.º 1 da Diretiva (UE) 2019/1937 e art. 2.º, n.º 1 da Lei n.º 93/2021). É certo, contudo, que, através da previsão de medidas de proteção, estes diplomas legais combatem, de forma indireta, o assédio que o trabalhador poderá sofrer em virtude da realização de uma denúncia. Igual situação se verifica quanto à violação de regras sobre a igualdade e não discriminação.

Júlio Gomes⁴¹ evidencia, porém, a disposição do art. 6.º, n.º 1, al. a) da Diretiva, relativa à proteção dos denunciante que acreditavam, aquando da realização da denúncia, que as violações reveladas se enquadravam no âmbito de aplicação da Diretiva, não sendo afinal abrangidas por esta. Apesar de a Lei portuguesa não conter disposição semelhante, o denunciante será tutelado, em conjunturas análogas, à luz da Diretiva, devido ao princípio da interpretação conforme.

Pressupostos distintos para a consideração de tutela da denúncia são o da exigência de boa-fé por parte de quem denuncia uma infração e o da existência de fundamento

³⁹ Da leitura das pp. 5, 6 e 9 da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção das pessoas que denunciam infrações ao direito da União, conclui-se que foi analisada a possibilidade de fundamentar a Diretiva no art. 153.º, n.º 1, als. a) e b) do TFUE, relativo à melhoria do ambiente de trabalho, a fim de proteger a saúde e a segurança dos trabalhadores e às condições de trabalho. Contudo, é da compreensão do Parlamento Europeu e do Conselho que tal implicaria limitar o âmbito de aplicação pessoal da diretiva aos trabalhadores, restringindo, conseqüentemente, o leque de proteção dos denunciante, e dificultando a consecução da eficácia da Diretiva, o alcance do interesse público. Para mais, defendem que a hipótese de a base jurídica da Diretiva assentar no art. referido não iria reforçar a tutela dos trabalhadores relativamente às opções estratégicas analisadas pelo Parlamento Europeu e o Conselho, que visam a proteção dos denunciante em campos de ação em que inexistia uma dimensão transfronteiriça.

⁴⁰ Como repara Alves, 2021, p. 278, do n.º 6 do art. 11.º da Diretiva 89/391/CEE não é possível retirar uma disposição relativa a denúncia nos termos desenvolvidos ao longo deste trabalho de investigação:

“6. Os trabalhadores e/ ou os seus representantes têm o direito de apelar, de acordo com as legislações e/ ou práticas nacionais, para a autoridade competente em matéria de segurança e de saúde no local de trabalho se considerarem que as medidas tomadas e os meios fornecidos pela entidade patronal não são suficientes para garantir a segurança e a saúde no local de trabalho.

Os representantes dos trabalhadores devem poder apresentar as suas observações por ocasião das visitas e fiscalizações efectuadas pela autoridade competente”.

⁴¹ Gomes, 2021, p. 158.

sério⁴² para (o denunciante) crer na veracidade dos factos denunciados⁴³ (art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 93/2021). São critérios subjetivos, refletindo-se o desacordo inerente no paralelo entre a Diretiva e a jurisprudência do TEDH⁴⁴⁻⁴⁵ quanto à aferição de tutela dos trabalhadores denunciantes, em conformidade com o art. 10.º da CEDH.

Ora, a própria Diretiva cita a jurisprudência do TEDH⁴⁶ como seu precedente histórico importante, mas a Diretiva e a jurisprudência não estão alinhadas em termos de preceitos. Por exemplo, relativamente aos 6 critérios que o TEDH⁴⁷⁻⁴⁸ fixou para averiguação da necessidade de tutela do trabalhador denunciante, a relevância dos motivos para denunciar é, segundo a Diretiva⁴⁹, um parâmetro a desconsiderar para conceder proteção ao trabalhador denunciante.

Importa, por isso, referir a discussão relativa à pertinência da motivação que subjaz à denúncia do trabalhador para averiguar o grau de proteção a atribuir ao denunciante. Do mesmo modo que a Diretiva desvaloriza este fator, a Lei portuguesa⁵⁰ parece também rejeitar a motivação do denunciante como critério considerável para a sua tutela. No

⁴² Note-se que a proteção nacional de trabalhador, autor de denúncia de infrações, que age de boa-fé e de forma fundamentada, nomeadamente no âmbito da corrupção, retroage, pela transposição de diplomas legais internacionais, à Convenção n.º 158 da OIT (art. 5.º) e à Convenção contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 (art. 33.º) - Fernandes, 2020, p. 287.

⁴³ Todavia, Yurrtagül, 2021, p. 135 esclarece que, de acordo com as melhores práticas internacionais e com a posição do Conselho da Europa, a boa-fé deve ser apreciada apenas tendo por base a existência de motivos razoáveis para reputar as informações denunciadas como verdadeiras.

Cumprir clarificar que a expressão “fundamento sério” implica a existência de uma maior certeza ou segurança jurídica comparativamente com a expressão “motivos razoáveis”, exigida pela Diretiva 2019/1937 no art. 6.º, n.º 1, al. a).

⁴⁴ No que diz respeito à Lei e à jurisprudência do TEDH, a boa-fé constitui um requisito necessário para a apresentação de uma denúncia suscetível de tutela. Em contrapartida, a Diretiva (art. 6.º, n.º 1, al. a)) não exige a boa-fé.

⁴⁵ Na perspetiva de Gomes, 2023, p. 3 este desacordo é cada vez mais gritante à medida que o TEDH se pronuncia sobre os distintos casos de que toma conhecimento.

⁴⁶ Considerandos 31 e 33 da Diretiva (UE) 2019/1937.

⁴⁷ No caso Guja contra Moldávia n.º 1 do TEDH (parágrafos 73 a 78) são designados como parâmetros atendíveis: o canal de denúncia de que o trabalhador lança mão para realizar a denúncia; o interesse público subjacente à informação divulgada; a autenticidade da informação; o dano originado com a divulgação; a motivação do denunciante; e a proporcionalidade da sanção aplicada ao trabalhador e suas consequências.

⁴⁸ Estes parâmetros base têm sido desenvolvidos com o surgimento de novos casos por parte do TEDH, particularmente na averiguação da tutela dos trabalhadores no que toca ao dever de lealdade que lhes é contratualmente imposto. Tal desenvolvimento reflete-se, entre outros pontos, na consideração da proporcionalidade entre o meio de denúncia utilizado pelo trabalhador, em face do seu dever de lealdade, e o interesse público subjacente à denúncia (parágrafo 65 do caso Heinisch e parágrafos 121 e ss., 171 e 172 do caso Halet contra Luxemburgo do TEDH, processo n.º 21884/18, de 14 de fevereiro de 2023); a pertinência do interesse público alegado em confronto com os danos que a denúncia comporta (parágrafo 66 do caso Heinisch e parágrafos 175 e ss. do caso Halet) – um critério mais específico em comparação com o do dano originado com a divulgação; e a determinação da existência de boa-fé na divulgação dos factos dependendo da averiguação da veracidade dos mesmos (parágrafo 129 do caso Halet). Lourenço, 2019, p. 187; Mota, 2015, p. 166.

⁴⁹ Considerando 32 da Diretiva (UE) 2019/1937.

⁵⁰ A lei francesa acolhe ótica semelhante, refletindo-se tal ponto na reformulação do conceito de *whistleblower* com a Diretiva (UE) 2019/1937 (art. 1.º da Loi organique n.º 2022-401 du 21 mars 2022). Na sua redação anterior, o art. 6.º da Loi n.º 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique exigia a atuação desinteressada do denunciante. A “*manière désintéressée*” entende-se, segundo Stolowy, Paugam & Londero, 2019, pp. 170 e 171, que das denúncias não devem resultar benefícios para o denunciante, nomeadamente económicos. Os autores referem, contudo, que os *whistleblowers* não se devem mover por motivações pessoais de vingança ou retaliação.

entanto, este constitui, precisamente, um dos critérios base de decisão do TEDH. A título exemplificativo, no parágrafo 77 do caso Guja contra Moldávia n.º 1, o TEDH determinou que a exposição movida por hostilidades não justifica proteção especialmente forte do denunciante⁵¹.

Ao nível doutrinal, André Alfar Rodrigues e Júlio Gomes⁵² posicionam-se na esteira dos que compreendem pela irrelevância dos motivos para denunciar. Como realça Alfar Rodrigues, “A denúncia de uma irregularidade ou ilicitude, ainda que feita por motivos pessoais, é um instrumento de prossecução da defesa da legalidade”⁵³. A doutrina espanhola⁵⁴ tende no mesmo sentido, realçando que, caso o fim principal da Diretiva seja, realmente, a proteção do denunciante, a ética subjacente ao comportamento do *whistleblower* não releva, pois, em último plano, o interesse público será cumprido.

Ainda no que tange aos requisitos de denúncia, o denunciante beneficia da dita proteção apenas no caso de recorrer aos canais de denúncia previstos na Lei. Esta série de requisitos, apesar de essenciais, pode, contudo, desencorajar o indivíduo a denunciar, atendendo ao receio de não se enquadrar nos critérios exigíveis para concessão deste estatuto.

b. Os meios de denúncia

A tríade de meios de denúncia⁵⁵ (conceito não definido nem pela Diretiva, nem pela Lei portuguesa) respeita ao canal de denúncia interno (a denúncia é realizada à própria

⁵¹ Num artigo redigido na era pré-diretiva *whistleblowing*, e na sequência da análise da crença de que, em Portugal, a adequação da legislação com o regime do *whistleblowing* se bastava com a execução das regras laborais gerais, Gomes, 2016, pp. 238 e 239 observa as teorias subjacentes à legislação *whistleblowing*. Ora, no que toca à teoria ética de denúncia, Júlio Gomes sublinha – na p. 238 – que a ação motivada pela concretização do dever cívico de denunciar uma violação legal gera um contrassenso, uma vez que “o denunciante que age porque sente que é seu dever como cidadão não está necessariamente de má-fé, mas invoca uma lealdade mais forte do que o vínculo contratual” (tradução nossa). O autor compreende ainda que, agindo o denunciante de boa-fé, elegerá o canal de denúncia interna para a realização da denúncia visando a possibilidade de o empregador corrigir a violação cometida.

No que tange a teoria pragmática, o interesse público determina a tutela do denunciante, secundarizando a sua motivação. De acordo com esta perspetiva, é dúbio qual o canal de denúncia mais adequado à consecução do interesse público, mas Júlio Gomes tende a defender o recurso ao canal de denúncia externa, uma vez que a denúncia interna possibilita a destruição de provas da realização e autoria da infração pelo autor da mesma.

Assim, parece-nos que, ao passo que o TEDH adota uma perspetiva ética da denúncia, atendendo à motivação do denunciante, a Diretiva acompanha uma perspetiva pragmática, visando a veracidade da denúncia e a utilidade pública da mesma.

⁵² Gomes, 2021, p. 168.

⁵³ Rodrigues, 2022, p. 43.

⁵⁴ García-Moreno, 2020, pp. 95-98; Villoria Mendieta, 2021, pp. 18-20.

⁵⁵ A lei francesa prevê ainda a autoridade governamental independente do “*Défenseur des droits*”, cujo domínio de competências abrange matérias distintas, incluindo a proteção dos *lanceurs d’alerte*. No âmbito do *whistleblowing*, as suas funções encontram-se previstas no art. 4.º da Loi organique n.º 2022-400 du 21 mars 2022, competindo-lhe orientar o denunciante na escolha do canal de denúncia e reorientar as denúncias recebidas quando uma autoridade externa não se considera competente para conhecer da denúncia – Stolowy & Stolowy, 2022, p. 371; Sereno, 2022, p. 311.

Já em Portugal existe a figura do *ombudsman*. A sua consagração legal deu-se com o DL n.º 212/75, de 21 de abril, tendo sido constitucionalmente consolidada no art. 23.º da CRP e denominada de “Provedor de

entidade empregadora, a infratora em causa), ao canal de denúncia externo (o denunciante recorre a uma das autoridades competentes, externas em relação à entidade empregadora, previstas no n.º 1 do art. 12.º da Lei) e à divulgação pública⁵⁶ (a Lei não define os recetores a incluir neste canal, sendo, não obstante, associados aos meios de comunicação social; a Diretiva, no entanto, menciona certas entidades como possíveis destinatários da divulgação pública no Considerando 45⁵⁷, como referido anteriormente). Nos distintos canais, a apresentação de denúncias poderá ser procedida por escrito e/ou verbalmente, de forma anónima ou identificando-se o denunciante.

A transposição da Diretiva *whistleblowing* para o ordenamento jurídico português, a par das diversas alterações que temos vindo a analisar, implica ainda a obrigação de criação de canais de denúncia internos por determinadas entidades (art. 8.º da Lei n.º 93/2021).

No que diz respeito aos canais de denúncia externa, o art. 12.º, n.º 1 da Lei prevê um leque de autoridades competentes para conhecer a dita denúncia, como as autarquias locais ou o Banco de Portugal, encontrando-se adstritas à obrigação de estabelecimento de canais de denúncia em condições similares às dos canais de denúncia interna. Contudo, perante a hipótese de apresentação de denúncia a autoridade incompetente ou de a denúncia a efetuar respeitar a uma das autoridades designadas, os n.ºs 2 e 3 preveem o procedimento a seguir oficiosamente, bem como o dever de informar o denunciante. A mobilização de recursos reflete-se também neste âmbito, devendo os funcionários das autoridades em causa ser formados para o tratamento de denúncias (art. 13.º, n.º 3).

Relativamente à relação destes meios, é estabelecido, tanto pela Diretiva, no seu art. 7.º, n.º 2, como pela Lei que a transpôs no art. 7.º, um critério de prioridade quanto aos meios de denúncia a selecionar pelo denunciante, dando precedência ao canal de denúncia interna, sempre que este permita uma atuação mais eficaz na “fonte” do problema e que o denunciante considere não existir risco de retaliação. Na ótica de Júlio

Justiça”, órgão independente que está encarregue das denúncias dos cidadãos relativas às instituições públicas. Note-se que a Lei n.º 93/2021 em momento algum se refere a este órgão.

⁵⁶ Os três canais encontram-se previstos, respetivamente, nos arts. 8.º e ss., arts. 12.º e ss. e art. 7.º, n.º 3 da Lei 93/2021.

⁵⁷ “A proteção contra a retaliação como meio de salvaguardar a liberdade de expressão e a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social deverá ser concedida tanto a pessoas que comuniquem informações sobre atos ou omissões dentro de uma organização (‘denúncia interna’) ou a uma autoridade externa (‘denúncia externa’), como a pessoas que disponibilizem essas informações na esfera pública, por exemplo, diretamente ao público, através de plataformas em linha ou de redes sociais, ou aos meios de comunicação social, representantes eleitos, organizações da sociedade civil, sindicatos, ou organizações empresariais e profissionais” (sublinhado nosso).

Gomes⁵⁸, o art. 10.º da Diretiva⁵⁹ consagra uma liberdade de opção relativamente ao canal de denúncia a seguir, desconsiderando a possível prioridade entre canais⁶⁰.

Entendemos que o art. 7.º da Lei n.º 93/2021 estabelece uma escada de hipóteses, sugerindo que, após apresentar uma denúncia através dos canais de denúncia interna, o denunciante recorra ao canal de denúncia externa. Tal reflete a subsidiariedade do canal de denúncia externa no caso de o canal de denúncia interna não permitir a resolução eficaz da violação. Para mais, no ordenamento jurídico português, o art. 7.º tem como título “Precedência entre os meios de denúncia e divulgação pública”, manifestando o critério preferencial do legislador.

Como elementos comuns dos canais de denúncia (interno e externo, como é inequívoco e frisado pelo art. 18.º), temos a confidencialidade, o tratamento de dados pessoais (art. 19.º) e a conservação de denúncias (art. 20.º). Importa ter presente que o conceito de “confidencialidade” se distingue de “anonimato”. Luísa Teixeira Alves⁶¹ recorda que a confidencialidade implica que a identidade do denunciante seja conhecida pelas entidades obrigadas, mas não seja revelada pelas mesmas, recaindo assim o ónus de confidencialidade sobre estas entidades, ao passo que uma denúncia anónima implica o desconhecimento da identidade do denunciante.

Por sua vez, o recurso à divulgação pública⁶², previsto no art. 7.º, n.º 3, surge como canal de *ultima ratio*, resultando da existência de motivos razoáveis para entender que a infração pode constituir um perigo iminente ou manifesto para o interesse público, ou que as autoridades competentes não poderão conhecer ou resolver de modo eficaz a infração considerando a sua especial conjuntura, ou que o risco de retaliação subsiste igualmente no canal de denúncia externa (al. a)), ou da inobservância das medidas exigidas quanto ao seguimento da denúncia interna ou da denúncia externa nos prazos aí determinados (al. b)).

⁵⁸ Gomes, 2021, p. 178.

⁵⁹ Caro Catalán, 2021, pp. 2172, 2173 e 2177 também interpreta o art. 10.º da Diretiva no sentido de ausência de uma preferência entre canais de denúncia, admitindo que a leitura dos considerandos poderá instigar interpretação contrária. O autor considera ainda que a Diretiva reconhece ao denunciante o direito de escolha do canal de denúncia que entenda mais adequado, consoante a conjuntura do caso. No entanto, refere mais tarde como requisito para um indivíduo ser considerado denunciante “que se haya respetado el orden de preferencia previsto en la Directiva en el uso de los canales de información (art. 6.2).”, refletindo a dúbia exposição do legislador sobre este ponto.

⁶⁰ Rodrigues, 2022, p. 297 partilha este entendimento.

⁶¹ Alves, 2021, p. 264.

⁶² A lei alemã, por outro lado, prevê que o denunciante que não recorra aos canais oficiais de denúncia e recorra diretamente à comunicação social, não se encontra no âmbito da tutela do *whistleblower*. É do entendimento do legislador alemão que o *whistleblower* deve informar, em primeiro lugar, o empregador, salvo se o empregador não atuar com boa-fé relativamente ao canal de denúncia interna ou no caso de este ter cometido um crime. Assim, perante a inobservância de recurso ao canal interno, poderá considerar-se que o trabalhador praticou uma infração que justifica o despedimento – Stolowy & Stolowy, 2022, pp. 364 e 365.

c. As medidas de proteção

Constituía, no Projeto da Diretiva, como razão subjacente à necessidade de proteção jurídica do *whistleblower* contra atos de retaliação, a especial vulnerabilidade associada à relação de trabalho⁶³ decorrente, nomeadamente, da dependência económica do trabalhador relativamente à entidade empregadora. A título de exemplo, o Considerando 36 da Diretiva menciona que é conferida proteção jurídica específica perante a violação do dever de confidencialidade ou de lealdade aquando da realização de denúncia.

Impõe-se, como princípio basilar, a proibição de qualquer ato, tentativa ou ameaça de retaliação contra o denunciante, tal consistindo num ato ou omissão em conjuntura profissional, que seja motivado pela dita denúncia e produza, ou seja suscetível de produzir, danos na esfera jurídica do denunciante (art. 21.º da Lei n.º 93/2021). A lei portuguesa estabelece uma presunção de carácter retaliatório de qualquer ato constante da lista do n.º 6 do art. 21.º, encontrando-se esta presunção, no entanto, circunscrita ao período de 2 anos⁶⁴ após a realização de denúncia ou divulgação pública.

A tutela do denunciante, tal como observado neste Capítulo, é inclusiva, uma vez que o art. 6.º consagra a proteção, a título exemplificativo, de colegas de trabalho e familiares que possam ser alvo de retaliação num contexto profissional, sendo, por conseguinte, extensíveis as medidas de proteção a estes sujeitos.

Ora, a hipótese de o empregador se opor à reintegração de trabalhador denunciante (arts. 331.º/4 e 389.º/1. al. b) do CT), nesta conjuntura, não é excluída pela Lei n.º 93/2021. Deste modo, impõe-se refletir se, preenchidos os pressupostos de indemnização em substituição de reintegração a pedido do empregador (art. 392.º), poderá este opor-se à reintegração do trabalhador denunciante.

A doutrina⁶⁵ tem as suas dúvidas quanto a este ponto, nomeadamente, quando o *whistleblower* atuou de forma negligente e o conteúdo da denúncia se revelou falso. Note-se que a relação laboral assenta na confiança entre as partes⁶⁶, podendo, por isso,

⁶³ Como observa García-Moreno, 2020, p. 192, a entidade empregadora desempenha um papel dominante na relação profissional, dispondo de poderes de gestão e organização que, mesmo dentro dos trâmites legais, poderão prejudicar o trabalhador, como a modificação das condições de trabalho ou a criação de obstáculos à sua promoção.

⁶⁴ É dúbia a razoabilidade do prazo determinado pelo legislador, uma vez que, já à data da transposição da Diretiva, eram conhecidos casos do TEDH em que a retaliação se verificou muito tempo após a declaração de infração. No caso Guja contra Moldávia n.º 2 do TEDH, n.º 1985/10, de 27 de fevereiro de 2018, 10 anos após a divulgação pública.

Porém a presunção de carácter abusivo das sanções prevista na Lei é mais protecionista que a presunção do art. 331.º, n.º 2 do CT, cujo limite temporal varia entre os 6 meses e 1 ano.

⁶⁵ Pinheiro, 2020, pp. 106 e 107; Gomes, 2016, p. 240.

⁶⁶ Gomes, 2014, p. 139.

ser considerada excessiva a medida de reintegração. O art. 392.º restringe⁶⁷ a possibilidade de o empregador se opor à reintegração, exatamente, aos casos de microempresas e de trabalhadores que ocupem cargos de administração ou de direção, ou seja, casos em que o trabalhador contacta de perto com o empregador e em que os postos de trabalho se caracterizam como de maior confiança⁶⁸.

A reintegração do trabalhador denunciante em caso de despedimento apresenta-se como um recurso adequado à reposição da normalidade laboral e como um meio de defesa face aos atos de retaliação. No entanto, na verdade, a sua proteção cessa mediante a verificação das circunstâncias supramencionadas, legitimando a possibilidade de a entidade empregadora lançar mão da oposição à reintegração.

Não obstante, a não reintegração será decidida pelo Tribunal, e não poderá ter lugar nas situações previstas no n.º 2 do art. referido, em que o despedimento se fundamentou num ato discriminatório. Ora, atendendo à previsão de não aplicação desta disposição quando “o fundamento da oposição à reintegração for culposamente criado pelo empregador”, questionamos: o ilícito cometido pelo empregador consubstanciará esta circunstância?

Tendemos a pronunciar-nos no sentido de que perante um ilícito cometido por esta parte da relação contratual, sendo o despedimento do trabalhador denunciante considerado ilícito por se tratar de um ato de retaliação, a indemnização em substituição da reintegração a pedido do empregador não se aplica. Ainda que se verifique a quebra de confiança entre as partes, tal deve-se a conduta ilícita da entidade empregadora. É claro o enquadramento do ocorrido na exceção ao pedido de indemnização como fundamento culposamente criado pelo empregador, consubstanciando uma situação de abuso de direito (art. 334.º do CC) o entendimento contrário.

A proteção do denunciante exprime-se ainda sobre a inversão do ónus da prova, considerando o disposto no art. 342.º, n.º 2 do CC, uma vez que, perante um ato que constitua uma forma de retaliação de acordo com os trâmites da Lei n.º 93/2021, o ónus da prova recai sobre o empregador, devendo este demonstrar que a sanção em causa não foi originada pela denúncia realizada pelo trabalhador (art. 21.º, n.ºs 6 e 7).

Acresce que a Lei estende, no art. 24.º, n.º 3, a proteção do denunciante à obtenção ou acesso às informações comunicadas ou publicamente divulgadas, desresponsabilizando-o de tal ato, desde que essa obtenção ou acesso não constitua infração penal autónoma. Não obstante, é questionável a opção do legislador em não transpor o disposto no art. 21.º, n.º 7 da Diretiva para o ordenamento jurídico português,

⁶⁷ Pois, na verdade, sendo o despedimento declarado ilícito, o efeito extintivo não se produziu, o contrato de trabalho está em vigor e prevalece o princípio da segurança no emprego (art. 53.º da CRP) – Martinez et al., 2020, p. 905.

⁶⁸ Martinez et al., 2020, p. 917.

fragilizando a posição processual do denunciante perante processos de difamação, violação de direitos de autor, violação do sigilo, violação das regras de proteção de dados, divulgação de segredos comerciais ou que tenham por objeto pedidos de indemnização com fundamento no direito privado, público ou em contratos coletivos de trabalho.

Ora, o referido artigo concede aos denunciantes o direito de invocar a denúncia ou divulgação pública realizada para pedir a declaração de improcedência das ações referidas, perante motivos razoáveis para crer que a denúncia ou divulgação pública era necessária para revelar uma violação nos termos da Diretiva, não podendo então ser imputada aos trabalhadores a violação da obrigação de confidencialidade a que estão sujeitos.

Entendemos que este ponto não é de transposição necessária, consubstanciando apenas uma preocupação da Diretiva a possibilidade de o trabalhador invocar, na sua contestação, que usufrui do estatuto de denunciante e este facto afastar a sua responsabilidade no contexto de direito privado. No fundo, tal previsão traduz-se apenas numa defesa no processo, no direito de invocar a denúncia ou a divulgação pública para pedir a declaração de improcedência da ação, o que não significa o afastamento liminar da ação.

A recompensa financeira é uma via de proteção que não foi seguida pelo nosso legislador, apesar de a Diretiva (UE) 2019/1937, no art. 20.º, n.º 2, deixar ao critério dos Estados-Membros a disponibilização de assistência financeira aos denunciantes no âmbito de processos judiciais. Interrogamo-nos se a denúncia desprovida da associação de qualquer apoio monetário se prenderá com o fim de a denúncia corresponder ao interesse público⁶⁹, sendo consequentemente distorcido pelo interesse próprio perante tal incentivo ou, apenas, se o Estado não estará disposto a despendar parte do seu orçamento em assegurar um valor que permita ao denunciante fazer face a despesas que poderão decorrer da realização da denúncia. Será, no entanto, lógico que, perante a adequada e eficaz aplicação da Lei, não só os atos retaliatórios despoletados pelas denúncias efetuadas pelos trabalhadores serão evitados, como ainda qualquer consequência negativa, não sendo desta forma necessário o dito apoio financeiro.

Verifica-se que a Lei portuguesa transpõe como medidas de retaliação apenas sanções disciplinares ou relativas ao contexto laboral. E quando se trata, por exemplo, de trabalhadores autónomos? As sanções aplicadas às empresas não se enquadram no

⁶⁹ Caro Catalán, 2021, p. 2196 nota que a atribuição de uma recompensa financeira poderia destoar do carácter ético associado à conduta do *whistleblower*, passando o mesmo a agir visando o valor monetário a auferir, ao invés da prossecução do interesse público. Apesar de, como observa o autor suprarreferido, a atribuição de uma recompensa financeira ao denunciante poder distorcer a motivação real da sua denúncia, podendo este ser movido pelo lucro pessoal, por outro lado, corresponde também a um incentivo.

conceito de “retaliação”? Talvez o ato previsto na al. h) do art. 21.º, n.º 6 seja a única medida aplicável quer ao trabalhador autónomo, quer à empresa.

Júlio Gomes⁷⁰ considera que o legislador deveria ter ido além das medidas retaliatórias previstas na Diretiva. Nesta perspetiva, André Alfar Rodrigues⁷¹ critica a não transposição, ainda que disposta ao critério de cada Estado Membro, de medidas como o apoio jurídico e psicológico no âmbito de processos judiciais.

Para mais, note-se que a previsão de medidas de apoio se restringe às explanadas no art. 22.º, à presunção do carácter abusivo da sanção disciplinar aplicada ao denunciante e à constituição de tais atos em contraordenações muito graves puníveis com coimas (n.º 7 do art. 21.º, e al. b) do n.º 1 do art. 27.º), nada referindo a Lei quanto ao alcance da ineficácia da proteção jurídica, prevista no art. 22.º, ou a uma possível indemnização por danos, decorrente da dita ineficácia.

Fica, ainda, por esclarecer o período durante o qual o denunciante beneficia das medidas de proteção e tutela jurisdicional especialmente concebidas para aqueles que usufruem de tal estatuto, atendendo que o único prazo referido no Capítulo III da Lei se refere à proibição de retaliação.

⁷⁰ Gomes, 2021, pp. 190 e 191.

⁷¹ Rodrigues, 2022, p. 73.

III. O dever de lealdade do trabalhador e o direito à liberdade de expressão

a. Os direitos de personalidade do trabalhador

As disposições contidas nos arts. 37.º da CRP e 14.º do CT espelham a existência do indivíduo antes da existência do trabalhador, da qual decorre a exigência de respeito pelos direitos de personalidade do trabalhador, a tutela da sua dignidade e, na verdade, da sociedade civil⁷², limitando os poderes do empregador⁷³. Por isso é também reconhecida, no âmbito da empresa, a liberdade⁷⁴ de expressão e de divulgação do pensamento e opinião, não significando tal que esta liberdade seja exercida de forma ilimitada, ressalvando-se o normal funcionamento da empresa e os direitos fundamentais dos restantes sujeitos que integram a mesma⁷⁵.

Ainda que unanimemente entendido que a celebração de um “contrato de trabalho não priva quem o celebra de nenhum dos seus direitos fundamentais enquanto pessoa e enquanto cidadão”⁷⁶, a especial tutela reconhecida ao trabalhador denunciante demonstra-se necessária, tendo presente o condicionamento do exercício destes direitos em função dos deveres laborais, como é o caso da liberdade de expressão do trabalhador e do dever de lealdade⁷⁷.

A sobreposição da esfera jurídica do trabalhador com a esfera jurídica do empregador poderá gerar a colisão de direitos fundamentais, devendo este conflito, de acordo com a doutrina⁷⁸ e como medida de *ultima ratio*, ser resolvido nos termos gerais do art. 335.º do CC. Porém, devemos notar que os direitos de personalidade se enquadram no escopo do art. 18.º da CRP, o qual determina o carácter excepcional das restrições aos direitos, liberdades e garantias (n.º 2), sendo estas restrições limitadas pelos princípios da proporcionalidade, da adequação e da intangibilidade do conteúdo essencial desses direitos (n.º 3)⁷⁹.

⁷² Gomes, 2019, p. 1741.

⁷³ Moreira et al., 2019, p. 106.

⁷⁴ Neste âmbito, interessa observar a definição de “liberdade” de Cordeiro, 1999, p. 26: “Ao contrário do direito subjetivo, ela não coloca nenhum bem específico à disposição do sujeito. Confere-lhe, antes, um campo de livre actuação, susceptível de se concretizar noutras liberdades, em diversos direitos e em vínculos obrigacionais, incluindo deveres”.

⁷⁵ Parece-nos que o empregador, no âmbito da empresa, tem legitimidade para limitar a livre expressão dos seus trabalhadores perante o distúrbio do local de trabalho ou do seu normal funcionamento. No entanto, esta restrição poderá verificar-se quanto a opiniões políticas ou religiosas, sendo controversa e quase que abusiva a tentativa de limitação desta liberdade fundamental no caso do *whistleblower* – Gomes, 2019, p. 1766; Fernandes, 2020, p. 285 refere que são considerados como direitos de personalidade do empregador limitativos da liberdade de expressão do trabalhador o direito ao bom nome e reputação (art. 26.º, n.º 1 CRP) e o direito à integridade física e moral (art. 15.º do CT); Dray, 2015, pp. 368 e 369; Quintas, 2007, p. 143.

⁷⁶ Leite, 2011, p. 160.

⁷⁷ Rodrigues, 2022, p. 278.

⁷⁸ Ramalho, 2019, p. 313; Rodrigues, 2022, p. 278; Lourenço, 2019, p. 186.

⁷⁹ Martinez, 2022, p. 353.

Quanto aos direitos de personalidade do trabalhador, Teresa Coelho Moreira⁸⁰ repara que estes poderão ser limitados, na medida do necessário, e para defesa de direitos fundamentais do empregador, caso o interesse do empregador seja superior aos danos que a compressão do direito do trabalhador gera. Contudo, este critério não se verificará quanto ao denunciante, uma vez que a restrição dos direitos do trabalhador que denuncia uma conduta visando a prossecução do interesse público representa, na verdade, a restrição dos direitos da sociedade.

A denúncia realizada pelo trabalhador, num primeiro momento, conflitua com os deveres laborais que nascem com o contrato de trabalho, desde logo, com o dever de lealdade⁸¹, e ainda com os direitos fundamentais do trabalhador, nomeadamente, o direito à liberdade de expressão. O trabalhador depara-se com o dilema de, cumprindo o seu dever moral (ou legal no caso dos funcionários públicos⁸²) e denunciando uma violação, quebrar o contrato de trabalho a que está adstrito e, por conseguinte, se encontrar perante um possível cenário de infrações, suscetível de instauração de procedimento disciplinar pela entidade empregadora.

O art. 10.º da CEDH, ponto de partida para a defesa do denunciante na era pré-diretiva *whistleblowing*, espelha o dilema existente quanto ao direito à liberdade de expressão e sua possível violação perante restrições. Ora, ao mesmo tempo que o art. prevê o direito à liberdade de expressão na medida “de receber ou de transmitir informações”, prevê também a possibilidade de limitação do seu exercício⁸³ mediante a prossecução de determinados fins (“a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial”).

Posto isto, os fins visados pelo art. 10.º constituem, precisamente, fins de interesse público, os quais são aspirados pelo denunciante, sendo deste modo questionável a limitação da liberdade de expressão do trabalhador que age perseguindo a defesa dos fins que tal limitação justificaria. Para mais, e como nota Júlio Gomes⁸⁴, o interesse público é *per se* inerente à liberdade de expressão do trabalhador.

⁸⁰ Moreira et al., 2019, p. 122.

⁸¹ Leitão, 2021, p. 284 integra o dever de sigilo e a boa-fé na execução do contrato nos deveres acessórios de lealdade (art. 128.º, n.º 1, al. f) do CT), invocando a confiança gerada entre as partes e o maior ou menor grau da mesma, de acordo com a posição hierárquica do trabalhador, como concretizações deste último dever referido.

Ramalho, 2020, p. 479 compreende o dever de sigilo como dever de lealdade em sentido estrito.

⁸² Art. 242.º, n.º 1, al. b) do CPP.

⁸³ Esta limitação deverá observar três exigências cumulativas, em especial, a restrição ao direito de liberdade de expressão estar prevista por lei, perseguir um objetivo legítimo (enumerados no n.º 2 do art. em causa) e ser necessária numa sociedade democrática – Yurttagül, 2021, p. 115.

⁸⁴ Gomes, 2007, p. 283.

b. Os deveres do trabalhador

Não obstante, no que toca aos deveres jurídico-laborais, a Diretiva (UE) 2019/1937⁸⁵ expressa o seu entendimento no que tange às obrigações contratuais de lealdade e de confidencialidade, no sentido de estas não poderem consubstanciar um obstáculo à denúncia que implique a divulgação de informações protegidas pelas ditas obrigações, perante a necessidade de exposição desses factos para a efetiva tutela do interesse público. O critério da necessidade de revelação dos conhecimentos tutelados pelos deveres indicados determina a não imputação de responsabilidade ao trabalhador denunciante quer ao nível civil, penal e administrativo, quer ao nível laboral.

No que toca o dever de lealdade, este constitui um dever acessório, de acordo com a distinção feita pela doutrina⁸⁶. Por isso, ao efetuar uma denúncia, o dever principal de prestação efetiva da atividade laboral, na realidade, não é afetado, ainda que o contrato de trabalho seja formado por um conjunto complexo de direitos e deveres de parte a parte (Secção VII do Título II, Capítulo I do CT).

O dever de lealdade assenta no carácter *intuitu personae*⁸⁷ da relação de trabalho⁸⁸, reforçando o vínculo contratual estabelecido entre os outorgantes. Esta característica extravasa o âmbito temporal e espacial do contrato de trabalho⁸⁹, criando a expectativa, na entidade empregadora, de que poderá confiar no trabalhador, a todo o tempo e fora do local de trabalho no que concerne, em específico, aos interesses da empresa.

A lealdade cinge-se, assim, aos valores de confiança e segurança, associando-se à boa-fé⁹⁰ no cumprimento dos deveres laborais. Deste modo, poderíamos considerar razoável que o empregador *prima facie* confiasse, de forma justificada, que o trabalhador, perante uma infração da entidade empregadora, a ignorasse visando a proteção da empresa⁹¹?

Nuno Brandão compreende que o regime de tutela do denunciante prever, expressamente, a proibição de retaliação ao nível do contrato de trabalho implica que “o dever de lealdade do trabalhador para com a entidade patronal não pode constituir

⁸⁵ Considerando 91.

⁸⁶ Ramalho, 2020, pp. 477 e 478; Leitão, 2021, p. 278.

⁸⁷ Moreira et al., 2019, pp. 116 e 177 relembra que as características pessoais do trabalhador relevam para a vida do contrato de trabalho, implicando com a sua celebração, execução e respetiva cessação devendo, por isso, os seus direitos de personalidade serem tutelados em maior grau, comparativamente com os direitos de personalidade do empregador, atendendo ao envolvimento pessoal do trabalhador na relação laboral. No mesmo sentido, Silva, 2011, p. 587.

⁸⁸ Rodrigues, 2022, p. 274; Mota, 2015, p. 49.

⁸⁹ Quintas, 2007, p. 160.

⁹⁰ Mota, 2015, pp. 53 e 56; Fernandes, 2020, p. 348; Martinez, 2022, p. 498.

⁹¹ Nem sempre demonstra ser claro se a realização da denúncia é prejudicial à empresa. Se os atos proibidos forem praticados por superior hierárquico, com desconhecimento do empregador sobre os mesmos, poderá dar-se a hipótese de o empregador conhecer os factos ilícitos através da denúncia interna, a qual permitirá que a entidade empregadora proceda internamente à resolução do problema e previna maior dano. Impondo-se a questão: em que consubstancia, afinal, o denominado “interesse da empresa” e a sua proteção?

justificação para penalizar o trabalhador no caso de este realizar uma denúncia externa.”⁹². Não obstante, é discutível se a escolha do canal de denúncia por parte do trabalhador poderá refletir a boa-fé com a qual pautou a sua denúncia e, no fundo, o grau de lealdade para com o empregador, uma vez que a denúncia através do canal interno permitirá a este último corrigir a conduta ilícita na sua origem⁹³.

Observa-se que parte da doutrina⁹⁴ (em regra, os autores que defendem a perspectiva ética da denúncia) partilha o juízo referido, ou seja, consideram que a denúncia de um trabalhador não viola qualquer dever de lealdade caso este esgote os meios internos de comunicação e resolução do ilícito em causa, acautelando os interesses do empregador e conferindo-lhe a possibilidade de suprimir os riscos existentes para o interesse público, antes de proceder externamente à sua denúncia⁹⁵.

Neste sentido, no caso *Heinisch contra Alemanha*, o TEDH entende que um dos critérios de tutela do trabalhador denunciante, à luz do dever de lealdade, é a priorização da denúncia interna em detrimento de outros meios de divulgação dos factos. Isto é, o trabalhador deve recorrer ao canal de denúncia externa apenas perante a inutilidade de exposição dos factos ilícitos ao empregador. Tal escolha terá reflexos na avaliação da legitimidade da violação do dever de lealdade⁹⁶ e, igualmente, na avaliação da proporcionalidade da restrição imposta à liberdade de expressão do trabalhador⁹⁷. Com efeito, o caso *Marchenko contra Ucrânia*, processo n.º 4063/04, de 19 de fevereiro de 2009⁹⁸ refere-se, em igual lógica, à observância do dever de sigilo no âmbito da função pública. Por isso este raciocínio parece corresponder ao do legislador europeu⁹⁹.

Michael Müller¹⁰⁰ ressalva o caso de, perante cenário análogo denunciado, internamente e em momento anterior, por outro trabalhador, nada tendo feito o empregador, ser legítimo o recurso ao canal externo pelo novo denunciante. Note-se que

⁹² Brandão, 2020, p. 111.

⁹³ Parágrafos 121 e ss, 171, 172 e 174 do Caso *Halet contra Luxemburgo* do TEDH.

⁹⁴ Gomes, 2016, p. 238; Gomes, 2007, p. 286; Mota, 2015, p. 166; Ron Latas & Lousada Arochena, 2020, p. 210.

⁹⁵ Neste âmbito, importa refletir sobre o paralelismo das circunstâncias aqui em causa com a instauração de um procedimento disciplinar ao trabalhador. Apesar do entendimento inicial do empregador de que o trabalhador cometeu uma infração suscetível de sanção disciplinar, este permite que o trabalhador se defenda através da resposta à nota de culpa e pedido de diligências probatórias, ainda que tal corresponda a um pressuposto legal a observar.

Relativamente à violação do direito da UE, o trabalhador possibilita o empregador de se defender quando toma conhecimento da denúncia através do canal interno, ora demonstrando que, na verdade, não violou qualquer disposição legal, ora corrigindo a infração cometida.

⁹⁶ Yurttagül, 2021, p. 134 comenta que, perante esta escolha de canal de denúncia, o TEDH aparenta ponderar mais o reconhecimento da boa-fé do denunciante.

⁹⁷ Parágrafos 64 e 65.

⁹⁸ Este caso refere-se a um trabalhador que procedeu à denúncia da diretora da escola onde trabalhava, na qualidade de representante sindical, e na sequência de informações que obteve por integrar o dito sindicato.

⁹⁹ Considerandos 33 e 47 da Diretiva (UE) 2019/1937.

¹⁰⁰ Müller, 2002, p. 434 *apud* Gomes, 2007, p. 286.

o dever de lealdade, assumido *inter partes*, não se deve sobrepor ao dever de denúncia, ao qual subjaz um carácter *erga omnes*¹⁰¹.

Certas relações laborais compreendem como fator essencial para a celebração do contrato de trabalho um maior grau de confiança entre as partes, “como contraponto da lealdade”¹⁰², para além da prestação da atividade profissional contratada¹⁰³. Nestes casos, verificar-se-á um dever de sigilo “reforçado”, comparativamente com o dever de sigilo imposto à generalidade dos trabalhadores (art. 128.º, n.º 1, al. f) do CT). Importaria, portanto, analisar a eventual colisão entre o dever de sigilo imposto a estes trabalhadores de maior confiança e a divulgação de factos relativos à prática de ilícitos pela entidade empregadora, atendendo à utopia de denunciar uma conduta de um superior hierárquico ou, do próprio empregador, sem colocar em causa a obrigação de confidencialidade a que o trabalhador está adstrito.

Entende-se que o dever de sigilo é violado sempre que sejam divulgadas informações relativas à empresa, que não sejam de conhecimento público, suscetíveis de gerar prejuízos à entidade empregadora¹⁰⁴. No entanto, quando se impõe averiguar se o âmbito de proteção do trabalhador denunciante abrange a responsabilidade decorrente da violação do dever de sigilo, tanto a jurisprudência¹⁰⁵ como a doutrina¹⁰⁶ tendem a sustentar que o interesse público prevalece sobre o dever de sigilo do trabalhador, ou seja, sobre os interesses do empregador tutelados por este dever. Consideramos que, apesar do carácter especial do direito da entidade empregadora aos segredos organizativos, industriais e comerciais¹⁰⁷, tal não pode preponderar sobre direitos constitucionalmente protegidos, não só do trabalhador, como da comunidade em geral.

¹⁰¹ Mota, 2015, p. 166.

¹⁰² Silva, 2011, pp. 595 e 614.

¹⁰³ “2. Como tem sido amplamente afirmado quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, ele constitui uma manifestação do princípio da boa-fé contratual no cumprimento das obrigações, variando o seu conteúdo com a natureza das funções do trabalhador; esse dever é mais acentuado quanto mais qualificadas forem as funções desempenhadas pelo trabalhador na organização técnico-laboral do empregador” – Ac. do TRL n.º 3061/03.7TTLSB.L1-4, de 08/02/2012 (relator Paula Sá Fernandes)

¹⁰⁴ Martinez, 2022, p. 506; Mota, 2015, p. 164.

¹⁰⁵ Ac. do TRC n.º 471/11.0T4 AGD.C1, de 27/09/2012 (relator Azevedo Mendes); Ac. do TRP n.º 346/11.2TTVRL.P2, de 8/10/2012 (relator Paula Leal Carvalho).

Outrossim a jurisprudência internacional, no parágrafo 144 do Caso Halet contra Luxemburgo do TEDH, processo n.º 21884/18, de 14 de fevereiro de 2023, expressa que o interesse público *per se* não é fator suficiente para justificar a inobservância do dever de confidencialidade promovida pela exposição de informações que poderão consubstanciar interesse do público, devendo atender-se a toda a conjuntura.

Por sua vez, a Diretiva (UE) 2019/1937 e a Lei que a transpõe para o ordenamento jurídico português conjugam o interesse público com a prática da infração denunciada, nos termos anteriormente assinalados, com a observância do procedimento de denúncia para legitimar a violação do dever de confidencialidade.

Para mais, o TEDH crê que a relevância do interesse público se verifica quer a informação confidencial verse sobre atos ou omissões ilícitas, quer sobre condutas que, apesar de legais, são repreensíveis (parágrafos 137 e 140). Integra ainda uma 3.ª categoria de informação que poderá ser revelada pelo *whistleblower*, a informação relativa ao funcionamento das autoridades públicas que cria um interesse na população em conhecer a dita informação, desencadeando debate sobre se esta gera ou não danos no interesse público.

¹⁰⁶ Mota, 2015, p. 165 já perfilhava este entendimento antes da legislação portuguesa relativa aos *whistleblowers*; Gomes, 2021, p. 176; Pinto, Martins & Carvalho, 1996, p. 96.

¹⁰⁷ Mota, 2015, p. 159.

Júlio Gomes refere-se a esta conjuntura, inclusive, como uma exceção que o dever de sigilo deveria conhecer, entendendo que “em uma hipótese dessas não parece que o empregador tenha sequer um interesse legítimo e digno de tutela legal no sigilo dos seus trabalhadores”¹⁰⁸.

É de evidenciar o Caso Halet contra Luxemburgo do TEDH, tendo em consideração o distinto desfecho dado pelo TEDH aquando da segunda pronúncia decisória sobre o mesmo, e o facto de se tratar de um trabalhador sujeito ao dever de sigilo contratual. Em suma, o caso versa sobre um trabalhador que entregou a um jornalista documentos, sujeitos a sigilo, pertencentes à entidade empregadora, o qual publicou esses documentos, divulgando as transações neles explanadas e os dados das entidades envolvidas, expondo a prática de ilícitos a nível fiscal.

Na decisão de 11 de maio de 2021, o TEDH observou que o denunciante não poderia beneficiar da tutela concedida pelo art. 10.º da CEDH, uma vez que não entendia em equilíbrio o interesse público em conhecer a informação divulgada e os danos sofridos pela entidade empregadora como resultado da denúncia. No que diz respeito aos documentos entregues pelo denunciante ao jornalista, o conteúdo destes, de acordo com o TEDH, não contribuiu para o debate relativo aos crimes fiscais cometidos, na medida em que não acrescentou informação relevante à anteriormente revelada¹⁰⁹ pelo jornalista, um terceiro estranho à relação laboral, num programa televisivo¹¹⁰.

Já na decisão tomada pela Grand Chambre, datada de 14 de fevereiro de 2023, o TEDH alterou o seu entendimento no sentido de que a informação divulgada, a qual permitia identificar os autores do crime, constituía interesse público tanto a nível nacional como europeu, sendo o interesse público da informação revelada de maior importância que os efeitos gerados pela dita divulgação¹¹¹. O Tribunal refere que apesar de a empregadora ter sofrido danos a nível financeiro e, possivelmente, em termos de imagem e credibilidade, estes não se sucederam a longo prazo¹¹².

Tal como indica Júlio Gomes¹¹³, é de notar a ampla perspetiva aqui atribuída ao interesse público, a qual reflete que, até que os factos ilícitos em causa sejam analisados pelas entidades competentes, poderá suceder-se a realização de diversas denúncias, ainda que constituam o mero desenvolvimento das demais.

¹⁰⁸ Gomes, 2014, p. 140.

¹⁰⁹ *A contrario*, a Diretiva não exige que a informação divulgada seja substancialmente nova para que o denunciante reúna as condições necessárias à aquisição da tutela, passando a redundância, de denunciante. A Diretiva, no Considerando 43, apenas exclui a proteção de “pessoas que comunicam informações que já são plenamente da esfera pública, ou rumores não fundamentados e boatos”.

¹¹⁰ Parágrafos 94 e ss.

¹¹¹ Parágrafos 191, 192 e 202.

¹¹² Parágrafo 194.

¹¹³ Gomes, 2023, pp. 12 e 13.

O TEDH destaca que o trabalhador *in casu* encontrava-se vinculado a um dever de sigilo, para além do dever de lealdade inerente a qualquer relação laboral¹¹⁴. No entanto, concluiu pela violação do art. 10.º da CEDH, considerando que a limitação do direito à liberdade de expressão do denunciante não observava o requisito de necessidade de interferir no exercício do direito à liberdade de expressão numa sociedade democrática¹¹⁵.

c. A veracidade da denúncia e a tutela do trabalhador

A atribuição/imputação de um determinado facto a outrem poderá consubstanciar a lesão da honra, dignidade ou imagem do mesmo¹¹⁶. Destarte, é frequente que a denúncia de um facto gere a queixa de difamação (art. 180.º do CP) pelo denunciado quanto ao denunciante. No entanto, o n.º 2 do art. referido prevê que a conduta não é punível quando a imputação visa a realização de interesses legítimos e o agente prove a verdade da mesma imputação ou que tinha fundamento sério para, em boa-fé, a reputar verdadeira.

A regulação do *whistleblowing* reflete que, quando a entidade empregadora danifica, ou está em vias de danificar, o interesse público, a conduta violadora dos deveres laborais do trabalhador para com o empregador é justificável e aceitável pela prossecução do interesse público. Porém, a veracidade das informações é crucial para a determinação da proteção do trabalhador¹¹⁷, sendo expectável que o denunciante a verifique, dentro da conjuntura possível, antes de proceder à denúncia. Afinal, a liberdade de expressão comporta, exatamente, a responsabilidade da exteriorização do pensamento, acarreta deveres (art. 10.º, n.º 2 da CEDH) como a verificação da veracidade das informações comunicadas¹¹⁸.

O Ac. do TRP n.º 346/11.2TTVRL.P2, de 8/10/2012 (relator Paula Leal Carvalho) revela que, antes da Diretiva (UE) 2019/1937, o ordenamento jurídico português não se bastava com a crença do trabalhador na veracidade dos factos, devendo prová-la e, deste modo, “prevenir” a instauração de um procedimento disciplinar. Não obstante, a Lei n.º 93/2021 apenas exige que o denunciante tenha “fundamento sério para crer que as informações são, no momento da denúncia ou da divulgação pública, verdadeiras”¹¹⁹.

¹¹⁴ Parágrafo 202.

¹¹⁵ Parágrafos 206 e 207.

¹¹⁶ Realce-se o Ac. do STJ n.º 03S2731, de 03/03/2004 (relator Vítor Mesquita), o qual versa sobre um caso de denúncia em que, após o trabalhador proceder à denúncia interna de ilegalidades cometidas pela entidade empregadora e esta nada fazer, recorre a órgãos com competência de investigação como o Provedor de Justiça para expor, externamente, os ilícitos praticados. O STJ qualifica como abusiva a sanção disciplinar aplicada ao trabalhador, entendendo que a afetação da imagem e do bom nome da empresa foi originada pela própria entidade empregadora, desresponsabilizando o trabalhador denunciante.

¹¹⁷ Gomes, 2014, pp. 128 e 130; Mota, 2015, pp. 164 e 166.

¹¹⁸ Parágrafo 67 do Caso Heinisch contra Alemanha e parágrafo 75 do caso Guja contra Moldávia n.º 1.

¹¹⁹ Art. 6.º, n.º 1.

A limitação do direito à liberdade de expressão do n.º 2 do art. 10.º da CEDH é justificada pelo alcance de um fim de interesse público. No caso da aplicação de um procedimento disciplinar a um trabalhador devido à realização de uma denúncia verifica-se, precisamente, a situação contrária, ou seja, restringe-se e condena-se o exercício da liberdade de expressão do trabalhador quando a sua conduta visava o interesse da comunidade.

É inequívoco que a denúncia dotada de falsidade constituirá *per se* uma violação do dever de lealdade, suscetível de instauração de procedimento disciplinar¹²⁰. Não seria, aliás, defensável a proteção da liberdade de expressão do trabalhador denunciante, uma vez que o pensamento falso não integra a liberdade de expressão¹²¹. Já a denúncia difamatória, ainda que realizada dolosamente para prejuízo do empregador, desde que verdadeira, não consubstancia uma infração disciplinar¹²².

A Lei n.º 93/2021 apenas refere a comunicação de informações falsas, no art. 27.º, relativo às contraordenações e coimas, punindo a conduta referida com coima, visando indemnizar os danos resultantes da denúncia para o empregador¹²³. No entanto, fazendo uma leitura conjugada deste diploma legal com o CT (arts. 98.º e 328.º e ss.) constatamos que, nesta conjuntura, o empregador poderá exercer o poder disciplinar.

Com efeito, e como anteriormente notado, a Diretiva e a Lei portuguesa desviam-se da jurisprudência do TEDH¹²⁴ quanto à valorização do motivo de denúncia, a qual considera a denúncia motivada como critério de tutela do trabalhador denunciante, fazendo deste ponto depender a atuação de boa-fé do mesmo. Por outro lado, a Diretiva (art. 6.º, n.º 1, al. a)) e a Lei (art. 6.º, n.º 1) valorizam a veracidade dos factos em detrimento das razões da denúncia¹²⁵⁻¹²⁶.

¹²⁰ Gomes, 2007, pp. 287 e 288; Pinheiro, 2020, pp. 104 e 105.

¹²¹ Vide a anotação de José de Melo Alexandrino ao art. 37.º da CRP – Miranda & Medeiros, 2017), p. 615. Os autores observam ainda (p. 260), quanto ao art. 18.º e à liberdade de expressão que esta liberdade sofre “os limites que decorrem das necessidades impostas por uma convivência social ordenada”.

¹²² Ver bibliografia já citada nas notas 50, 51 e 103.

¹²³ Art. 23.º, n.º 2 da Diretiva (UE) 2019/1937.

¹²⁴ Parágrafos 82 e ss. do Caso Heinisch contra Alemanha; parágrafos 92 e ss. do Guja contra Moldávia n.º 1.

¹²⁵ Gomes, 2019, pp. 1768 e 1769.

¹²⁶ Ponto mais bem desenvolvido no Capítulo II. a.

Conclusão

Quando o trabalhador conhece a prática de uma infração por parte do empregador e dispõe os pratos na balança, impõe-se-lhe que pese o interesse público e os seus direitos como cidadão e contrabalance o mesmo com os deveres a que está vinculado pelo contrato de trabalho. Um só cidadão, no fundo, terá de avaliar os interesses de toda a sociedade em contraste com os interesses do seu círculo diário mais próximo, ou seja, os interesses do seu superior hierárquico, da entidade empregadora, dos trabalhadores que, consigo, prestam atividade na empresa e todos os sujeitos envolvidos na teia laboral e empresarial. Parece-nos um juízo complexo para um cidadão, mas a Diretiva (UE) 2019/1937 e a Lei n.º 93/2021, que a transpôs, auxiliam, ainda que parcialmente, a solucionar a questão.

Os elementos legais analisados nesta tese deixam, contudo, algumas pontas soltas, as quais serão objeto de interpretações, debates e ilações pelos juristas e leigos. As divergências existentes entre a Diretiva e a jurisprudência do TEDH refletem, inclusive, as distintas posições que poderão ser tomadas quanto à matéria de tutela do *whistleblower*.

O presente trabalho de investigação visou, exatamente, expor e clarificar a transposição da Diretiva (UE) 2019/1937 para o ordenamento jurídico português, pretendendo dar o seu contributo no que toca, nomeadamente, ao debate relativo ao conceito de “denunciante” e ao confronto em que os direitos de personalidade se encontram com os deveres laborais aquando da exposição de uma denúncia. Contudo, o poder disciplinar do empregador, no caso de instauração de procedimento disciplinar contra trabalhador denunciante, por motivo distinto da denúncia, nomeadamente, quanto à questão da prova de que o procedimento *per se* não se deve à realização de denúncia, é ainda uma questão de necessária análise, tal como o desenvolvimento de determinados pontos que fomos referindo ao longo deste escrito.

Apesar da complexidade dogmática associada à proteção do trabalhador denunciante, a investigação realizada na sequência do estudo deste tema permite-nos concluir, entre outras ilações, pela não qualificação da consulta aos representantes sindicais e representantes dos trabalhadores pelo trabalhador como denúncia, ainda que a Lei n.º 93/2021 lhes reconheça, nesta sequência de conhecimento do ilícito, proteção semelhante à dos denunciantes, e que os conflitos que explanámos ao longo deste estudo,

de direitos fundamentais e destes direitos com determinados deveres dos trabalhadores, apenas serão esclarecidos atendendo às condições específicas de cada conjuntura. Tal análise casuística é exigida pela dificuldade inerente a estes conflitos, no entanto, existe uma tendência lógica para o interesse público primar sobre o dever de sigilo.

Felicita-se, assim, a preocupação do legislador em abranger um vasto grupo de pessoas no conceito de denunciante e, por conseguinte, na tutela que o referido estatuto comporta. Contudo, a preocupação do legislador português não se deveria ter atenuado neste ponto, aqui recordando o não alargamento do âmbito de aplicação material da Diretiva a outras matérias laborais. Para mais, importa mencionar que se encontra numa zona cinzenta (e de escasso debate doutrinal) a possibilidade de o destinatário da denúncia, nomeadamente, os *media*, serem considerados denunciante para efeitos de tutela.

Nesta sequência, assinala-se a importância da proibição da retaliação pelo empregador, visando a defesa dos direitos do trabalhador enquanto cidadão e, no fundo, a proteção do interesse público em si. Porém, relativamente às medidas de proteção, a reintegração do trabalhador é um tema a esclarecer pelo legislador.

De mais a mais, a escolha do canal de denúncia interna parece tornar menos provável a qualificação de uma conduta do trabalhador como ilícita caso, no fim do procedimento de denúncia, se conclua que o trabalhador não procedeu à informação de um ilícito, mas, por exemplo, à divulgação de segredos comerciais que não consubstanciam quaisquer inconformidades legais. O reflexo da seleção do canal de denúncia no dever de lealdade do trabalhador para com a entidade empregadora é também um ponto interessante, não sendo o seu sentido tão claro como aparenta, pois convenhamos que perante um empregador que entenda como fulcral a lealdade *inter partes* na relação laboral, quer face a uma denúncia interna, quer tomando conhecimento da mesma através de distinto meio, poderá interpretá-la como uma ofensa à sua pessoa e entender como violado o dever de lealdade.

Na verdade, a reação do empregador será sempre imprevisível para o trabalhador que pautou todo o seu percurso perante a entidade empregadora à luz do dever de lealdade, conforme os interesses do empregador e, por fim, age em sentido contrário a este. É, portanto, essencial que a consideração de um trabalhador como denunciante seja criteriosa e a proteção a si reconhecida assegurada.

A criação do estatuto de denunciante analisado afigura-se como um marco essencial para a tutela dos trabalhadores, não desfazendo, contudo, os juslaboralistas, insatisfeitos por natureza, ambiciosos por um mundo laboral com melhores condições de trabalho.

Bibliografia

- ABAZI, V. (2020). The European Union Whistleblower Directive: A “game changer” for whistleblowing protection? *Industrial Law Journal*, vol. 49, no. 4, pp. 640-656.
- ALVES, L.T. (2021). *Whistleblowing: La tutela del trabajador denunciante en Portugal. Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, pp. 259-287.
- AMADO, J.L., ROUXINOL, M.S., VICENTE, J.N., SANTOS, C.G. & MOREIRA, T.C. (2019). *Direito do trabalho – Relação individual*. Coimbra: Almedina.
- BRANDÃO, N. (2020). O *whistleblowing* no ordenamento jurídico português. *Revista do Ministério Público*, n.º 161, pp. 99-113.
- CARO CATALÁN, J. (2021). La Directiva “Whistleblowing”: Aspectos clave de su transposición al ordenamiento jurídico español. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, pp. 2155-2200.
- CORDEIRO, A.M. (1999). A liberdade de expressão do trabalhador. In *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho: Memórias*, pp. 21-43. Coimbra: Almedina.
- DRAY, G.M. (2015). *O princípio da proteção do trabalhador*. Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, A.M. (2020). *Direito do trabalho*, 20.^a ed. Coimbra: Almedina.
- GARCÍA-MORENO, B. (2020). *Del whistleblower al alertador: La regulación europea de los canales de denuncia*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GOMES, J.M.V. (2007). *Direito do trabalho: Volume I – Relações individuais de trabalho*. Coimbra Editora.
- GOMES, J.M.V. (2014). Um direito de alerta cívico do trabalhador subordinado (ou a proteção laboral do *whistleblower*). *Revista de Direitos e de Estudos Sociais*.
- GOMES, J.M.V. (2016). Portugal: The protection of the whistleblower from the perspective of a country without specific legislation. In *Whistleblowing – A comparative study*, pp. 235-242. Springer.
- GOMES, J.M.V. (2019). Liberdade de expressão do trabalhador subordinado. In *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. II, pp. 1740-1772. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- GOMES, J.M.V. (2021). Algumas observações sobre a diretiva (UE) 2019/1937 e a lei n.º 93/2021. *Prontuário Direito do Trabalho*, n.º 2, pp. 151-193.
- GOMES, J.M.V. (2023). Notas críticas sobre a jurisprudência mais recente do TEDH em matéria de tutela do denunciante (*whistleblower*). *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, n.º 4, pp. 1-13.
- LEITÃO, L.M. (2021). *Direito do trabalho*, 7.^a ed. Coimbra: Almedina.
- LEITE, J. (2011). Liberdade de expressão, infração disciplinar e justa causa de despedimento. *Questões Laborais*, n.º 37, pp. 145-167.

- LOURENÇO, R.S. (2019). Aprender a denunciar na era da técnica: O *whistleblowing* e o impacto da sua consagração legal para as organizações e relações de trabalho. *Revista do CEJ*, n.º 2, pp. 181-189.
- MARTINEZ, P.R. (2022). *Direito do trabalho*, 10.ª ed. Coimbra: Almedina.
- MARTINEZ, P.R., MONTEIRO, L.M., VASCONCELOS, J., BRITO, P.M., DRAY, G.M. & SILVA, L.G. (2020). *Código do Trabalho anotado*, 13.ª ed. Coimbra: Almedina.
- MIRANDA, J. & MEDEIROS, R. (2017). *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 2.ª ed. Universidade Católica Editora.
- MOTA, L. (2015). *O dever de lealdade do trabalhador após a cessação do contrato de trabalho*. Coimbra: Almedina.
- MÜLLER, M. (2002). *Whistleblowing – ein Kündigungsgrund?* NZA.
- PINHEIRO, P.S. (2020). O *whistleblowing* em Portugal – algumas questões disciplinares no âmbito do direito do trabalho. *Revista de Estudos Laborais*, vol. 3, pp. 95-109.
- PINTO, M., MARTINS, P.F. & CARVALHO, A.N. (1996). *Glossário de direito do trabalho e relações industriais*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- QUINTAS, P.C. (2007). O direito à palavra no mundo do trabalho: Liberdade de expressão ou delito de opinião? *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 76-78, pp. 121-169.
- RAMALHO, M.R.P. (2019). *Tratado de direito do trabalho: Parte II – situações laborais individuais*, 7.ª ed. Coimbra: Almedina.
- RAMALHO, M.R.P. (2020). *Tratado de direito do trabalho: Parte I – Dogmática geral*, 5.ª ed. Coimbra: Almedina.
- RODRIGUES, A.A. (2022). *O regime de proteção dos denunciantes (whistleblowers)*. Coimbra: Almedina.
- RON LATAS, R.P. & LOUSADA AROCHENA, J.F. (2020). Libertad de expresión en el trabajo y represalias por denunciar irregularidades. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 24, pp. 192-212.
- ROZIÉRE, V. (abril de 2018). *Whistleblower protections: A guide*. International Bar Association – Legal Policy & Research Unit and Legal Practice Division. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=a8bacoa9-ea7e-472d-a48e-ee76cb3cdef8>.
- SERENO, S. (2022). Discriminations dans l’emploi: Le défenseur des droits au milieu du gué. *Revue de Droit du Travail*, n.º 5, pp. 311-316.
- SILVA, R.C. (2011). Dever de lealdade do trabalhador e níveis de gestão. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. 3, pp. 581-615. Coimbra: Almedina.
- STOLOWY, N. & STOLOWY, H. (2022). Name and shame: A comparative and international analysis of whistleblowing laws. *Journal of Business Law*, no. 5, pp. 357-382.
- STOLOWY, N., PAUGAM, L. & LONDERO, A. (2019). The whistleblower: An important person in corporate life? An answer from comparative law. *Journal of Business Law*, no. 3, pp. 167-184.

- THÜSING, G. & FORST, G. (2016). Whistleblowing around the world: A comparative analysis of whistleblowing in 23 countries. In *Whistleblowing – A comparative study*, pp. 3-30. Springer.
- Villoria Mendieta, M. (2021). Un análisis de la Directiva (UE) 2019/1937 desde la ética pública y los retos de la implementación. *Revista Española de la Transparencia*, n.º 12, pp. 15-24.
- Working Group of the International Bar Association's Legal Practice Division and Legal Policy and Research Unit (abril de 2018). *Whistleblower protections: A guide*. International Bar Association.
- Yurttagül, H.C.L. (2021). *Whistleblower protection by the Council of Europe, the European Court of Human Rights and the European Union: An emerging consensus*. Springer.

Jurisprudência

Portugal

- Ac. do TRP n.º 346/11.2TTVRL.P2, de 8/10/2012 (relator Paula Leal Carvalho)
- Ac. do TRC n.º 471/11.0T4 AGD.C1, de 27/09/2012 (relator Azevedo Mendes)
- Ac. do TRL n.º 3061/03.7TTLSB.L1-4, de 08/02/2012 (relator Paula Sá Fernandes)
- Ac. do STJ n.º 03S2731, de 03/03/2004 (relator Vítor Mesquita)

TEDH

- Caso Halet contra Luxemburgo do TEDH, processo n.º 21884/18, de 14 de fevereiro de 2023
- Caso Guja contra Moldávia n.º 2 do TEDH, n.º 1985/10, de 27 de fevereiro de 2018
- Caso Heinisch contra Alemanha, processo n.º 28274/08, de 21 de julho de 2011
- Caso Marchenko contra Ucrânia, processo n.º 4063/04, de 19 de fevereiro de 2009
- Caso Guja contra Moldávia n.º 1 do TEDH, processo n.º 14277/04, de 12 de fevereiro de 2008

Legislação

Código Civil

Código de Processo Penal

Código do Procedimento Administrativo;

Código do Trabalho

Código Penal

Constituição da República Portuguesa

Convenção contra a Corrupção

Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Convenção n.º 158 da OIT

Decreto-Lei n.º 212/75, de 21 de abril

Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2019

Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2015

Diretiva 2009/16/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009
Diretiva 89/391/CEE do Conselho, de 12 de junho de 1989
Diretiva de Execução (UE) 2015/2392 da Comissão de 17 de dezembro de 2015
False Claims Act de 1863
Lei n.º 13/2023, de 3 de abril
Lei n.º 93/2021, de 20 de dezembro
Lei n.º 19/2008, de 21 de abril
Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro
Loi n.º 2016-1691 du 9 décembre 2016
Loi organique n.º 2022-400 du 21 mars 2022
Loi organique n.º 2022-401 du 21 mars 2022
Regulamento (UE) n.º 596/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho
Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

Outros documentos

Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º PGRP00000977

Non-State Armed Groups and the Yemen War

Marta Maria Ferreira Gomes Lopes Genésio

Sob a orientação do Professor
Doutor José Alberto de Azeredo Ferreira Lopes

Ao meu avô Genésio

“You don’t understand that I am sitting on a nest of snakes and scorpions, and
you will see what happens once I am gone.”

Ali Abdullah Saleh

Acknowledgements

À minha família pelo apoio incondicional, por toda a dedicação, por acreditarem sempre em mim.

Aos meus pais, um agradecimento especial por todos os esforços que fizeram, por me terem sempre dado a mão e por serem os meus melhores amigos, nunca terei palavra suficientes para demonstrar a gratidão que lhes tenho. Aos meus irmãos, que são as minhas maiores dores de cabeça, mas que estão sempre presentes. Aos meus avós e padrinhos, cujo apoio incondicional foi sempre uma constante na minha vida

Ao Eduardo, por ser a pessoa que diariamente lida comigo com a maior paciência e me apoia incondicionalmente. Às minhas amigas, de Bragança ao Porto, obrigada por caminharem comigo nesta viagem, partilhando sempre as minhas alegrias e ajudando-me sempre nos meus problemas.

Um agradecimento a todos os professores que cruzaram o meu caminho e me ajudaram em tudo, sobretudo aos professores do Mestrado de Direito Internacional e Europeu. Um agradecimento especial ao professor Nuno Pinheiro Torres que sem ser meu orientador me ajudou sempre que precisei.

Ao professor José Azeredo Lopes, por ter sido um mentor e por ter fomentado, desde a licenciatura até ao meu mestrado, o meu pensamento crítico e a minha forma de olhar para o mundo. Poucos professores nos marcam como ele marca todos os seus alunos.

E, sobretudo, ao meu avô Genésio, cujo maior desejo era ver-me no exato momento em que estou.

Abstract

The aim of this study is to examine the presence of non-state armed groups during internal and international armed conflicts. The focus of this dissertation is to find a definition of non-state armed groups and apply it to the Houthis as part of the Yemeni conflict in order to understand the role that these groups can achieve in a real conflict.

We chose to study the case of Yemen because it involves both state and non-state actors, making its analysis complex. Initially, it was an internal conflict, but it has become international in nature.

Throughout this study, we will conduct a structural analysis of the conflict in order to understand the role of each of the parties involved and the eventual outcome of the conflict.

Keywords: Non-State armed groups; internationalization of the conflict; Yemen.

Resumo

Este estudo visa examinar a presença de grupos armados não estaduais durante conflitos armados internos e internacionais. O foco desta tese é encontrar uma definição destes grupos e aplicá-la aos Houthis como parte do conflito iemenita, a fim de compreender o papel que estes grupos podem alcançar num conflito real.

Escolhemos estudar o caso do Iémen porque se trata de um conflito que envolve tanto atores estaduais como não estaduais, o que torna a sua análise complexa, uma vez que um conflito que inicialmente seria interno se torna internacional.

Ao longo desta tese, faremos uma análise estrutural do conflito de modo a compreender o papel de cada uma das partes envolvidas e o seu destino.

Palavras-chave: Grupos armados não estaduais; internacionalização dos conflitos; Iémen.

List of abbreviations

AP II	Additional Protocol II
AQAP	Al Qaeda in the Arabian Peninsula
GCC	Gulf Cooperation Council
HRC	UN Human Rights Council
ICC	International Criminal Court
ICJ	International Court of Justice
ICRC	International Review of the Red Cross
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
IH	International Law
IHL	International Humanitarian Law
IHRL	International Human Rights Law
NIAC	Non-International Armed Conflicts
NSAGs	Non-State Armed Groups
SC	United Nations Security Council
STC	Southern Transitional Council
UN	United Nations

Contents

Introduction	8
1. The Yemen Conflict	9
1.1 Yemen's Conflict: a historical background	11
1.2 The actors of the conflict	18
a. Non-State Armed Groups	19
• The Houthis	23
• Transnational Armed Groups in Yemen	27
b. External actors	30
• Saudi Arabia	30
• Iran	31
2. The internationalisation of the conflict	33
3. The United Nations and the Conflict	37
4. A Proxy-war?	38
Conclusion	41
Bibliography	42
Jurisprudence	44
Case-Law	45

Introduction

The current dynamics of armed conflicts is characterised by the existence of a wide variety of actors, both state and non-state ones. Since international law was designed for states, the presence of a diverse range of these groups in armed conflicts today highlights the uncertainty of the future and the need for international law to adapt to changing circumstances.

We have chosen to focus our analysis on the side of non-state actors that are increasingly gaining an important place in the international sphere, contributing to the intensification of various conflicts. However, discussing non-state armed groups (NSAGs) is not a new topic. In fact, states and NSAGs have always coexisted. If we look at areas of central Africa, southeast and central Asia, and the Middle East, we realize that armed groups and conflicts involving them have always existed.

According to the International Review of the Red Cross (ICRC), “Worldwide, around 600 armed groups can cause violence of humanitarian concern – and more than 100 of those can, as a matter of international humanitarian law, be considered parties to armed conflicts”³¹⁸¹. Despite this, the place occupied by these groups in international law remains unclear, as no definition is provided in the treaties³¹⁸². In addition to this lack of regulation, the law applicable to these groups is not very comprehensive and falls mostly under the rules that apply to non-international armed conflicts (NIAC).

In this sense, establishing the definition of a NSAG is fundamental because, once a group is classified as such, the International Humanitarian Law (IHL) of NIAC applies, and, because of that, certain violations are prosecutable. Throughout this dissertation, we aim to reach said definition, so that, in a real conflict, we can understand what type of group is at stake, what their characteristics are, and what implications they have. We will use the case study of Yemen for this purpose.

The Middle East is a region with complex geopolitical dynamics. The idea of state authority in the region has been questioned because of its widespread fragility. Many Arab nations have borders, tax systems, and electoral processes, but they lack the fundamental characteristics of resilient states, such as a cohesive national identity. As a result, places like Iraq, Syria, and Yemen are facing different internal conflicts that are intensified by the proliferation of armed groups and the internationalization of conflicts, which have led to some of the world’s worst humanitarian crises with the displacement of millions of people, collapsing economies, and above all, giving space to non-state actors to grow.

³¹⁸¹ ICRC, 2022, Non-State armed groups.

³¹⁸² “Humanitarian treaty law does not regulate in sufficient detail a large proportion of today’s armed conflicts” (Henckaerts, 2005, p. 178).

We chose the Yemen case because of its complexity: we have prolonged conflicts, disease outbreaks, and the lack of food and health services, making this country a place with a deep humanitarian crisis. Hundreds of thousands of refugees have migrated to other countries, and children have been recruited as child soldiers, which has put the lives of many more in danger. Furthermore, it is a conflict in which several non-state and state actors are involved, with the particularity that one of its main actors is a non-state armed group.

Due to its complexity and multifaceted nature, Yemen is often described as one of the worst humanitarian crises in the world. However, there is relatively little discussion about this conflict compared to the situation in Syria and other conflict-ridden territories.

In this sense, this study will analyse the situation in Yemen today, its actors, and to what extent non-state actors manage to be “the other party” to the conflict. As regards the Yemen case, our goal is to understand what NSAGs are, their characteristics, and to what extent these can be considered parties to conflicts and, therefore, be governed by international law rules and subject to obligations.

The analysis of the situation in Yemen today must consider Yemen’s historical division. Since the beginning of its history, Yemen has been divided into territorial and political control areas, with each territory having its leadership structure, internal politics, and external supporters. Consequently, Yemen presents a set of mini-states engaged in a complex conflict. Adding to this fragmentation is the fact that Yemen serves as a stage for third states’ actions, increasing the crisis. A conflict that would otherwise be internal takes on another dimension due to the presence of third states. This raises the question: To what extent is the intervention of these states legitimate in the light of the UN Charter, which establishes the principle of territorial sovereignty?

We intend to analyse the dynamics of the Yemeni conflict and understand what makes this conflict so complex. Are we facing an international conflict where one side is a non-state armed group? How does a non-state actor manage to take a position in a conflict like the one reached by the Houthis? Will Yemen remain in conflict, or will there be an end to what they say is a conflict with no apparent end?

The Yemen conflict

Yemen has gone from being the heart of ancient Arabia to one of the poorest countries in the Middle East and has been turned apart by war. There is no period in Yemen’s past since 1960 that has not seen violent conflicts or civil insurrections. Indeed, Yemen’s current war resulted from a series of events that occurred one after the other.

According to the UN, the conflict in Yemen is one of the most serious humanitarian crises in the world: Yemeni civilians have suffered overwhelming losses and suffered the worst aspects of conflicts. Even so, it remains a conflict that is barely talked about in the international sphere.

Although Yemen is often considered a peripheral country, it is central to the dynamics of the Arabian Peninsula and the Persian Gulf, situated at the crossroads of three regions: the Gulf, Africa, and Asia, and connected to the Red Sea. Due to its geographical location, Yemen is a natural geopolitical platform attracting a variety of international actors, and it has always been the stage for a wide range of conflicts.

The current conflict in Yemen involves two clear parties: the internationally recognised government of Yemen, supported by Saudi Arabia, on one side, and the non-state armed group Houthis, supported by Iran, on the other. Understanding the dynamics of the conflict and why third states have intervened is fundamental for understanding the legitimacy of those interventions and how they intensify the conflict and enable non-state actors to develop. By examining the background of the conflict, we will try to understand how a non-state actor manages to develop and intervene directly in the war as a party.

Yemen Data Project has reported that since 2015 more than 25 000 airstrikes have been launched in Yemen, killing or injuring more than 19 000 civilians. In 2022 alone, over 400 civilians were injured, indicating that living in a country where citizens are subjected to an average of ten airstrikes per day causes them to live in constant fear.

In its 36th session³¹⁸³, The UN Human Rights Council (HRC) recognized that the population of Yemen is the main victim of the conflict, where all parties involved commit acts against IHL obligations and Human Rights with impunity, namely “grave violations against children, attacks on humanitarian workers, civilians and civilian infrastructure, including medical facilities and missions and its personnel, as well as schools”. The direct consequence is that 80% of the population needs some sort of humanitarian assistance, and, according to UNICEF, the conflict has left almost 4 million people, including 2 million children, internally displaced, in addition to 422 000 migrants and asylum seekers³¹⁸⁴.

In this chapter, we will analyse the presence of NSAGs in Yemen, as well as the intervention of foreign states. To this end, we will provide different angles to analyse the conflict, including the character of violence, the type of conflict, and an actor-based analysis that discusses the characteristics of the conflict.

³¹⁸³ Whose purpose was to examine HR and other IL violations in Yemen (36th session of the Human Rights Council, 2017).

³¹⁸⁴ UNICEF, 2020.

Yemen's conflict: A historical background

To better understand what is happening in Yemen, it is necessary to set out the background that led to the present conflict.

If we look at the 1960s, Yemen was the scene of a civil war that ran from 1962 to 1968. At that time, northern Yemen³¹⁸⁵ was ruled by a theocracy, the Imams, religious leaders belonging to the Zaidiyyah branch of Shia Islam. Their legitimacy was based on the descent of the Islamic prophet Muhammad³¹⁸⁶. Since the northern highlands were under the control of the Imams and the richer Sunni midlands were exploited by them, an Arab Nationalist Movement called "Free Yemenis" emerged in 1962 to launch a full-scale conflict with the Imams and change the situation.

The conflict was opposed on one side by the Yemeni republican forces with the support of Egypt (supported by the Soviet Union and Eastern Europe) and the Imam's, who were backed by Saudi Arabia³¹⁸⁷ and Jordan (supported by the United States and the United Kingdom) and persisted until the end of the decade, when the republican forces emerged victorious.

Despite the Republicans' victory, Yemen did not progress to a better time, as traditional northern highlands tribal leaders retained positions of power and influence in the new regime. However, some differences were felt, since during the first decade of republican rule the midlands population thrived with the Shafi'i business community formed local cooperative organizations and started running its own affairs.

This civil war resulted in an informal balance of power between the highlands' elites and the lowlands' merchant class. In 1978, Ali Abdullah Saleh became president, and the rough balance between highlands and lowlands' interests emerged. President Saleh reintroduced an exploitative taxation system with the citizens in the midlands region being taxed at a rate roughly double that of the highlands population³¹⁸⁸. Saleh's regime was characterized by corruption, the narrow control of the political and commercial elite, the weakening of the central government's authority, escalating economic troubles, and widespread poverty.

After the civil war, the path towards the unification of Yemen began. Yemen's territory was divided into 2 parts since the early 20th century: North and South Yemen. It was only in December 1989 that the respective leaders of each part met and prepared

³¹⁸⁵ North Yemen was a state that existed in the northwestern part of what is now Yemen between 1918 and 1962. Following the fall of the Ottoman Empire, Imam Yahya Muhammad of the al-Qassimi dynasty declared northern Yemen an independent sovereign state on 30 October 1918 (Britannica website).

³¹⁸⁶ Feierstein, 2019, pp. 2-4.

³¹⁸⁷ The Saudis backed the Zaydi Shi'a Imamate primarily because they saw Egypt's republican revolution as a threat to their domestic interests. *Ibidem*, p. 20.

³¹⁸⁸ *Ibidem*, pp. 4-5.

a final unification agreement which was concluded on May 22nd, 1990, when North and South Yemen officially unified to become the Republic of Yemen.

Although the unification intended to make the republic of Yemen a whole, the opposite was true: the presidents of the former north and south could not see eye to eye and President Saleh did not comply with the unification agreement: the 50/50 leadership did not take place and the number of southerners in the government was very small, with the northerners prevailing in power. This division led to southerners seeking independence from the country, resulting in widespread clashes. The tension culminated in a full-scale civil war in 1993, which lasted for several years and ended with the defeat of the South.

Many unresolved issues from the 1960s republican revolution and its aftermath, particularly during Saleh's rule, contributed to the emergence of a group of Zaydi Shi'a under the leadership of Bakr al-Din al-Houthi, which later became the Houthis. Between June 2004 and February 2010, six conflicts emerged as a result. At this point, the Houthis began to emerge as a rebel group whose ideology was to end what they saw as Saudi-backed efforts to marginalize Zaydi communities. Although they did not have the level of organization and military capacity they do now, they were a group of people participating in an insurrection against the legitimate government, still exhibiting a low level of violence and causing few problems for the enemy state.

The conflict in Yemen returned in 2011, during the so-called "Arabic Spring", when Yemenis took to the streets of the country's main cities, demanding for President Saleh to resign after more than 30 years in power. The growing discontent and the increase in conflicts related to Saleh's system of corruption led to Yemen's transition plan, which was aided by the Gulf Cooperation Council (GCC)³¹⁸⁹.

In Yemen's transition plan, President Saleh signed up an agreement to step down from power but was guaranteed immunity from prosecution for any actions committed during his tenure. The transition agreement called for acting Vice-President Abd Rabbu Mansour al-Hadi to take over as president. Additionally, all political parties in Yemen agreed to hold a National Dialogue Conference (NDC) to draft a new constitution.

In 2011, the Security Council (SC) adopted Resolution 2014³¹⁹⁰, supporting the GCC's efforts to resolve the political crisis in Yemen and reaffirming its belief that signing and implementing a settlement agreement based on the GCC initiative was critical for an

³¹⁸⁹ Established in May 1981, the GCC consists of a political and economic alliance of six Middle Eastern countries – Saudi Arabia, Kuwait, United Arab Emirates, Qatar, Bahrain, and Oman. The main objectives of this community are to create unity among its members, as the six countries share common goals and have similar political and cultural identities, rooted in Arab and Islamic cultures.

³¹⁹⁰ See Security Council Resolution, 2014.

inclusive, orderly, and Yemeni-led political transition process³¹⁹¹. This resolution was one of the most significant in the context of the conflict, covering several points, including terrorist groups, the Yemeni government, human rights violations, and use of child soldiers. The SC established a Security Council in Yemen and a Panel of 4 Experts (“Panel of Experts”) responsible to investigate the violations and the individuals responsible for those violations.

Despite the efforts of the GCC and the UN to establish a transitional process for Yemen, it had several defects: Salih was permitted to remain in Yemen in a position of power; the Houthis and the Southern Movement were barred from joining the coalition government and were under-represented, and the new government decided to make changes, one of the most important being the cut of the fuel subsidies in June 2014.

Following those events, a wave of protests began, which led to a political crisis that culminated with the Houthis taking control of capital Sana’a³¹⁹² with the support of military tribal groups loyal to former president Saleh³¹⁹³. The Houthis used their militias to seize control of key city institutions, installed their own people in major institutions, and created their own constitution. At this point, we see an advance in the organisation and military capacity of this group.

So, by the year 2014, Yemen’s military was divided between Hadi, the current president, and Saleh, the former president. This situation was further complicated by the presence of other groups who exploited the division to expand their influence in Yemen, namely AQAP and ISIS, non-state actors that highlight the need to address the existence of transnational armed groups capable of establishing themselves in multiple states simultaneously.

A month after seizing control of Sanaa, the Houthis seized Hodeidah, Yemen’s main cargo port. Controlling Hodeidah was critical for the Houthis for several reasons: it provides access to the Red Sea for the mostly landlocked northern Houthi-controlled areas, and it is important for resupplying Sanaa, which is located 25 miles south of the Ras Isa floating terminal, an exporting oil terminal.

Due to the unstable climate, to improve the situation in the country, the government signed an UN-brokered peace agreement with the Houthis³¹⁹⁴: The Peace

³¹⁹¹ Also, in resolution 2051 the SC reaffirms this need for the parties to implement Yemen’s Political Transition Agreement.

³¹⁹² It should be noted that before the Houthi takeover of Sana’a, the SC had adopted another resolution (see Security Council Resolution 2140) setting out several steps to be taken for a successful transition process in Yemen. Among these steps was the adoption of a new constitution, the drafting and adoption of a new electoral process coinciding with the new constitution, and the transition from a unitary to a federal state.

³¹⁹³ See International Commission of Jurists, 2018; Geneva Academy, 2017.

³¹⁹⁴ In Security Council Resolution 2201, the SC strongly deplored the actions taken by the Houthis to dissolve the parliament and take control of Yemen’s government institutions, including their acts of violence, and expressed the importance of adopting a consensual solution in accordance with the GCC Initiative and its Implementation Mechanism, the outcome of the Comprehensive Dialogue Conference, and the National Peace and Partnership Agreement.

and National Partnership Agreement (PNPA), the main objective of which was to establish an inclusive government³¹⁹⁵ which granted them significant political concessions in exchange for agreeing to withdraw their militias from Sanaa.

However, all hopes for a Peace Agreement were dashed in January 2015, when Hadi resigned shortly after fleeing house arrest in Sanaa. Following a brief stay in Aden, he sought refuge in Saudi Arabia, where he requested Saudi Arabia's support in the conflict against the Houthis. This request marked the beginning of the conflict between the Saudi Arabia-led coalition of nine Sunni-majority Arab countries³¹⁹⁶ and the Houthis in the so-called Operation Decisive Storm One to neutralize the Houthi insurgency and restore Hadi as Yemen's President. For that purpose, weapons, equipment, and military training were provided to large groups of pro-Hadi Yemeni fighters³¹⁹⁷. This intervention was backed by the US, the UK, and France, all of which provided diplomatic and logistic support.

This military intervention constitutes a violation of the fundamental principle of the prohibition of the use of force under the spirit and letter of Article 2(4), which obliges states to resolve disputes through peaceful means. Additionally, Saudi Arabia's intervention amounts to a breach of Yemen's sovereignty. Can Yemen's invitation to Saudi Arabia to intervene sufficiently legitimize the intervention?

The most important legal document regulating interventions in state affairs is the UN Charter, which establishes the principle of sovereign equality of all states, but also obliges those states to resolve disputes by peaceful means and prohibits the use of force³¹⁹⁸. However, there are concrete situations, like the one in Yemen, where there is interference by third states in the internal affairs of other states. To what extent are there situations in which intervention in a third state is permissible under the UN Charter?

According to the UN charter, any intervention that is not in accordance with UN principles has no legitimate legal basis under international law. Since the use of force is prohibited as a rule, any legal intervention must rest under two exceptions: Article 51 and UN Security Council authorisations³¹⁹⁹. Therefore, in the case of Yemen, does intervention in the conflict fulfil the criteria of one of these two exceptions? Or is there another way to legitimise intervention by a third party?

Following that, on 14 April 2015, in Resolution 2216³²⁰⁰, the SC reaffirmed its support for the legitimacy of Yemen's President Hadi and reiterated its call on all parties

³¹⁹⁵ This agreement provided for the appointment of Houthi representatives as presidential advisers and demanded reforms in the security and economic sectors, including the restoration of fuel subsidies (see The Peace and National Partnership Agreement, 2014).

³¹⁹⁶ Saudi Arabia, the UAE, Bahrain, Egypt, Jordan, Kuwait, Morocco, Qatar and Sudan.

³¹⁹⁷ See Geneva Academy; Mitreski, 2015, p. 3.

³¹⁹⁸ See article 2, no. 1, 3 and 4 of the United Nations Charter.

³¹⁹⁹ Ibidem, art. 51.

³²⁰⁰ Security Council, 2015. See also Security Council Resolution 2342, 2017.

and Member States to refrain from taking any actions that undermine the unity, sovereignty, independence and territorial integrity of Yemen and the legitimacy of the President of Yemen. In this Resolution, the SC condemned in the strongest terms the ongoing unilateral actions of the Houthis and their failure to implement the demands of resolution 2201 (2015) to immediately and unconditionally withdraw their forces from the government and institutions, including in Sana'a.

This resolution, while not endorsing the intervention of the Saudi-led coalition, demanded Houthis to withdraw from Sanaa, hand over their weapons, and recognize the legitimacy of President Hadi's regime³²⁰¹. To ensure compliance with Resolution 2216, the UN established a UN Verification and Inspection Mechanism for Yemen (UNVIM) for vessels sailing to Yemeni ports that were not under its control, which among other things allowed the free flow of commercial items through verification and inspection, as well as examinations of clearance applications of commercial vessels sailing to the port of Yemen³²⁰².

Meanwhile, as the fight against the Houthis intensified, AQAP took advantage of the unstable climate and took Yemen's fifth-largest city, Mukalla. Thus, the humanitarian situation in Yemen worsened as the fight turned from the Houthis to other non-state groups that saw Yemen as an ideal place to grow.

Yemen had become the location of one of the world's worst humanitarian crises by early 2017. In August of that year, the alliance between the Houthis and former President Saleh began to weaken and, in December 2017, the Houthis assassinated Saleh, which marked a significant turning point in the conflict, changing the dynamics of the conflict, as well as the military and political nature of alliances.

Since then, and already having begun to withdraw from the Saudi-led coalition in May of the same year, the UAE has made its primary goal to establish separate military units, thereby weakening the Yemeni government and the Arab Alliance's position. Following the increased tension between the Yemeni government and the UAE, the Southern Transitional Council (STC) emerged as a separatist organization in Yemen to establish a new political reality in Aden and achieve independence for southern Yemen, as it existed before the unification of Yemen. Because of that, Aden became the point of conflict between the internationally recognised government and the STC, operating, however, within the framework of the UAE agenda.

³²⁰¹ We note that, unlike situations such as NATO's intervention in Kosovo, in the Yemen situation the SC did not adopt any resolution prior to Saudi Arabia's intervention authorising it. In fact, it was only after the intervention began that the SC began to adopt certain resolutions.

³²⁰² United Nations Verification and Inspection Mechanism for Yemen, s.d.

The state of neither peace nor war was the main characteristic that marked 2018³²⁰³. During that year, the Yemeni Government and the Houthis held their first meeting since 2016 in Stockholm to discuss proposals for reducing conflict. The meeting resulted in the signing of the Stockholm Agreement, which included agreements on the city of Hodeidah, an executive mechanism for a prisoner exchange, and a statement regarding Taiz³²⁰⁴.

As part of the Stockholm Agreement, the parties agreed to an immediate ceasefire in Hodeidah and its ports, Salif and Ras Issa, and to a mutual redeployment of forces from Hodeidah and its ports to agreed locations abroad.

On 21 December 2018, in its Resolution 2451³²⁰⁵, the SC welcomed the Special Envoy's consultations with the Yemeni government and the Houthis in Stockholm and emphasized the crucial importance of making progress toward a political agreement to end the conflict and alleviate Yemenis' humanitarian suffering. As a result, in its Resolution 2452³²⁰⁶, the SC approved (for 6 months) the creation of the United Nations Mission to support the Al Hodeidah Agreement (UNMHA), which has been reauthorized several times.

During 2019, the geopolitical sphere of the conflict changed drastically with the capital Aden being controlled by the UAE-backed STC, followed by the UAE's military bombardment of Yemeni army units in the western part of Aden. As a result, the STC intensified its attacks on Saudi-supported Yemeni government forces in the neighbouring southern governorates of Abyan and Shabwa. However, thanks in part to emergency aid and reinforcements from Saudi Arabia, the government forces and allied tribal militias were able to repel the STC, forcing them to retreat³²⁰⁷.

The increase of tension between the STC and Yemen's government led to intervention by Saudi Arabia to reach a political agreement known as the "Riyadh Agreement", which was signed in November 2019, in Riyadh, by both the government and the STC. The conflicts contributed, among other factors, to a decrease in the intensity of the fight between the Yemeni Army and the Houthis, allowing the Houthis to reorganize and tighten their control over new areas.

³²⁰³ Garallah, 2020, pp. 12-14.

³²⁰⁴ Security Council, S/2018/1134 – Stockholm Agreement, 2018.

³²⁰⁵ Resolution 2451 Adopted by the Security Council at its 8439th meeting, 2018.

³²⁰⁶ Resolution 2452 Adopted by the Security Council at its 8444th meeting, 2019. See also Resolution 2481 Adopted by the Security Council at its 8572nd meeting, 2019; Resolution 2505 Adopted by the Security Council at its 8701st meeting, 2020; Resolution 2534 Adopted by the Security Council at its 8747th meeting, 2020; Resolution 2643 Adopted by the Security Council at its 9091st meeting, 2022.

³²⁰⁷ This STC-UAE alliance against Yemen's internationally recognised government demonstrates the complexity of the conflict dynamics in which the UAE was part of the coalition supporting the government and ceases to be part of that coalition to support a group that acts against the government.

The intensity of the conflict did not decrease and, in February 2021, the Houthis launched an attack on Ma'rib Governorate, which caused large waves of displacement, including attacks on locations that hosted internally displaced persons.

At the end of 2021 and the beginning of 2022, the conflict between the Houthis and the Saudi-led coalition escalated, with the Saudi-led military coalition becoming more cohesive and the Houthis losing territory they had captured in 2020-21. January 2022 was considered the deadliest month in 7 years of war, as the Houthis launched several drone and missile attacks on the UAE and Saudi Arabia's territory, and because of that, the Saudi-led coalition launched a series of airstrikes on Houthi-led territory³²⁰⁸.

In resolution 2624³²⁰⁹, the SC strongly condemned the ongoing military escalation in the city of Marib, which led to an increasing number of civilian deaths, including children, and threatened internally displaced persons and other vulnerable populations in the area. This resolution also condemned the terrorist attacks claimed and carried out by the Houthis in Abu Dhabi, UAE, on 17 January 2022, and in other locations in Saudi Arabia. SC stressed that there was no military solution to the current conflict and the only viable way forward was dialogue and reconciliation among the multiple and varied parties.

Despite the complex situation, some efforts have been made, namely, the Saudi-led military coalition and the Houthis announced a two-month truce in April 2022³²¹⁰. This truce provided a halt to offensive military operations by both the Houthis and the government of Yemen. The truce was seen as a pathway to peace, representing the best opportunity Yemenis had for peace in years. It was renewed for two months twice but ended on October 2022³²¹¹.

However, several reports from the year 2022³²¹² show that the conflict is far from over, with the Houthis using new weapons like drones. On 9 November 2022, the Houthis performed a drone strike on the Qana port and Yemen's Red Sea coast. Also, NSAGs like AQAP continued to target STC forces and contributed to the weekly violent events in Abyan.

The recent report by the Group of Eminent International and Regional Experts³²¹³ highlights that, despite international and regional efforts to achieve a ceasefire and initiate a peace process, the conflict remains unmanageable due to the lack of political

³²⁰⁸ For a better understanding of the current situation see Al Jazeera.

³²⁰⁹ Resolution 2624 Adopted by the Security Council at its 8981st meeting, 2022.

³²¹⁰ See OSESGY, 2022 and (Resolution 2643 Adopted by the Security Council at its 9091st meeting, 2022)

³²¹¹ According to ACLED's report on the first two months of the truce, Yemen saw the lowest levels of reported fatalities from political violence since January 2015 (ACLED, 2022).

³²¹² For weekly reports on Yemen see Armed Conflict Location & Event Data Project (ACLED) site.

³²¹³ In Resolution A/HRC/RES/36/31 the HRC requested the High Commissioner to establish a Group of Eminent International and Regional Experts on Yemen. See 36th session of the Human Rights Council, 11 to 29 September 2017, and 39th session of Human Rights Council, RES/39/16, 10-28 September 2018.

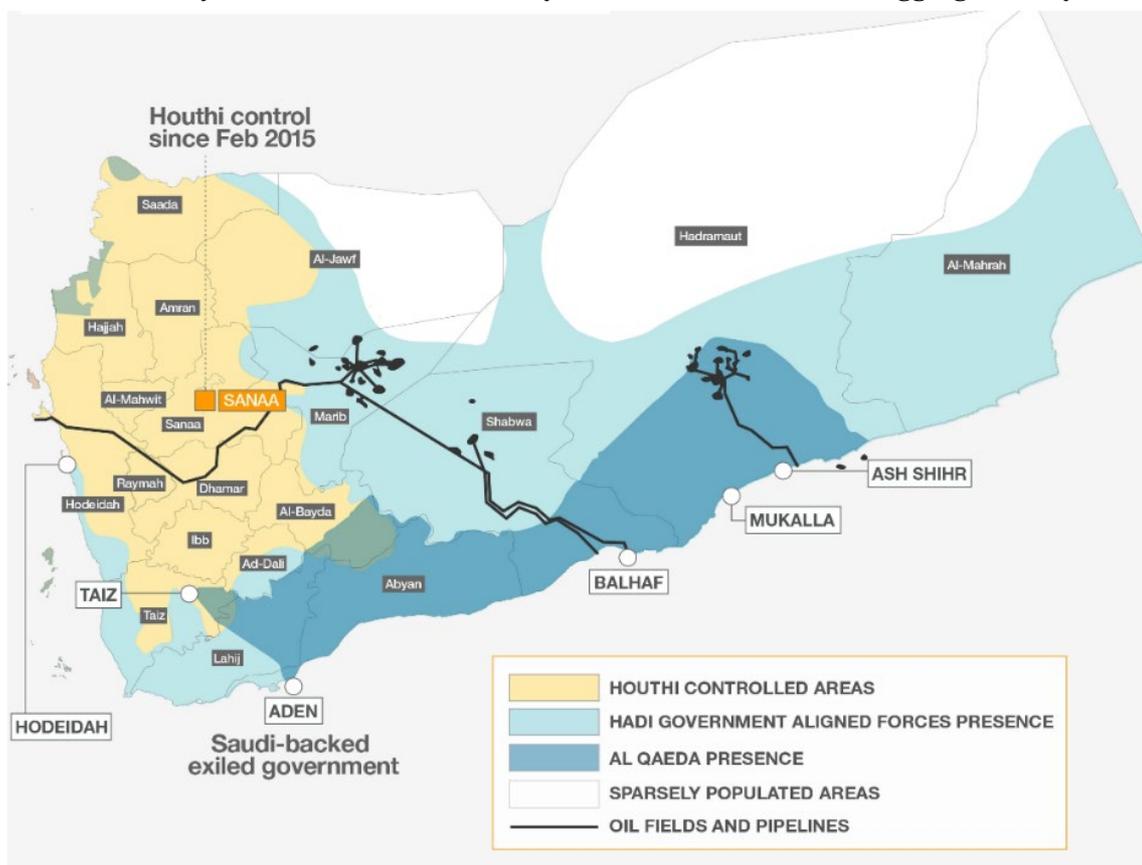
will of the parties to the conflict. Over the past four years, this Group has examined more than 15 bombing attacks that have devastated civilian lives and concluded that most of these attacks have been undertaken by the Houthis, with a small number attributed to the Government of Yemen and the coalition.

Thus, it is crucial to understand who the parties to the conflict are, their characteristics, and the type of conflict at stake.

The actors of the conflict

Yemen’s situation over the years has remained profoundly difficult, as the parties continue to engage in serious violations of international human rights law (IHRL) and IHL. In addition, third states continue to provide weapons and military support to the warring parties, further exacerbating Yemen’s humanitarian disaster.

We can say that the main reason why this conflict has been dragging on for years



is the existence of multiple parties who control different parts of the territory and have geopolitical interests that prevent a solution from being reached³²¹⁴.

To better understand the type of conflict we are dealing with, it is necessary to understand who the parties involved in the conflict are.

³²¹⁴ For more detailed knowledge see the interactive digital map hosted on the Chatham House website.

Non-State Armed Groups

Before discussing the NSAGs involved in the conflict, it is important to define what we mean by Non-State Armed Groups (NSAGs).

The definition of NSAGs encompasses two key concepts: that they are an armed group and that they are non-state actors. As the ICRC says, NSAGs are “an organized armed group belonging to a non-state party”³²¹⁵, and clarifies that these groups include:

(...) both dissident armed forces and other organized armed groups.

Dissident armed forces essentially constitute part of a State’s armed forces that have turned against the government. Other organized armed groups recruit their members primarily from the civilian population but develop a sufficient degree of military organization to conduct hostilities on behalf of a party to the conflict, albeit not always with the same means, intensity, and level of sophistication as armed forces³²¹⁶.

The ‘non-State’ status of these groups means that the duties and obligations of NSAGs under IL may differ from those of States³²¹⁷. However, from a legal point of view, we must remember that even when these groups are distinct from the State, their behaviour can, in some cases, directly engage the responsibility of States under IL³²¹⁸. This is because, despite being non-state entities and therefore independent in their objectives, command, and organization, these groups are often supported, whether directly or indirectly, by the state government where they operate, or even by other states³²¹⁹. Such support can take various forms, including funding, but also the permission for them to establish themselves on their territory without doing anything, by giving them a “safe heaven” to plan, recruit, and train members³²²⁰.

The accountability of States that support NSAGs is a significant aspect of International Law. Consequently, states can be held responsible for their support to NSAGs under the principle of state responsibility. If a state aids, directs, or controls an NSAG in committing internationally wrongful acts, it may be held accountable for its own role in facilitating those acts. Determining this responsibility is not a straightforward task.

Regarding the concept of armed group, it seems to indicate that it carries weapons and may use force. In the words of Andrei Miroiu, the major characteristic of an armed group is its (...) “ability to use and threaten the use of armed, decisive violence against its

³²¹⁵ ICRC, Case Book.

³²¹⁶ *Ibidem*.

³²¹⁷ United Nations, 2006, p. 15.

³²¹⁸ See Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, articles 8, 9, and 10.

³²¹⁹ This type of assistance changes the dynamics of the conflicts since internal conflicts with outside participation typically last longer, cause more fatalities, and are more difficult to resolve.

³²²⁰ *Ibidem supra* note 37.

opponents”³²²¹ and, according to Liesbeth Zegveld,³²²² these groups “generally fight against the government in power, in an effort to overthrow the existing government, or alternatively, to bring about a secession to set up a new state”. This concept highlights the notion that a collective entity is more than just the sum of its individual members. It underlines that when discussing an armed group, the fundamental characteristic of the threat of using violence is fundamental.

Focusing our analysis on what an NSAG is, in order to understand and characterise the Houthis as a key part of the conflict, is important to note that while there is no treaty definition of what an NSAG is, there are some treaty provisions as well as definitions provided by various international organizations and international jurisprudence that outline certain conditions that must be met for an entity to be considered an NSAG.

Looking at Common Article 3 of the Geneva Conventions, it states that “In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions”.

According to the ICRC, “Common Article 3 of the Conventions constitutes the keystone of humanitarian law applicable in non-international armed conflicts”³²²³. This provision establishes at least two criteria that can be useful in determining whether a certain situation of violence qualifies as a Common Article 3-armed conflict: the existence of parties to the conflict, and the intensity of the violence involved. While Common Article 3 does not define “party to the conflict”, several interpretations have been made, all pointing to the fact that a minimum organization is required³²²⁴ for the parties to engage in sufficiently intense violence.

Under this provision, an NSAG can be considered a party to an “armed conflict not of an international character”, which implies that defining “Party to the conflict” is intimately linked to what constitutes an NIAC³²²⁵. Thus, an NSAG may be considered a party to the conflict if it is a collective entity with the ability to engage in sufficiently intense violence and bounded to respect the basic norms of IHL.

Also, article 1 of the Additional Protocol II (AP II) applies only to NIACs that take place between the armed forces of a State and “dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of

³²²¹ Miroiu, 2018, pp. 85-86.

³²²² Zegveld, 2002, p. 1.

³²²³ ICRC, 2016.

³²²⁴ The ICRC, in its commentary on the common article 3, argues that this article requires “a situation in which organized Parties confront one another with violence of a certain degree of intensity” (ICRC, 2016).

³²²⁵ NIAC exists “whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State” (Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a “Dule”, 1995, p. 70).

its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol”³²²⁶.

AP II refers to “dissident armed forces or other organized armed groups”, yet without defining these terms. The ICRC’s interpretative guidance on the notion of Direct Participation in Hostilities established that for the principle of distinction: “organized armed groups constitute the armed forces of a non-State party to the conflict and consist only of individuals whose continuous function it is to take a direct part in hostilities”³²²⁷.

So, according to this guidance, individuals who assume political, administrative, or other non-combat functions are not considered members of the NSAG. As a result, civilians are protected by the principle of distinction³²²⁸.

While Article 3 remains the core provision of humanitarian treaty law and is binding worldwide as a customary norm, APII has not been universally ratified, meaning its scope of application is more limited. APII does not apply to situations of internal conflicts or sporadic acts of violence, it requires that dissident armed groups be under responsible command and exercise control over part of the territory. This Article presents a higher application than the common Article 3.

These two norms define criteria for regulating the means of armed conflict and protecting civilians in relation to NSAGs. As a matter of treaty law, international organizations have unanimously reiterated the applicability of Common Article 3 and Protocol II to armed opposition groups³²²⁹. These articles recognize the existence of NSAGs and already provide some guidelines for their characterization: they must be part of NIAC and possess a certain level of organization that enables them to engage in hostilities.

Different international organizations and courts have attempted to address this issue to clarify the definition of these groups and which ones are bound by IL. Geneva Call³²³⁰ refers to NSAGs as “armed non-state actors”, which include “armed groups, de facto governing authorities, national liberation movements, and non- or partially internationally recognized states”.

The European Union considers NSAGs as a group that “retain[s] the potential to deploy arms for political, economic and ideological objectives, which in practice are often translated into an open challenge to the authority of the State”³²³¹.

³²²⁶ Additional Protocol to the Geneva Conventions (Protocol II), 1977.

³²²⁷ ICRC, 2009.

³²²⁸ The principle of distinction establishes that “The parties to the conflict must at all times distinguish between civilians and combatants. Attacks may only be directed against combatants. Attacks must not be directed against civilians” (ICRC, Principle of Distinction between Civilians and Combatants, s.d.).

³²²⁹ See (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, 1986, para. 119).

³²³⁰ Geneva Call website.

³²³¹ European Union, 2012.

To better understand what these groups are, the UN gives us a detailed definition where it highlights that these groups “have the potential to employ arms in the use of force to achieve political, ideological, or economic objectives; are not within the formal military structures of States, State-alliances, or intergovernmental organizations; and are not under the control of the State(s) in which they operate”³²³².

Complementing this definition, the UN notes that the main characteristics of NSAGs are their potential to employ weapons in the use of force; their identity, which makes them to pursue the group’s objectives³²³³; and their lack of inclusion in the military structure of states, meaning they are not under state control but subject to a chain of command. This last characteristic is crucial, as it means that there is a degree of centralized command over the actions of the group members.

Following this definition and the need to have a chain of command, in the Tadic case, the ICTY established that “the existence of an armed conflict for the purposes of the rules contained in Common Article 3 focuses on two aspects of a conflict: the intensity of the conflict and the organization of the parties to the conflict”³²³⁴.

The ICTY, in this case, provides important guidance as to when NSAG can be said to exist: they exist whenever there is “protracted armed violence between governmental authorities and armed groups between such groups within a state”. Thus, the ICTY recognized two elements that must exist for a situation of violence to be distinguished from isolated acts of violence and be classified as a NIAC with an NSAG: the intensity of violence, and the organization of the armed group³²³⁵.

The relevance of this “minimum degree of organization” pointed out in the definition of the UN and the Tadic Case is also supported in other decisions such as the Haradinaj case, where the ICTY said that “an armed conflict can exist only between parties that are sufficiently organized to confront each other with military means”,³²³⁶ and in the Lubanga Dyilo case, where the ICC established that “organized armed groups must have a sufficient degree of organization in order to enable them to carry out protracted armed violence”³²³⁷.

The Boškoski case³²³⁸ also examines this question, and the ICTY established that “the degree of organization for an armed group to a conflict to which Common Article 3 applies needs to be at the level of organization required for parties to Additional Protocol

³²³² United Nations, 2006, pp. 14-16.

³²³³ It is because of this idea of “group” that makes that set of individuals, who share needs that are attributes of the group, share the idea of impunity, of disrespect for the victims, and of obedience to the authority of the group.

³²³⁴ Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a “Dule”, 1995, p. 562.

³²³⁵ Ibidem, p. 70.

³²³⁶ Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, and Lahi Brahimaj (AC), 2010.

³²³⁷ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, 2012, para. 536, and Prosecutor v. Germain Katanga, 2014, para. 1185.

³²³⁸ Prosecutor v. Ljube Boškoski and Johan Tarčulovski, 2008.

II armed conflicts, which must have responsible command and exercise such control over a part of the territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement the Protocol”.

This minimum organization and the command structure allow us to distinguish an armed group from individuals because members of NSAGs do not operate as independent individuals but are in conformity with rules established in the group and are subject to the command of group leadership.

In the Boškoski³²³⁹ decision, the ICTY outlined a set of factors that should be considered when qualifying a particular group as an armed group³²⁴⁰. These factors include the existence of a command structure with the establishment of a high command that gives orders; the military (operational) capacity of the armed group to conduct large scale military operations; its logistical capacity; the existence of an internal disciplinary system, and the ability to implement IHL and speak with one voice, which enables them to act on behalf of its members. While these five factors are important indicators to understand if a particular group is an NSAG, they are “indicative factors, none of which are, in themselves, essential to establish whether the ‘organization’ criterion is fulfilled”³²⁴¹. Furthermore, while these factors are relevant for many NSAGs, they do not cover all situations and modes of operation of all NSAGs, such as increasingly fractured insurgencies, armed groups operating in different states’ territories, and cyber-armed groups.

Given all the jurisprudence that has been built up, we follow the definition that NSAGs are groups that are not part of governmental forces and are mainly created to use violence. They require a certain degree of organization in order to act effectively. For the purposes of our analysis, we will consider an NSAG to be a collective entity operating under a single command structure, capable of engaging in sufficiently intense violence and ensuring respect for basic humanitarian norms within the group.

With these characteristics in mind, it is important to understand the NSAGs involved in the Yemeni conflict, as well as their dimensions and impact on the conflict.

The Houthis

The Houthis are an armed group initially founded to promote Zaidi Islam, which is one of the sects of Islam. They are one of several Hashimi families (Prophet’s descendants) who served as mediators and religious teachers among the Zaydi Shia

³²³⁹ Ibidem, pp. 197-203.

³²⁴⁰ These factors were also referred to in several other cases as Prosecutor v. Limaj et al., Case No. IT-03-66-T, Trial Chamber, Judgment, 30 November 2005, para. 90; ICTY, Prosecutor v. Haradinaj et al., Case No. IT-04-84-T, Trial Chamber, Judgment, 3 April 2008, para. 60; ICC, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment, 14 March 2012, Case No. ICC-01/04-01/ 06-2842, para. 537.

³²⁴¹ Ibidem, *supra* note 60, p. 60.

tribes but were marginalised due to the civil war experienced in 1962³²⁴². In the early 1990s, prominent Hashimis wanted to develop new messages for the late twentieth century and so, in 2003, after opposing Saleh for supporting the U.S.-led invasion of Iraq, the Houthis became politically active but later allied with him after his resignation as the president of Yemen³²⁴³.

The Houthi movement was founded in 2004 in the northern Yemeni governorate of Sa'dah by members of the Houthi family.

The Houthis initially emerged as a rebel group, consisting of individuals participating in a brief insurrection against the legitimate government. Their initial goals were to oppose what they saw as attempts by Saudi Arabia to marginalise Zaydi groups and beliefs, but with the 2011 uprising and fall of the government, those goals changed. The movement's objectives grew to include a more comprehensive populist and anti-establishment stance.

On February 6, 2015, Muhammad Ali al-Houthi, the leader of the troops that had seized Sana'a, named a five-member Revolutionary Committee to serve as a provisional parliament and a quasi-government, demonstrating the military and organisational capacity of the group. Although they have maintained control over a large portion of Yemen, including the capital, they have not received the same level of international recognition. In fact, as mentioned in the previous resolutions, the SC has expressed its position in this regard. Despite this, the Houthis have attempted to establish economic ties with the international community, particularly with Russia and China, both of which have an interest in Yemen's oil industry³²⁴⁴.

After years of military operations against the Yemeni government and the Saudi-led coalition, the Houthis appear to be better equipped with sophisticated weapons than in previous conflicts. It is widely believed that the weaponry used by them is supplied by the Iranian government³²⁴⁵.

Despite being an armed group that has been against the Yemeni government since 2004, little is known about them apart from their leading figures. To understand how they function and how the law is applied to them, it is then essential to comprehend the characteristics that this group presents and that define them as NSAG.

So, for the Houthis to be qualified as NSAG, they need to meet certain characteristics, namely, they must have a minimum of organization, a command

³²⁴² Following the Iranian Revolution of 1978-1979, a small number of Zaydis began to travel to Iran to study Shi'a Islam in Qom. Among them were the current Houthi leader, Abdul Malik al-Houthi, and his brother Hussein (Juneau, 2016, p. 655).

³²⁴³ Brehony, 2015, p. 2.

³²⁴⁴ Mitreski, 2015, p. 5.

³²⁴⁵ Binnie, 2019.

structure, the military capacity to take part in the conflict, and an internal disciplinary system.

In casu, the Houthis control significant parts of the territory in Yemen, including its capital, Sana'a, since September 2014, they have the military capacity to be engaged in war, a high level of organisation; and a "parliamentary" system – as such, we can say that they are sufficiently organized to sustain military operations over a long period and to act as *de facto* authorities. Thus, according to the definition we used and provided above, the Houthis are an NSAG.

As regards their type of NSAG, it must be said that NSAGs may take part in armed conflicts with different capacities or statuses, which are in some way dependent upon the kind of conflict taking place. In traditional IL, internal violence has been described in different terms, depending on the level of violence, the success of the NSAG, and the interest of the states. Large-scale hostilities, control of a substantial portion of the State's territory, a controlled measure of administration, adherence to the laws of war, and operating under responsible authority are the objective criteria for identifying the intensity of violence of NSAGs.

However, although this distinction exists in theory, in practice the norms of IL will apply when a level of conflict is reached, whether it be rebels or insurgents. In other words, it now appears that it is 'less' important to differentiate between the various types of NSAGs and more important to respect IHL norms when a certain level of conflict is reached. The theoretical lines between NSAGs are often blurry, as they tend to borrow characteristics from different types of armed actors, that is, in practice, an NSAG could have characteristics of the various types of armed groups that exist in theory.

That said, Houthis were initially a rebel group that became an insurgent movement in the sense that they aimed to create conditions capable of destroying the existing government and establishing an alternative revolutionary government acceptable to the population. The main reason for the existence of insurgent movements is politics³²⁴⁶, including the political community, the political system, and the authority in power. In the case of the Houthis, this is no exception, as they emerged to fight against the political organisation in Yemen for considering President Saleh illegitimate due to his corrupt, ineffective, and oppressive behaviour³²⁴⁷.

Given the importance attached to insurgent movements and because the main objective is to replace the existing government, the draft articles on the international

³²⁴⁶ "It is important to bear in mind that insurgency is essentially a political legitimacy crisis of some kind" (O'Neil, 2005, p. 30).

³²⁴⁷ Ibidem, pp. 27-30.

responsibility of states devote an article (article 10³²⁴⁸) to the situation when an insurgent movement comes into existence as a matter of fact. The general principle here is that the acts of the insurgent movements cannot be attributed to the state under international law³²⁴⁹ because the structures and organization of the movement are and remain independent of those of the State.

Therefore, in Yemen's case, the acts committed by the Houthis against IHL cannot be attributed to the Yemeni government³²⁵⁰. This article focuses on the continuity of the insurrectionary movement that exists between the new state organization (where one of the situations under article 10 exists) and that of the insurrectionary movement which logically leads to the attribution to the state of conduct that the insurrectionary movement may have committed during the struggle³²⁵¹.

As time progresses and their organisation and controlled territory increase, the Houthis come to be considered belligerents meaning they are insurgent group that has reached a high level of intensity in an armed conflict. Belligerency is the condition of being actively engaged in war and is, traditionally, regarded as the highest level of violence.

Only groups that are formally organized as an army or have high levels of organization, manpower, and weapons could become recognized belligerents. Regarding the possibility of recognition as a belligerent, traditionally, the doctrine (so-called "belligerency doctrine") pointed out that 4 cumulative conditions were necessary: "(i) the existence of civil war beyond the scope of mere local unrest; (ii) occupation by insurgents of a substantial part of the territory of a State; (iii) a measure of orderly administration by the group in the area it controls; and (iv) observance of the laws of war by rebel forces, acting under the responsible authority"³²⁵²

In Yemen's case, the cumulative requirements are met: the conflict is not limited to mere local unrest since the Houthis control a large percentage of the territory, and they present a level of organisation with an administrative system of control over the

³²⁴⁸ Article 10 says "1. The conduct of an insurrectional movement which becomes the new Government of a State shall be considered an act of that State under international law. 2. The conduct of a movement, insurrectional or other, which succeeds in establishing a new State in part of the territory of a pre-existing State or in a territory under its administration shall be considered an act of the new State under international law. 3. This article is without prejudice to the attribution to a State of any conduct, however, related to that of the movement concerned, which is to be considered an act of that State by virtue of articles 4 to 9". Ibidem *supra* note 41.

³²⁴⁹ See Tavares et al., p. 658.

³²⁵⁰ One can raise the question of the possible responsibility of states supporting the Houthis, such as Iran.

³²⁵¹ In the case of the Houthis, they operate independently from the Yemeni government, controlling certain parts of the territory without establishing themselves as the new government or forming a new state in the areas they control. Consequently, according to Article 10, they cannot be held accountable. Similarly, Yemen cannot be held accountable for their actions because the Houthis operate independently. This is supported by ICJ cases such as the British Goods in Spanish Morocco, where the court established that "(...) it appears beyond dispute that the State is not responsible for the fact of a riot, rebellion, civil war or IL, nor for the fact that such events cause damage on its territory (...)".

³²⁵² Lotsteen, 2000, p. 135.

parts of the territory they occupy, functioning as a “government” in these areas. Throughout the 8 years of the conflict the Houthis have engaged with the other parties to the conflict and the UN in such a way as to be effectively seen as a party, respecting some of the UN’s directions and even entering into ceasefire agreements which they have respected.

The recognition of Houthis as being a belligerent group was made tacitly through the internationally recognised government of Yemen’s request for aid to Saudi Arabia and it was made to get help in fighting the group.

The Houthis are an example of the scale that an NSAG can achieve since they have been operating in Yemen for 8 years and have the military and operational structure to stay in power and be one of the main actors in this conflict. They are an NSAG that demonstrates the need to talk about the responsibility of this type of group³²⁵³ since for 8 years they have violated various IHL norms.

Transnational armed groups in Yemen

Al Qaeda in the Arabian Peninsula (AQAP) is also present in current Yemen’s conflict and is considered one of the cruellest NSAGs in the world and the most dangerous unit of the Sunni Islamist global militant movement of Al Qaeda.

In the context of Yemen’s conflict, Al Qaeda’s presence began in the early 1990s. During this period, the first training camps were established by mujahideen fighters returning from Afghanistan³²⁵⁴ in the eastern Hadhramaut province of Yemen, the homeland of Osama bin Laden’s father³²⁵⁵.

Since establishing itself in Yemen, it has been gaining strength: in 2004, Al Qaeda carried out an attack on the US ship USS Cole in the port city of Aden, in which 17 US sailors died, in March 2011, it took control of Jaar city, and in May of the provincial capital, Zanzibar and on 21 May 2012, it carried out a suicide attack against soldiers preparation for a parade at Sana’s, killing over 120 people.

By 2009, Al Qaeda in Yemen had merged with the Saudi and Yemeni branches of Al Qaeda to form the AQAP. During the 2011 uprising, Al Qaeda took advantage of the security vacuum to seize control of several cities in southern Yemen.

³²⁵³ The most challenging level of accountability lies in holding Non-State Armed Groups (NSAGs) accountable as entities themselves. As provided above, an NSAG must be organised and engage in military operations. It would seem reasonable to expect that the group should be able to impose discipline upon its members in the name of the collectivity. Under IL, all parties involved in an armed conflict are expected to respect certain legal obligations. These obligations, in the Houthis case, drive from common article 3 and protocol II. By committing acts that violate those rules, the Houthis can be held accountable under IL.

³²⁵⁴ One of the key figures responsible for the formation of AQAP was a returning jihadist, Sheikh Abdel Majid al Zindani, who was a senior Islamic religious leader who played a major role in recruiting Yemenis to fight in Afghanistan.

³²⁵⁵ Osama Bin Laden subsequently supported the formation of this group, demonstrating that it is effectively a transnational terrorist group with a single chain of command and a single objective.

Al Qaeda is a transnational armed group, one of the biggest problems international law has dealt with since the 9/11 attacks³²⁵⁶. When we speak of transnational groups like Al Qaeda we are referring to cases of terrorist groups³²⁵⁷ that operate in different locations but are part of a single group, pursuing a single objective and having the same motivations and ideologies. However, not all terrorist groups can assume a transnational character having to present certain characteristics that qualify them as such.

Thus, according to Rodenhäuser for a transnational group to be considered as part of a NIAC it “needs to meet the same criteria as any other organized armed group under IHL” which means that needs to meet two criteria: it has to be a collective entity able to engage in sufficiently armed group violence and having the capacity to ensure respect for essential IHL rules”³²⁵⁸. So, regarding the characteristics that these groups must fulfil, we need to look at Art. 1(1) of Protocol II which says that the group must “under responsible command, exercise such control over territory as to enable to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol.” Hence, it seems that transnational armed groups will only very exceptionally fulfil these criteria.

This is a complex analysis and that’s why it’s so difficult to regulate the question of transnational armed groups. One way to determine whether we are discussing a transnational group operating in multiple locations is if commanders and fighters go to another state to run a specific local sub-group while continuing to operate under the command and control of the sender. Based on the definition of NSAG as explained above, it appears that groups operating without any link other than sharing a common ideology are far from being considered an organized armed group under IHL.

In the case of AQAP, what happens is that this group emerges from followers of Al Qaeda but reaches a point where it gains total independence from Al Qaeda’s “mother”. Therefore, it no longer makes sense to refer them as one group. However, AQAP itself has a transnational character as it is highly organized, controls territory in Yemen, and has a presence in several locations in the Arabian Peninsula.

Combating the presence of this group was not one of President Saleh’s priorities and only became one in 2006 after the prison break of 23 jihadi activists who joined Al Qaeda. As the country was already showing signs of financial breakdown and instability, Saleh could not declare war on AQAP. Thus, the US entered Yemen and began to fight against terrorism on the territory of this country. This cooperation between the US and

³²⁵⁶ Transnational Armed Groups pose significant challenges and complexities to global security and international governance, since these groups operate across national borders and can have destabilizing impact on multiple countries and regions.

³²⁵⁷ For the present analysis, we use the definition of terrorist groups accepted by the European Union, which reads that a terrorist group is “a structured group of more than two persons, established over a period of time and acting in concert to commit terrorist offenses” (European Union, 2002).

³²⁵⁸ Rodenhäuser, p. 26.

the Saleh regime generated discontent among the Yemenis and subsequently increased support for AQAP. As a result of this, AQAP declared several small Islamic emirates in 2011-2012.

While it is true that AQAP's ideology has not appealed to Yemeni society, the organization has managed to consolidate itself due to a lack of authority and widespread dissatisfaction with the ruling regime. Due to a steady increase in power, AQAP achieved its biggest victory in the conflict to date in April 2015 when it seized al-Mukalla³²⁵⁹, Yemen's fifth-largest city, and a larger portion of the Hadramaut province, where a crucial component of the country's oil infrastructure is situated, and released three hundred inmates from the city's prison, many of whom were believed to be AQAP members. As a result, it gained strength and was able to extend its control westward as far as Aden.

In Resolution 2266 (2016) the SC Expressed "its grave concern that areas of Yemen are under the control of Al-Qaida in the Arabian Peninsula (AQAP)" and acknowledged the negative impact of its presence, violent extremist ideology and actions on the stability in Yemen³²⁶⁰. This has been the position of the SC during these years of AQAP's presence in Yemen: they condemn the existence, the control, and the possibility of affiliates like Daesh emerging, but without taking concrete positions on what to do³²⁶¹.

In a recent resolution of 2022³²⁶², the SC expressed again its alarm at the fact that several areas in Yemen remain under AQAP control and the negative impact of their presence. It also expressed its concern at the growing presence and potential future growth of the Islamic State in Iraq and its Levant affiliates.

The truth is, today, AQAP is far from defeated and continues to exert control over certain territories in southern Yemen, in the governorates of Hadhramaut, Shabwa and Abyan. The most significant of Al Qaeda's global activities currently should be considered the AQAP activities in Yemen. Also, Yemen is the only country in the Middle East where Al Qaeda outperforms the Islamic State, which is significant given the enmity between the two terrorist groups.

In conclusion, we raise the question as to whether IHL, as it exists and has been perceived, is adequate for the new challenges raised by contemporary conflicts in which some parties are transnational armed groups. As the law should adapt to new realities and new contexts, IHL should also adapt to this new challenge.

³²⁵⁹ Al-Mukalla and surrounding areas were retaken from AQAP on April 25, 2016, by government troops and United Arab Emirates military units with air support from the U.S. (SWIETEK, 2017, p. 47).

³²⁶⁰ Resolution 2266 Adopted by the Security Council at its 7630th meeting, 2016.

³²⁶¹ In this sense see Resolution 2368 Adopted by the Security Council at its 8007th meeting, 2017.

³²⁶² Resolution 2624 Adopted by the Security Council at its 8981st meeting, 2022.

External actors

The Yemen conflict involves two major external actors on opposing sides: Saudi Arabia and Iran. The involvement of these two countries has led to the conflict being perceived as a proxy war, which we will analyse in the next chapter.

Saudi Arabia

As far as Saudi Arabia is concerned, it is a party leader of the coalition supporting the internationally recognized government of Yemen.

Yemen has always attracted Saudi Arabia's attention, primarily due to its long border with Yemen, and because the weakening of Yemen's central authority was contributing to the growing power of the Houthis, who in turn have ties with Iran, the primary rival of Saudi Arabia. Additionally, the expansion of terrorist groups in the country, such as AQAP and ISIS, poses negative consequences for Saudi Arabia's security³²⁶³. Therefore, direct or indirect intervention in Yemen was inevitable, especially as it involves protecting Saudi Arabia's interests and security.

In that regard, Saudi Arabia launched airstrikes on Yemen on March 26, 2015, to restore President Hadi's rule and eliminate the Houthi movement. This intervention marked the beginning of the internationalization of a conflict that had until been a civil war. Never had Saudi Arabia or any of the Gulf States deployed their military forces in such a proactive and aggressive manner, or engaged in such a large, offensive mission as the operation in Yemen. This intervention was supported by the international community³²⁶⁴.

Although the apparent motives for this intervention in Yemen were to help Yemen and to enable the legal return of Hadi, there are other geopolitical reasons behind it. Firstly, Saudi Arabia aims to prevent Iran from expanding its influence into Yemen and controlling the Saudi Shi'a population there. Secondly, Saudi Arabia aims to destroy Houthi resources or facilities in Yemen as well as other terrorist groups such as AQAP, which due to its large base in the country, has made Yemen one of the target countries in the global 'War on Terror'. Saudi leaders believe that the success of the operation will contribute positively to regional security.

Despite the intention to combat Houthis and the instability in Yemen, the reality is that the coalition's actions often disregard IHL. Bombings are frequently conducted indiscriminately, resulting in violations of IHL guidelines.

In addition to failing to end the conflict, the Saudi-led attacks made it worse by demolishing government buildings and essential infrastructure, which in turn increased

³²⁶³ Karakir, 2018, p. 130.

³²⁶⁴ Just recall SC Resolution 2216.

instability. Saudi Arabia's air campaign has drawn international criticism for its role in escalating civilian casualties. According to UNICEF, in 2016, the Saudi-led coalition was accused of being responsible for 60% of child deaths and was added by the UN to the blacklist of countries accused of violating children's rights³²⁶⁵.

Despite years of evidence of illegal attacks, the US, the UK, and European countries including France, Spain, and Germany continued to license the sale of weapons and military equipment to Saudi Arabia, the UAE, and other coalition members. The US is pointed out to be the major supporter, providing coalition support in the form of intelligence and aerial refuelling for warplanes used to attack the Houthis. Although the US does not intend to become directly involved in the conflict, the truth is that the coalition's aircraft and weaponry are largely American.

One of the main reasons for the US support for the coalition from the beginning was its fight against terrorism. Their involvement is largely motivated by concerns that a failed Yemeni state could become a haven for terrorist groups with the capability to carry out attacks similar to those of 9/11. Thus, the US (and the UK too) seem to have entered the conflict to prevent the international community from suffering the consequences of the conflict.

Due to the civilian deaths caused by the coalition air campaigns, with the US and other international arms, the support of the US, the UK, and other powers began to limit some arms sales and refuelling of coalition aircraft. In 2021, Joe Biden announced the end of extensive US support for the military operations of the Saudi-led coalition due to all the deaths that the conflict has caused. In Biden's words "This war has to end and to underscore our commitment, we're ending all American support for offensive operations in the war in Yemen, including relevant arm sales"³²⁶⁶.

It raises the question, given its inability to resolve the problem, on what basis is this intervention taking place? What consequences does it also have on how the conflict is classified?

Iran

Iran has found itself in an isolated position in the Middle East since the Islamic Revolution of 1979, during which its position changed from pro-Western to anti-Western, prioritizing support for Shia sects. This change, generated tension with the

³²⁶⁵ However, the UN has decided to remove Saudi Arabia from a blacklist of countries and groups accused of violating children's rights. This decision was widely criticised, and the UN was accused of giving in to political manipulation. See Black, 2016.

³²⁶⁶ The Guardian, 2021.

other regional states mainly due to the fear of Iranian influence on their Shi'a minorities³²⁶⁷.

Since then, Iran has actively developed its relations with both state and non-state actors³²⁶⁸ in order to expand its influence in the region. It has established a relationship with Bashar al-Assad's regime in Syria, with the Mahdi Army in Iraq and with Shi'a Hezbollah in Lebanon.

This pattern demonstrates that Iran tends to intervene in national contexts characterised by instability.

In Yemen's conflict, Iran is believed to be linked to the Houthis. Considering Iran's established position in other cases, it is expected that, for the rest of the Gulf countries, Iran will be perceived as a party to the conflict in Yemen, aligned with the Houthis. However, it is unclear when the relationship with the Houthis has begun, and it is also unclear how much aid Iran is providing to the Houthis: some argue that the aid is minimal, and others argue that it is their main ally in terms of arms and training.

Although Iran has not officially confirmed any direct backing for the Houthis, several indications point to this direction, supporting the claims made by Saudi Arabia and other Gulf nations. According to a report to the UN Security Council's Iran Sanctions Committee in April 2015, Iran began shipping small amounts of weapons to the Houthis in 2009: it discovered a pattern of arms shipments by sea and described seven possible incidents³²⁶⁹. Moreover, the Houthis have used Iranian weapons on several occasions. For example, the interception of the Iranian ship *Jihan I* in Yemeni territorial waters in January 2013.

All this shows that Iran is the silent ally of the Houthis. Hence, the question we raise is: why does Iran support the Houthis but silently and to a limited extent? First and foremost, Iran's interests in Yemen are limited: the country is not a priority in the same way that Iraq, Syria, and Lebanon are. More importantly, Iran recognises that Yemen is a major priority for Saudi Arabia and, as such, greater and more overt Iranian involvement would imply an uncontrolled escalation of tensions with Riyadh, which Tehran wishes to avoid. In any case, we raise the question regarding the responsibility that could be attributed to Iran for being an aider, albeit indirectly, to an NSAG that is directly involved in a conflict with the government of a state.

³²⁶⁷ The most problematic relationship is with Saudi Arabia, mainly because both share the idea of "ruling" the Muslim world.

³²⁶⁸ According to Thomas Juneau, when it comes to supporting non-State actors, Iran has a number of goals in mind. First, it seeks access to geographic areas where it can project its influence, confront its main regional rivals, Israel and Saudi Arabia, and oppose the regional US presence. See Juneau, 2016, p. 649.

³²⁶⁹ Landry, 2015.

The internationalisation of the conflict

Analysing the Yemen conflict implies understanding what type of conflict is at stake so that we can understand which international law should be applied. In this regard, the analysis of the type of conflict is further complicated by the fact that in Yemen we have several conflicts going on at the same time.

According to IHL, there are two types of conflict: international and non-international, which will be regulated differently. Despite this distinction, both types of conflict can coexist in the same territory at the same time, and a conflict can turn from internal to international as hostilities advance. Although IHL only distinguishes between these two types of conflicts, we can say that there is a third type that has both international and non-international dimensions, namely internationalized armed conflict which refers to circumstances where an internal armed conflict has been internationalized through foreign intervention.

The circumstances that can lead to the internationalisation of a conflict are complex. The term “internationalized armed conflict” refers to conflicts that involve one or more foreign states directly or indirectly participating in the hostilities, either on opposing sides or in support of a particular group or faction. Such conflicts can arise from a war between two internal parties, direct hostilities between foreign states that intervene militarily in an internal armed conflict, or the involvement of foreign actors in support of an insurgent group fighting against an established government³²⁷⁰.

According to Kubo Mačák³²⁷¹, an internal conflict is internationalised when two independent subjects of international law become involved against each other as the conflict grows, which can be the consequence of the involvement of an external actor, such as a third state³²⁷². This is the situation that has arisen in Yemen, insofar as we initially had an internal conflict which, after a request from the Yemeni president, was joined by the Saudi Arabian coalition and the indirect involvement of Iran, a silent player on the Houthis’ side.

Based on the position taken by the ICJ in the Nicaragua case³²⁷³ it would be unreasonable to classify the conflict in Yemen as purely internal given the extent of foreign involvement in the conflict. The ICJ held that the US directly intervened in the conflict “by financial support, training, supply of weapons, intelligence and logistic

³²⁷⁰ See Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a “Dule”, 1995, par. 126.

³²⁷¹ Mačák, 2018, pp. 32-37.

³²⁷² See also *ibidem supra* note 91, par. 72: “As the members of the Security Council well knew, in 1993, when the Statute was drafted, the conflicts in the former Yugoslavia could have been characterized as (...) an internal conflict that had become internationalized because of external support”.

³²⁷³ “The conflict between the contras’ forces and those of the Government of Nicaragua is an armed conflict which is ‘not of an international character’. (...) whereas the actions of the United States in and against Nicaragua fall under the legal rules relating to international conflicts”. See *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, 1986, par. 219.

support” which “constitutes a clear breach of the principle of non-intervention”³²⁷⁴. Considering this, it is difficult to classify the conflict in Yemen as internal given the support provided by Saudi Arabia to the internationally recognized government of Yemen. While the Saudi coalition’s entry into the conflict may be justifiable, it nonetheless transforms what was previously an internal conflict into an international one. Therefore, we take the position that the Yemen conflict should be viewed as an internationalized armed conflict due to the involvement of external actors, such as Saudi Arabia, and the resulting implications for the application of international law.

The internationalisation of the conflict can also occur when a third state intervenes in the conflict alongside an insurgent movement. In the case of Yemen, and as analysed previously, although Iran is a “silent” supporter, the truth is that it has been shown to be providing arms and training to the Houthis. In this regard, the ICJ determined that assistance to insurgent forces within another state falls within the scope of the prohibition on the use of force³²⁷⁵. Although the support is less than that given by Saudi Arabia since Iran does not intervene directly on Yemeni territory, the truth is that there is the support given to the Houthis.

The ICJ has already discussed internationalised conflicts more often. Consider NATO’s military action in Kosovo³²⁷⁶. According to international law, the operation consisted of the use of force without UN authorisation to provide support to one of the parties to an internal armed conflict taking place between the central authorities of the Federal Republic of Yugoslavia and armed separatists of the Kosovo Liberation Army. NATO’s direct armed involvement in Yugoslavia through an air and sea offensive resulted in the internationalisation of the armed conflict. If, in that case, we were facing an internationalisation of the conflict, in the case of Yemen we will be too.

Another example of the internationalization of an armed conflict is the intervention by Uganda in the Democratic Republic of Congo (DRC) in 1998. The ICJ found that Uganda’s military intervention in the DRC and its support for insurgent groups within the territory constituted a violation of the principles of non-intervention and state sovereignty. The Court further held that the conduct of the Ugandan soldiers in the DRC would be attributable to Uganda, given their military status and function³²⁷⁷. This case illustrates how an armed conflict can become internationalized when a third state intervenes directly in the territory of another state and takes control of parts of it. In the view of Special Rapporteur Roberto Garretón, the involvement of multiple third states in the conflict in the DRC meant that it could no longer be considered an internal

³²⁷⁴ Ibidem, par. 242.

³²⁷⁵ Ibidem, par. 195.

³²⁷⁶ See Security Council, Resolution 1244, 1999.

³²⁷⁷ Democratic Republic of the Congo v. Uganda, 2005, par. 220, 221, 345.

conflict. This highlights the complex and dynamic nature of armed conflicts, which can involve multiple actors with varying degrees of involvement and support³²⁷⁸.

Also, the ICTY considered the intervention of Croatia in Bosnia as an international conflict³²⁷⁹ due to the significant and continuous military intervention by the Croatian army in support of the Bosnian Croats. In this case, the fact that Croatia was proven to have exercised such political and military control over the Bosnian Croats meant that the conflict was characterised as international³²⁸⁰. In this case, Croatia not only helped the Bosnian Croats in the same way that the US supported the contras in Nicaragua, but also inserted its armed forces into the conflict on Bosnian territory and exercised a high degree of control over the Bosnian Croats. This position was later confirmed by the Kordić and Čerkez case³²⁸¹, where the ICTY ruled that Croatia's intervention in the Bosnian conflict against Serb forces had internationalized the conflict. These examples demonstrate the various ways in which conflicts can become internationalized through the involvement of third states, either directly or through support for one of the parties to the conflict.

If, in cases such as those mentioned above, the opinion was that it was a question of internationalising the conflict and that those interventions were a violation of art.2/4 UNC, in the case of Yemen we followed the same opinion and, therefore, we are talking about an international conflict and the norms of IHL applied will be article 2 common to the four 1949 Geneva Conventions. But there was a right to intervene from third states in Yemen's conflict or it is also a violation of art. 2/4?

As mentioned earlier, Article 2/4 of the UNC explicitly prohibits the use of force in international relations and only in exceptional situations can such intervention be legitimate, namely, actions authorised by the SC under Chapter VII, regional actions under Chapter VIII, and unilateral or collective self-defence measures under Article 51. According to the ICJ in the Nicaragua case “: if one State acts towards another State in breach of the principle of non-intervention, may a third State lawfully take such action by way of counter-measures against the first State as would otherwise constitute an intervention in its interna1 affairs?”³²⁸². In the case of Yemen, there is a violation of these principles insofar as we have third States intervening in the territory of another State

³²⁷⁸ “The Special Rapporteur therefore believes that there is in fact a combination of internal conflicts (RCD against the Kinshasa Government and MLC against Kinshasa) and international conflicts, such as the conflict between Rwanda and Uganda in Congolese territory” (Report on the situation of human rights in the Democratic Republic of the Congo, submitted by the Special Rapporteur, Mr. Roberto Garretón, in accordance with Commission on Human Rights resolution 1999/56, par. 20).

³²⁷⁹ “(...) the significant and continuous military action by the armed forces of Croatia in support of the Bosnian Croats against the forces of the Bosnian Government on the territory of the latter was sufficient to convert the domestic conflict between the Bosnian Croats and the Bosnian Government into an international one” (The Prosecutor v. Rajić, 1996, par. 13).

³²⁸⁰ Ibidem, par. 13-30.

³²⁸¹ Prosecutor v. Kordić & Čerkez, 2000, par. 108.

³²⁸² Ibidem *supra* note 94, par. 210.

using force. To what extent is the intervention that internationalised the conflict legitimate?

On this issue, the main intervening states invoked that there would be a right to collective self-defence against the Houthis to justify their intervention and the consent given by the president of Yemen. In fact, President Hadi's letter to the UN explicitly referred to a "right of self-defence outlined in article 51"³²⁸³.

The use of force by a foreign state in a host state under the legal power of the host state is known as intervention by invitation. The ICJ established already in Nicaragua's case that intervention "is already allowable at the request of the government of a State"³²⁸⁴. Article 3(e) of Resolution 3314 provides also support for the so-called "intervention by invitation" saying that the lawfulness of the use of force in accordance with the agreement of the "host" State excludes it as "aggression" and consequently excludes it from the scope of Article 2 (4)³²⁸⁵. Such action is typically used to assist the legitimate government in maintaining peace and order in the host country.

Two requirements are necessary for intervention by invitation to be legitimate: first, the government must effectively control parts of the territory of the state, which means that it cannot be a situation of complete state failure or anarchy. Secondly, the international community must recognize the legitimacy given by the government. In this regard, the UN's recognition of the host government as a legitimate government is adequate to prove the legitimacy of the incumbent government's consent³²⁸⁶.

In Yemen's case the Hadi government, when asked to intervene, did not cease to control the territory of Yemen, only certain parts of it were occupied by the Houthis. Also, in resolution 2216, the UN recognise Hadi's government as being the legitim one which means, and following this position, that its request legitimized the intervention of Saudi Arabia. Furthermore, the UN has also recognized Hadi's official letter of invitation to the Saudi-led coalition in Yemen.

So far, it has been agreed that consent is the best justification for the Coalition's use of force in Yemen. However, we do not argue that Operation Decisive Storm was fully compatible with international law. And although at the beginning it was a legitimate intervention, over time it seems to have exceeded this legitimacy insofar as it has started to launch indiscriminate attacks, often without meeting the primary objective, which was to support the Hadi government.

³²⁸³ Statement issued by the Kingdom of Saudi Arabia, the United Arab Emirates, the Kingdom of Bahrain, the State of Qatar and the State of Kuwait, 2015.

³²⁸⁴ Ibidem supra note 94, par. 246.

³²⁸⁵ See also article 20 of Draft articles on the responsibility of international organizations which establish that the valid consent to an act by an international organization precludes the act's wrongfulness in relation to the consenting State. UN Draft articles on the responsibility of international organizations with commentaries.

³²⁸⁶ Ferro & Ruys, 2018, pp. 904-909.

The United Nations and the conflict

UN-backed efforts have been made since the beginning of the conflict, with the UN's position being to prevent the conflict from escalating. Even before the SC convened to discuss the problem, the UN Secretary-General appointed Jamal Benomar as his special envoy to assist in the peaceful settlement of political differences between the anti-regime and government factions³²⁸⁷. Since 2011, the UN Security Council has passed several decisions on Yemen, however, far fewer than on Libya and Syria.

Since the beginning of the conflict, the SC has expressed concern about the situation in Yemen, keeping it on its permanent agenda since 2011 and attempting to address the threat that a conflict of this magnitude represents to an already volatile region.

As analysed in the first chapter, as the violence escalated, the SC passed the landmark Resolution 2014 in 2011, which provided support for negotiations between Yemen's government and the opposition, which culminated in the agreement of the GCC plan. This resolution concentrated primarily on the region's security, with less emphasis on Yemen's economic and social conditions. Also in the same year, the SC passed Resolution 2216, which recognises the Saudi-led intervention in support of Hadi's authority and calls for withdrawal from Houthi-occupied areas. As said before, this resolution was one of the most important resolutions insofar as it is through this resolution that the UN recognises which government is legitimate, which, as we saw in the previous point, was important for the qualification of the conflict. Resolution 2216 appears to be meaningless as the Houthis have already declared victory in Yemen. As a result, despite several UN-backed agreements, no deal has paid off in terms of a peaceful solution.

Since 2015, almost all resolutions have mainly served to punish the Houthis for not fulfilling their requests to end the fighting and above all, advocating that only through dialogue could a resolution of the conflict be reached³²⁸⁸.

One of the major victories of the UN in Yemen's conflict was that for several months, both in 2018 and in 2022, it managed to achieve a ceasefire between the two parties to the conflict. So, in 2018, the UN supported the truce agreement between both sides reached in Stockholm about Hodeida city. However, the situation does not seem to improve, given that both parties continue to violate the so-called Stockholm Agreement by attacking each other. More recently, in 2022, the UN supported the truce between Saudi Arabia and the Houthis, where a ceasefire took place in April 2022. Among other

³²⁸⁷ See Press Conference by Secretary-General Ban Ki-moon at the United Nations Headquarters, 2015.

³²⁸⁸ In this sense, we see that the end of the conflict is currently being discussed because the two great powers outside the conflict have decided to reach an agreement and enter negotiations.

things, this truce provided a halt to offensive military operations by both the Houthis and the government of Yemen. This truce was renewed twice for two months but ended on October 2022.

Making a critical analysis of the role of the UN in the context of Yemen's conflict, we can see that, although the number of resolutions is not the same as those dedicated to Syria and Libya, the truth is that the UN managed to create a ceasefire environment twice which to some extent benefited the population. Although the conflict is not over, for some periods it has been possible to stop the fire from both sides.

A proxy-war?

“Proxy war” is a word that has been historically used to describe current conflicts. But referring to it implies answering the question: How is a proxy conflict defined? Answering this question becomes essential to analyse how this phenomenon differs from other types of war.

Therefore, we are facing a situation of a proxy war when a major power initiates a significant role in supporting and directing one party in a conflict but only participates in a small part of the fighting itself. This means that proxy war function as an alliance where small and large powers work hand in hand with each other making contributions towards a common goal. Thus, this brings benefits to those who receive the aid and for those who give the aid, if not: we are faced with a small regional power-seeking influence that uses the resources provided by a superpower and in this way can change the dynamics within its internal conflict. As for the superpower providing support, the provision of such resources means minimal cost compared to conventional warfare and the influential benefits are very attractive.

The conflict in Yemen has been described as a proxy war between two major rivals: Saudi Arabia and Iran. These two superpowers have been at enmity with each other for more than 40 years, engaging in a variety of regional dynamics, from the conflict in Iraq to the present conflict in Yemen³²⁸⁹.

As mentioned earlier Saudi Arabia supports one side of the conflict, while Iran supports another. This type of cooperation exists, even if it is more visible and direct on the Saudi Arabian side, as it directly supplies troops to intervene in the conflict, while Iran intervenes more at the weapons level.

³²⁸⁹ This enmity is due, apart from ideological and governmental components, to the relations between the Saudi monarchy and the West, particularly with the USA. Going through several controversial periods like the war in Iraq, with the stagnation due to Saddam Hussein's war against Iran, the conflict between Tehran and Riyadh never became direct, but the battle continued in the ideological field and throughout the proxy wars. This confrontation has not stopped since then and has increased with the beginning of the Arab Spring.

Although religious differences play a role in the conflict's spread, the underlying causes of the Yemeni crisis are more complex than a sectarian Sunni-Shia conflict. Though religion is an important factor in the conflict this is not a crucial issue in the conflict at hand, where several national and international actors are active. The Saudi Iranian enmity is an effect that is not the cause of the conflict. The actions of the Houthis are politically motivated and defensive, having little in common with religious conflict in terms of their purpose. The Zaidi Shias follow a form of Shia Islam that is distinct from Iranian Shia theocracy and is more akin to a mild form of Sunni Islam, so the Saudi argument that this is a religious proxy war for Iran to influence religion in Yemen does not seem very credible.

Despite that, the truth is that the Saudi intervention in Yemen is heavily influenced by Iran's foreign policy, particularly on two major issues: the Iran nuclear deal and its role in Iraq. This position of Saudi Arabia is because, for decades, Iran has continuously supported non-state actors to promote its own goals in the Middle East region. However, Iran's level of support in the case of Yemen is not the same as Iran's support for Shia militias in Iraq, Syria's Assad government, or Hezbollah in Lebanon.

Saudi Arabia argues that the calculation of its interests gives it great power (and legitimacy) to intervene in a weaker neighbouring country, under the pretext that one of the parties to the conflict taking place there is linked to a foreign power. In this case, the action in Yemen is considered legitimate because the Houthis, who are in the same territory, have Iran as their rightful support. This position is not unknown. Take a look at how Russia views Ukraine when the former launches attacks on the latter while claiming to be protecting itself from Western aggression carried out by Western agents who had overthrown the legitimate Ukrainian government.

On the other hand, although Iran does not act as a purely ideological actor, one cannot neglect the importance that some of these ideologies have in Iranian political action. The first is the opposition to the US, which is depicted as the cornerstone of revolutionary ideology and subsequently became a crucial component of the political discourse of the Islamic Republic. Secondly, regarding regional and foreign policy, the will aims to ensure the survival of the Islamic Republic and ensure that Tehran plays a crucial role in managing the regional order.

The conflict in Yemen is driven by local competition for power rather than being solely a regional, sectarian, or proxy war. However, the rivalry between Iran and Saudi Arabia has overlapped with this domestic conflict, inflaming it but not driving it. Thus, we follow the position that the conflict in Yemen is a proxy war but not a religious one: it is much more than that, it is a conflict marked by various actors competing for power in the region. The involvement of external actors in Yemen's crisis, such as Saudi Arabia

and Iran, only complicates an already complex situation. Otherwise, the conflict has not exacerbated an already complex crisis.

The most recent proof that the Yemen conflict is a proxy war and that both Saudi Arabia and Iran are parties to the conflict is the fact that Saudi Arabia and Iran have agreed to re-establish diplomatic ties after years of open hostility and proxy conflicts across the Middle East, with China as a mediator. In the statement posted on Twitter³²⁹⁰ by Saudi Arabia and Iran, the parties announced that they had reached an agreement that “includes an agreement to resume diplomatic relations between them and re-open their embassies and missions (...) and their affirmation of the respect for the sovereignty of states and the non-interference in internal affairs”. The fact that these two powers expressly said that the conflict is coming to an end following the agreement that they will sign expressly shows the decisive role that their participation has and had in the unfolding of the conflict all these years.

³²⁹⁰ Saudi Arabia Government Account, 2023.

Conclusion

We began this thesis with the idea that we were dealing with a conflict that would not end soon. As we delved into the study of geopolitical relations and structural conflict analysis, we realized that what was at stake were more than just a conflict between the Yemeni government and a non-state armed group. Rather, it was the relations between powers with interests in the region that were at play. We end this thesis with an agreement concluded between two third states that support different sides of the conflict and which shows the importance of international relations between states to maintain international peace and security.

By analysing ICJ case law, we were able to come up with a definition of NSAG and apply it to the case of the Houthis, who have proven to be an example of NSAG achieving a degree of organisation, weaponization and involvement in the conflict for several years. This demonstrates the need to regulate them and, above all, to make them responsible in the future for the illegal acts they commit.

Through the concept of proxy war, we understand the impact of foreign aid in internationalising conflict and weakening the security of a state, which consequently helps NSAGs to develop and establish themselves in those same states.

Yemen is a complex case, presenting several reasons why the conflict has lasted so long. For example, the shifting balance of power and the determination of the parties to the conflict have created hope in each group that their side will prevail and achieve control over the others which decreases the likelihood of reaching an agreement. Moreover, due to disappointment with a lengthy negotiation process and an ineffective transitional government, Yemenis have lost confidence in a central government and even less in any political process as a solution to their issues. Furthermore, no leader can bring Yemenis together under one banner or for a common goal.

We conclude that, as the court says in the Tadic case “If international law, while of course duly safeguarding the legitimate interests of States, must gradually turn to the protection of human rights”³²⁹¹, in Yemen it is the citizens who are suffering and must be protected. They need protection from third states, the state itself, and non-state armed groups. The ongoing conflicts such as the one in Yemen demonstrate that the reality of conflicts is more complex than just state-state conflicts, which entails more threats to the security and peace of the international community and its citizens.

Yemen is a living proof that international relations and diplomacy are important and the basis “to maintain international peace and security” as provided in the UN Charter.

³²⁹¹ Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a “Dule”, 1995, par. 97.

Bibliography

- ACLED (2022). The UN-mediated truce in Yemen: Impacts of the first two months.
- AL JAZEERA (n.d.). What's going on in Yemen and is the war getting worse?
- AL JAZEERA (n.d.). Yemen conflict: Who controls what.
- BINNIE, J. (2019, July 8). Yemeni rebels unveil cruise missile, long-range UAVs.
- BLACK, I. (2016). Rights groups condemn removal of Saudi Arabia from UN blacklist.
- BREHONY, N. (2015, November). The current situation in Yemen: Causes and consequences.
- BRITANNICA (s.d.). Yemen.
- CLAPHAM, A. (2006). Human rights obligations of non-State actors in conflict situations. *International Review of the Red Cross*.
- COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION (2002, June 13). Council framework decision on combating terrorism.
- EUROPEAN UNION (2012). Factsheet – Mediation and dialogue in transitional processes from non-State armed groups to political movements/political parties.
- FEIERSTEIN, G. M. (2019, February). Yemen: The 60-year war.
- FERRO, L., & RUYTS, T. (2018). The Saudi-led military intervention in Yemen's civil war – 2015. In *The use of force in international law: A case-based approach* (pp. 899-911). Oxford University Press.
- GARALLAH, A. (n.d.). *Yemen conflict: key strategic transformations* (A. Abdullah, Trans.). Washington Center for Yemeni Studies.
- GENEVA ACADEMY (2017). The War Report 2017: The armed conflict in Yemen: A complicated mosaic.
- GENEVA ACADEMY (s.d.). Non-international armed conflicts in Yemen.
- HEFFES, E., D. KOTLIK, M., & J. VENTURA, M. (2020). *International humanitarian law and non-State actors*. ASSER Press.
- HENCKAERTS, J.-M. (2005). Study on customary international humanitarian law. *International Review of the Red Cross*, vol. 38.
- HERMAN, O. (2020). Beyond the state of play: Establishing a duty of non-State armed groups to provide reparations. *International Review of the Red Cross*.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (2009). Interpretative guidance on the notion of Direct Participation in Hostilities under IHL.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (2020). Commentary on the Third Geneva Convention.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (2022, January). ICRC engagement with non-state armed groups.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (2022, January). Non-State armed groups.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (n.d.). Armed groups.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (n.d.). Commentary of 2016. Article 3: Conflicts not of an international character.

- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (n.d.). Principle of distinction between civilians and combatants. ICRC – Customary IHL.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (June 27, 1986). Military and paramilitary activities in and against Nicaragua.
- JO, H. (2015). *Compliant rebels – rebel groups and international law in world politics*. Cambridge University Press.
- JUNEAU, T. (2016). Iran’s policy towards the Houthis in Yemen: A limited return on a modest investment. *International Affairs*, vol. 92, no. 3, pp. 647-663.
- JURISTS, I. C. (2018, July). Bearing the brunt of war in Yemen: International law violations and their impact on the civilian population: A briefing paper.
- KARAKIR, I. A. (2018). Ongoing conflict in Yemen: A proxy war?
- KARAM, S. (2007). The multi-faced Sunni insurgency: A personal reflection. *Civil Wars*, vol. 9, no. 1.
- KHAN, M. A., & KHAN, P. (2018). The status of non-State armed groups in armed conflicts. *Journal of Law and Society*.
- LANDRY, C. (2015). Iran arming Yemen’s Houthi rebels since 2009: UN report.
- LAUTERPACHT, H. (1947). *Recognition in international law*. Cambridge University Press.
- MAČÁK, K. (2018). *Internationalized armed conflicts in international law*. Oxford University Press.
- MIROIU, A. (2018, 26 July). Armed groups: Theory and classification.
- MITRESKI, A. (2015, August). Civil war in Yemen: A complex conflict with multiple futures.
- MUMFORD, A. (2013). *Proxy warfare*. C. E. Press.
- O’NEIL, B. (2005). *Insurgency and terrorism: From revolution to apocalypse*. Washington DC: Potomac Books, Inc.
- OSESGY (2022, April). Statement on the truce in Yemen.
- REPORT of the Group of Eminent International and Regional Experts on Yemen in the 48th session of the HRC (20021, September).
- RODENHÄUSER, T. (2016). Armed groups, rebel coalitions, and transnational groups: The degree of organization required from non-State, armed groups to become party to a non-international armed conflict. *Yearbook of International Humanitarian Law*.
- SASSÒLI, M. (2006). Transnational armed groups and international humanitarian law. *Occasional Paper Series*, vol. 6.
- SWIETEK, H. (2017). The Yemen war: A proxy war, or a self-fulfilling prophecy.
- TAVARES, M. I. (n.d.). Responsabilidade internacional dos estados por factos internacionalmente ilícitos. In J. A. AZEREDO LOPES, M. I. TAVARES, B. MENEZES QUEIROZ, L. CARVALHO ABREU, M. FONTAINE CAMPOS, B. REYNAUD DE SOUSA, & F. CASTRO MOREIRA. *Regimes jurídicos internacionais*, vol. 1. Porto: Universidade Católica Editora.
- UNICEF (2020). Yemen Appeal.

UNITED NATIONS (2000). Report on the situation of human rights in the Democratic Republic of the Congo, submitted by the Special Rapporteur, Mr. Roberto Garretón, in accordance with Commission on Human Rights resolution 1999/56.

UNITED NATIONS (2006). Humanitarian negotiations with armed groups – A manual for practitioners.

UNITED NATIONS (n.d.). United Nations verification and inspection mechanism for Yemen.

Y. C. A. LIMITED, (n.d.). History of Yemen. <https://www.yca-sandwell.org.uk/history-of-yemen/>.

YAIR, M. L. (2000). The concept of belligerency in international law. *Military Law Review*.

YVES, C. S. SWINARSKI, C. & ZIMMERMAN, B. (1987). *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneva: International Committee of the Red Cross; Martinus Nijhoff Publishers.

ZEGVELD, L. (2002). *Accountability of armed opposition groups in international law*. Cambridge University Press.

Jurisprudence

HUMAN RIGHTS COUNCIL. 36th session of the Human Rights Council (11 to 29 September 2017).

SECURITY COUNCIL (1999). Resolution 1244 .

UNITED NATIONS (2001). Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.

UNITED NATIONS (2011). Draft articles on the responsibility of international organizations with commentaries .

UNITED NATIONS (n.d.). General Assembly Resolution 1803 (XVII) – Permanent Sovereignty Over Natural Resources.

UNITED NATIONS (n.d.). United Nations Charter.

Additional Protocol to the Geneva Conventions (Protocol II). (1977).

UN GENERAL ASSEMBLY. UN General Assembly Resolution. (1994, December 9).

SECURITY COUNCIL (1960, December 14). General Assembly resolution 1514 (XV).

UN GENERAL ASSEMBLY (1970, October 24). Declaration on principles of international law concerning friendly relations and cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations.

SECURITY COUNCIL (2011, October 21). Resolution 2014 Adopted by the Security Council at its 6634th meeting. S/RES/2014 (2011).

SECURITY COUNCIL (2012, June 12). Resolution 2051 Adopted by the Security Council at its 6784th meeting. S/RES/2051 (2012).

SECURITY COUNCIL (2014, February 26). Resolution 2140 Adopted by the Security Council at its 7119th meeting. S/RES/2140 (2014).

The Peace and National Partnership Agreement. (2014, September 21).

SECURITY COUNCIL (2015, February 15). Resolution 2201 Adopted by the Security Council at its 7382nd meeting. S/RES/2201 (2015).

SECURITY COUNCIL (2015, March 26). Statement issued by the Kingdom of Saudi Arabia, the United Arab Emirates, the Kingdom of Bahrain, the State of Qatar and the State of Kuwait.

SECURITY COUNCIL (2015, April 14). Resolution 2216- S/RES/2216.

UNITED NATIONS (2015, December). Press Conference by Secretary-General Ban Ki-moon at United Nations Headquarters.

SECURITY COUNCIL (2016, February 24). Resolution 2266 Adopted by the Security Council at its 7630th meeting.

SECURITY COUNCIL (2017, February 23). Resolution 2342 Adopted by the Security Council at its 7889th meeting.

SECURITY COUNCIL (2017, July 20). Resolution 2368 Adopted by the Security Council at its 8007th meeting.

HUMAN RIGHTS COUNCIL (10-28 September 2018). 39th session of the Human Rights Council, RES/39/16.

SECURITY COUNCIL (2018, December). S/2018/1134- Stockholm Agreement.

SECURITY COUNCIL (2018, December 21). Resolution 2451 Adopted by the Security Council at its 8439th meeting.

SECURITY COUNCIL (2019, January). Resolution 2452 Adopted by the Security Council at its 8444th meeting.

SECURITY COUNCIL (2019, July). Resolution 2481 Adopted by the Security Council at its 8572nd meeting.

SECURITY COUNCIL (2020, January). Resolution 2505 Adopted by the Security Council at its 8701st meeting.

SECURITY COUNCIL (2020, July). Resolution 2534 Adopted by the Security Council at its 8747th meeting.

SECURITY COUNCIL (2022, February). Resolution 2624 Adopted by the Security Council at its 8981st meeting.

SECURITY COUNCIL (2022, July). Resolution 2643 Adopted by the Security Council at its 9091st meeting.

SECURITY COUNCIL (2022, July). Resolution 2643 Adopted by the Security Council at its 9091st meeting.

Case-law

Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a “Dule”, IT-94-1 (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) October 2, 1995).

Prosecutor v. Germain Katanga, ICC-01/04-01/07-3436 (International Criminal Court March 7, 2014).

Prosecutor v. Kordić & Cerkez, IT-95-14-T (ICTY 2000).

Prosecutor v. Ljube Boškoski and Johan Tarčulovski, IT-04-82-T (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) July 2008).

Prosecutor v. Rajić, IT-95-12-R61 (ICTY September 13, 1996).

Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, and Lahi Brahimaj (AC), IT-04-84-A (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) July 19, 2010).

Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, 01/04-01/06-3121-Red (International Criminal Court March 14, 2012).

Prosecutor v. Tihomir Blaškić, IT-95-14 (ICTY 2000).

**O conceito de exigências imperiosas do funcionamento da
empresa no regime do teletrabalho:**

**Um escudo aos direitos do trabalhador ou a proteção da
liberdade da organização empresarial?**

Marta Ribeiro da Cunha Santos

Sob orientação da Professora
Doutora Milena da Silva Rouxinol

Agradecimentos

A elaboração da presente dissertação não seria possível sem as pessoas mais importantes da minha vida, às quais dedico umas breves palavras de gratidão.

Quero agradecer aos meus pais, Adélia e Mateus, e à minha irmã Catarina, por toda a paciência nos últimos meses, pelo apoio incondicional e confiança no meu trabalho quando eu própria não a tinha e, principalmente, pelo vosso amor.

Aos meus amigos, por toda a paciência com as minhas constantes recusas para saídas, em especial à Patrícia e ao Tiago, que partilhando as mesmas aflições, me incentivaram sempre a superar os mesmos medos.

Aos meus colegas da RPS, por toda a compreensão nos últimos meses, em especial à Sandra pelo genuíno interesse na minha investigação e pela incansável ajuda em qualquer questão.

À Professora Doutora Milena Rouxinol, pela orientação, pela realização das perguntas que me orientaram o raciocínio e por todas as palavras de incentivo.

Por fim, gostaria de agradecer a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para ser quem sou hoje, a nível pessoal e profissional, que mesmo sem se aperceberem me permitiram desenvolver o meu espírito crítico.

A todos, obrigada.

Resumo:

Esta dissertação aborda o recurso a conceitos indeterminados no âmbito do regime de teletrabalho em função das recentes alterações introduzidas no Código do Trabalho.

O objetivo é contribuir para a concretização do conceito de “exigências imperiosas do interesse da empresa” como fundamento de recusa ao direito ao teletrabalho de trabalhadores em condições específicas, os cuidadores informais não principais.

A análise inclui a consideração de diversas áreas do Direito, assim como regimes paralelos.

Palavras-chave: teletrabalho; conciliação da vida familiar e profissional; iniciativa económica privada.

Abstract:

This dissertation addresses the use of indeterminate concepts in the context of the teleworking regime, given the recent changes introduced in the Labour Code.

The goal is to contribute to the concretization of the concept of “Imperative demands of the company’s interest” as a basis for refusal of the right to telework for workers in specific conditions, such as non-primary informal caregivers.

The analysis includes the consideration of various areas of Law, as well as parallel regimes.

Keywords: teleworking; work-life balance; private economic initiative.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CITE	Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho
DLG	Direitos, Liberdades e Garantias
N.º	Número
TIC	Tecnologias de Informação e Comunicação
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

Nota Prévia

No essencial o texto manteve-se tal como apresentado em prova pública, no dia julho de 2023. Foram feitas, somente, pequenas alterações formais sem impacto sobre o conteúdo. Deu-se nota, ainda, da intervenção legislativa incidente sobre o estatuto do cuidador informal, com a Lei n.º 20/2024, de 8 de fevereiro.

Índice

Introdução	6
Capítulo I – O (direito ao) teletrabalho – considerações gerais	7
• Abordagem geral do regime de teletrabalho e o seu impacto	7
• As especificidades do regime para as categorias especiais de trabalhadores	11
a) Vítimas de violência doméstica	11
b) Trabalhadores no contexto da parentalidade	13
c) Cuidador informal não principal	14
Capítulo II – O conceito de “exigências imperiosas do funcionamento da empresa” – aproximação à sua densificação	16
• O direito de recusa – uso e abuso	16
• O direito de recusa – colisão de direitos	19
• O direito de recusa – análise dos elementos interpretativos	20
• O direito de recusa – definição dos interesses subjacentes	23
a) Garantia do poder de direção e controlo do empregador	25
b) Proteção do sigilo e confidencialidade empresarial	26
c) Respeito pelas normas de saúde e segurança no trabalho	27
d) Salvaguarda da eficiência e produtividade	29
e) Dimensão coletiva do trabalho	29
f) Custos adicionais	32
Conclusão	36
Bibliografia	37
Lista de jurisprudência	39
Lista de legislação (à data de 31 de março de 2023)	40

Introdução

A opção do legislador pela utilização de conceitos indeterminados na consagração de regimes legais é uma constante no sistema jurídico português. Compreende-se a sua utilidade, assim como as dificuldades inerentes na determinação do seu alcance prático.

Tendo esta ideia por base, na presente dissertação pretendemos contribuir para a concretização do conceito de “exigências imperiosas do interesse da empresa” no âmbito do regime de teletrabalho, sistematicamente introduzido no Código do Trabalho¹ (doravante CT) como modalidade de contrato de trabalho que, desde 2020, tem assumido um carácter relevante no exercício da prestação de trabalho, atendendo à proliferação mundial deste tipo de modelo de prestação laboral.

Deste modo, começaremos por abordar genericamente o regime jurídico do teletrabalho previsto no CT. Ulteriormente, debruçar-nos-emos sobre categorias específicas de trabalhadores titulares do direito a teletrabalhar e, nesse contexto, em particular a respeito do cuidador informal não principal, refletimos sobre o referido conceito.

Para o efeito, levaremos em conta outros contextos normativos em que a expressão em causa, ou similar, é utilizada, nomeadamente a propósito da possibilidade de interrupção das férias do trabalhador a pedido do empregador, assim como do requerimento de aplicação do regime do horário flexível. Por fim, procederemos a uma análise jurisprudencial, assim como de pareceres da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (doravante CITE), quanto à menção das “exigências imperiosas do interesse da empresa” nos referidos regimes laborais.

¹ Todas as menções a artigos que não contenham indicação do diploma legal a que se referem dizem respeito ao Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, à data de 31 de março de 2023.

Capítulo I – O (direito ao) teletrabalho – considerações gerais

Abordagem geral do regime de teletrabalho e o seu impacto

O regime jurídico do teletrabalho foi consagrado, pela primeira vez, no sistema legal português, pelo Código de Trabalho de 2003, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto. Desde a sua consagração até, essencialmente, ao ano de 2020, a sua utilização era meramente residual². Atendendo à sua diminuta relevância prática, muitos foram os problemas ignorados e que, na verdade, não pareciam carecer de especial atenção.

O ponto de viragem deu-se, tal como já referido, em 2020, ano em que o recurso a esta modalidade de trabalho se tornou numa forma de combate à proliferação do vírus Covid-19³. De facto, permaneceu no contexto laboral pós-pandemia, sendo atualmente consagrada como um “movimento internacional de flexibilização do trabalho”⁴. E, por isso, tal como aponta Joana Nunes Vicente, “é ainda cedo para ensaiar um balanço da nova disciplina sobre o acordo do teletrabalho”, porquanto o seu efetivo impacto só se determina com as decorrências práticas da sua aplicação⁵.

Deste modo, atendendo ao recurso intensivo e global desta modalidade de trabalho, verificaram-se diversos problemas e questões a que, inevitavelmente, o legislador necessitava de dar resposta⁶. Surgiram, assim, inúmeros diplomas legislativos que tentaram ajustar o regime às circunstâncias que eram sentidas⁷, atendendo-se às preocupações que foram imediatamente identificadas, tais como a proteção na saúde e segurança, a organização do tempo de trabalho, a conciliação entre a vida familiar e a vida profissional, entre outras⁸. A doutrina, tendo um papel crucial na identificação destas insuficiências, apresentou, tal como lhe é próprio, diferentes reflexões e soluções, que iremos abordar, pela constatação de que o regime do teletrabalho está em constante evolução, revelando-se as falhas na sua aplicação e o surgimento contínuo de questões, as quais é necessário precaver⁹.

² As estatísticas da Eurostat comprovam que, entre 2014 e 2019, em Portugal, o recurso ao teletrabalho correspondia, em média, a 6,3%. Cfr. Eurostat, “Employed persons working from home as a percentage of the total employment, by sex, age and professional status (%)”, 15/02/2023, https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/lfsa_ehomp/default/table?lang=en.

³ “Começou por ser um instrumento de prevenção de contágio”, cfr. Fernandes, 2020a, p. 16.

⁴ Rebelo, 2019, p. 210.

⁵ Vicente, 2022, p. 78.

⁶ Tal como defende Leal Amado, 2022, p. 129, “parece indiscutível que a pandemia acelerou drasticamente uma tendência que já se vinha a manifestar antes, nos últimos anos, no âmbito da era digital em que vivemos”.

⁷ Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, Decreto-Lei n.º 2-A/2020, de 20 de março, Resolução do Conselho de Ministros n.º 40-A/2020, de 29 de maio, Decreto-Lei n.º 79-A/2020, de 1 de outubro, Resolução do Conselho de Ministros n.º 87/2020, de 14 de outubro, entre outros.

⁸ Rouxinol, 2020, p. 84.

⁹ Foi uma das autoras que apontou vários setores em análise quanto à questão da conciliação da vida familiar e profissional. Vide Carvalho, 2020, pp. 209-237.

Existem vantagens associadas a esta “nova” forma de organizar o exercício da atividade profissional, quer para os trabalhadores, quer para os empregadores, tanto do ponto de vista operacional, pela maior eficácia na prestação, como económicas, devido à possível redução de custos¹⁰. Ainda assim, existem também desvantagens e certos pontos críticos que serão objeto de posterior análise na presente dissertação, nomeadamente a maior dificuldade por parte do empregador no controlo das condições na prestação da atividade, bem como determinados pontos na lei que deixam margem para dúvida, sendo um deles o diferente tratamento dado a categorias especiais de trabalhadores. De facto, a análise deste regime terá por base as referidas categorias, com o propósito de analisar a faculdade, atribuída ao empregador, de oposição a determinado direito, com vista à salvaguarda daquelas que serão as denominadas “exigências imperiosas do funcionamento da empresa”.

A este ponto, é necessário tecer algumas considerações base que guiarão a compreensão da presente dissertação. Em primeiro lugar, não abordaremos a discussão quanto à classificação do contrato de teletrabalho, enquanto contrato de trabalho especial ou contrato de trabalho com regime especial, pelo que a referência se fará, no geral e sem preocupações de apuro técnico, como *modalidade* de contrato de trabalho¹¹. Em segundo, tal como alerta Rosário Palma Ramalho, não é possível “reconduzir o fenómeno do teletrabalho a um enquadramento jurídico unitário”¹², dada a multiplicidade de cenários em que o mesmo pode ser exercido, atendendo ao critério segundo o qual se analisa, nomeadamente local, duração, modelo, formas de comunicação ou fonte¹³. Assim, reconduziremos a nossa análise à categoria paradigmática que corresponde à modalidade mais comum – teletrabalho a tempo completo exercido a partir do domicílio¹⁴.

Para além das notas constitutivas do conceito de contrato de trabalho patentes no art. 11º do CT, a identificação de uma situação de teletrabalho depende ainda da verificação de determinados elementos, designadamente um elemento geográfico e um elemento funcional¹⁵. Geograficamente, o teletrabalhador distancia-se do modelo tradicional da prestação de trabalho por exercer fisicamente a sua atividade fora das

¹⁰ Por um lado, o empregador reduz os custos associados à permanência fixa dos trabalhadores num posto de trabalho nas instalações da empresa, por outro lado, o trabalhador não tem de suportar custos na deslocação até àquelas, especialmente nos casos de trabalhadores com problemas de mobilidade. São incontáveis as vantagens quando perspetivadas e analisadas em casos concretos, pelo que nos referimos às mais genericamente apontadas.

¹¹ Segundo Fernandes, 2020, pp. 191-192. estamos perante um contrato atípico ao qual a lei apenas prevê um tratamento específico, mas que não afasta, no essencial, o regime geral do CT.

¹² Palma Ramalho, 2019, p. 175.

¹³ Almeida, 2020, pp. 84-86.

¹⁴ Importa não confundir esta figura com o trabalho doméstico quando o trabalhador realiza a prestação a partir do seu domicílio.

¹⁵ Redinha, 2001, pp. 92-97 e Palma Ramalho, 2019, p. 171.

instalações da empresa¹⁶, na medida em que o exercício ocorre à distância daqueles que serão os beneficiários do resultado da prestação laboral, e, funcionalmente, este exercício pressupõe o recurso, de forma predominante, a tecnologias de informação e comunicação (doravante TIC)¹⁷. Na verdade, o recurso às TIC não é exclusivo do regime de teletrabalho, mas é, sem dúvida, fundamental, e por isso a sua utilização tem de ser maioritária¹⁸, “sobretudo na quantidade ou volume de trabalho que se realiza”¹⁹.

A aplicação do regime de teletrabalho pode surgir por mútuo acordo, em resultado de uma modificação de um contrato de trabalho pré-existente, ao que doutrinamente se categoriza por modalidade de teletrabalho interno, assim como pode resultar da expressa vontade das partes no momento da celebração do contrato, o que é denominado por teletrabalho externo.

O acordo de teletrabalho tem de obedecer a uma forma qualificada: deve ser celebrado por escrito e conter os elementos previstos no n.º 5 do art. 166.^º²⁰. Um ponto de destaque é o facto de a forma ter apenas valor probatório, ao contrário do que acontece, em regra, para os contratos de trabalho especiais, em que a inobservância da forma pressupõe a conversão do contrato viciado em contrato de trabalho comum²¹.

Ainda no que toca aos principais aspetos do regime geral do teletrabalho, importa referir que, à luz do n.º 6 do art. 166.^º, existe a possibilidade de recusa do acordo por parte do trabalhador, que não tem de ser fundamentada, em contraposição com a recusa por parte do empregador, nos termos do n.º 7 do mencionado artigo. Assim, o trabalhador tem total liberdade para aceitar ou para se opor ao teletrabalho, sem fundamentação, pelo que os efeitos da recusa do acordo de teletrabalho dependem da parte da relação laboral que o propôs.

Não obstante a relevante referência aos aspetos gerais do regime, o teletrabalho pode advir de um direito dos trabalhadores. Com efeito, o legislador consagrou o direito ao teletrabalho para categorias especiais de trabalhadores, pretendendo estabelecer uma

¹⁶ Contudo, deve salientar-se que o regime de teletrabalho não fica fragilizado pelo facto de o trabalhador se deslocar, pontualmente, às instalações da empresa para prestar a sua atividade laboral neste local.

¹⁷ Tal como aponta Redinha, 2022, p. 25, “correspondem aos técnicos complexos que permitem a convergência entre recolha e tratamento de informação e/ou comunicação, simultânea ou diferida, sem prejuízo da natureza, conexão, suporte material, linguagem ou formato”.

¹⁸ Almeida, 2020, p. 100. Contudo, tal como salienta Redinha, 2022, p. 30, a alteração legislativa implicou o desaparecimento, na noção legal de teletrabalho, da referência à intensidade no uso das TIC, implicando o reforço da autonomia privada.

¹⁹ Gomes, 2020, p. 9.

²⁰ Relativamente aos requisitos, apenas referir que a doutrina tem apontado críticas à nova redação do conceito de teletrabalho, quanto ao local de trabalho, uma vez que a Lei n.º 83/2021, de 6 de dezembro, previu a expressão “em local não determinado por este (empregador)” no art. 165.^º. As dúvidas surgem na medida em que estamos perante uma relação jurídica de subordinação, pelo que o elemento do local de trabalho consiste num “objeto de proteção especial”, nos termos da alínea b), do n.º 3 do art. 106.^º. Assim, Redinha, 2022, pp. 27-29, defende uma “interpretação redutora da literalidade” do conceito, no sentido de que esta expressão apenas poderá ser encarada como o local no qual o empregador não tem um controlo direto.

²¹ Palma Ramalho, 2019, p. 181.

solução legal necessária para acautelar condições especialmente atendíveis e, como tal, meritórias de uma proteção especial. Em síntese, trata-se de atender à necessidade de conciliar o trabalho com circunstâncias da vida pessoal e/ou familiar. A constatação de que a referida conciliação é um “desafio considerável para muitos progenitores e trabalhadores que têm responsabilidades de prestação de cuidados”²² implicou a adoção da Diretiva (UE) 2019/1158, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores, que foi transposta para o nosso ordenamento jurídico. Neste diploma estão previstas determinadas medidas através das quais se pretende alcançar, nomeadamente, uma concretização da igualdade entre homens e mulheres na adaptação no exercício da profissão relativamente às necessidades familiares e pessoais.

Atendendo a este principal objetivo, particularmente quanto a estas categorias especiais de trabalhadores, adiante mais bem explicitadas, estamos perante um direito potestativo dos trabalhadores, segundo o entendimento maioritário da doutrina²³. Releva, portanto, referir que, segundo Mota Pinto, um direito potestativo corresponde aos “poderes jurídicos de, por um ato livre de vontade, só de per si ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeitos jurídicos que inelutavelmente se impõem à contraparte”²⁴. Em sentido contrário, Milena Rouxinol pondera se estaremos, de facto, perante um direito potestativo, ou antes diante de um “direito subjetivo propriamente dito”, na medida em que o empregador não está, efetivamente, numa posição de sujeição²⁵. Isto é, este poderá, através da alegação de fundamentos legalmente permitidos, recusar a aplicação do regime de teletrabalho, o que, do ponto de vista da autora, poderá não permitir enquadrar tal direito como direito potestativo.

Atenderemos a esta divergência no final da presente investigação, porquanto serão analisados os poderes do trabalhador e o seu alcance, considerando, no entanto, que, em contraposição, não existe no CT nenhuma estipulação legal que permita ao empregador impor o regime do teletrabalho.

²² Considerando 10 da Diretiva (UE) 2019/1158, de 20 de junho.

²³ Almeida, 2020, pp. 109 e ss. e Carvalho, 2014, p. 163.

²⁴ Mota Pinto, 2005, p. 183.

²⁵ Tal como aponta a autora, “o efeito pretendido pelo trabalhador não se impõe inelutavelmente na esfera da entidade empregadora”. Rouxinol, 2020, p. 96.

As especificidades do regime para as categorias especiais de trabalhadores

Vítimas de violência doméstica

De acordo com o n.º 1 do art. 166º-A, os trabalhadores vítimas de violência doméstica que, nos termos do n.º 1 do art. 195º, tenham apresentado queixa-crime²⁶ e tenham saído de casa de morada de família²⁷, têm direito a prestar a sua atividade em regime de teletrabalho, no caso de a atividade laboral ser compatível com o exercício de teletrabalho²⁸. Quanto a este último ponto, tal como em regra acontece, cabe ao empregador avaliar as concretas condições do exercício da atividade laboral e aferir da sua compatibilidade, ou falta dela, o que nos parece razoável atendendo à especificidade do regime²⁹.

Deste modo, estando verificados os requisitos legais, o empregador não pode opor-se ao direito do trabalhador, pelo que deve aquele disponibilizar os meios instrumentais necessários para o desempenho da prestação laboral deste. Contudo, a existência de certos requisitos torna este regime suscetível de críticas por parte de alguma doutrina. Isto é, o exercício do teletrabalho depende, para além dos requisitos concretos da situação específica do trabalhador, do requisito técnico da atividade laboral. Assim, Rosário Palma Ramalho entende que parece estar em causa uma certa confusão entre o âmbito do teletrabalho com o trabalho à distância, nomeadamente com o trabalho no domicílio³⁰. Segundo a autora, uma solução poderia passar pela possibilidade de o trabalhador “requerer temporariamente a mudança do local de trabalho para o seu domicílio ou para um centro de acolhimento, desde que tal mudança não fosse impeditiva do exercício dos poderes laborais pelo empregador”³¹. Surgem ainda críticas quanto à escassa clarificação da efetividade deste direito relativamente quanto ao modo como o trabalhador pode exigir o recurso ao teletrabalho, nomeadamente no que diz respeito à comunicação da sua intenção, assim como ao prazo de que o empregador

²⁶ Na medida em que a Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, que estabeleceu o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas, exige apenas a denúncia, existem dúvidas na doutrina quanto à bondade deste requisito. Assim, defende-se que se proceda a uma interpretação corretiva do disposto no presente artigo por forma a considerar suficiente a denúncia, tendo em conta a natureza do crime, cfr. Carvalho, 2014, p. 158.

²⁷ Relativamente a este requisito importa atender a uma definição ampla do conceito de “domicílio”, cfr. Palma Ramalho, 2019, p. 183.

²⁸ Importa atender ao conceito de vítima, segundo o art. 2.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro.

²⁹ Caso contrário poderia ocorrer um esvaziamento do conceito de teletrabalho como ocorreu no período no qual a prestação de atividade em teletrabalho passou a ser obrigatória como forma de conter a propagação do vírus Covid-19, como conclui Redinha, 2022, p. 22: tal pressuporia “trabalhos de produção material e imaterial, chegando mesmo a prescindir do recurso a TIC’s”, ou seja, uma consequente descaracterização do seu âmbito de aplicação.

³⁰ Palma Ramalho, 2019, p. 184.

³¹ *Ibidem*. Assim, a autora defende que embora a lei perspetive este regime como forma de proteger o trabalhador decorrente de circunstâncias delicadas na sua esfera pessoal, surgem críticas pela forma não generalizada do regime.

dispõe para decidir sobre a compatibilidade da atividade exercida pelo trabalhador e, entre outros aspetos, de forma particularmente relevante para a presente investigação, a ausência de consequências pela falta de fundamentação do empregador para a sua recusa por alegada incompatibilidade da prestação subordinada de teletrabalho³².

Nas palavras de Catarina Carvalho, “o legislador atribuiu à vítima de violência doméstica um conjunto de direitos que condicionam os poderes diretivo e organizativo do empregador, apesar de ele ser alheio ao fenómeno da violência doméstica cuja origem é extralaboral”³³. Este é um ponto deveras importante para o tema ora em análise. A autora refere ainda que este direito ao teletrabalho do trabalhador vítima de violência doméstica pode ser perspetivado como um avanço na sua proteção, na medida em que a lei já previa uma solução – possibilidade de transferência do trabalhador para outro estabelecimento do empregador, à luz do art. 42.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro – que pode, no entanto, ser recusada pelo empregador³⁴.

Na verdade, a particularidade da situação pessoal destes trabalhadores justifica o direito que lhes é reconhecido pela centralidade que o desempenho da sua atividade profissional, implicitamente, implica no processo de superação. Por um lado, como é a regra para a generalidade dos trabalhadores, a prestação laboral corresponde à atividade que o trabalhador desempenha com vista à obtenção da sua contraprestação, a remuneração, para, conseqüentemente, poder subsistir; por outro lado, para o trabalhador vítima de violência doméstica, o trabalho acaba por ser uma fonte de integração social, com o propósito de reduzir o isolamento ou um estado profundo de vitimização³⁵.

Trabalhadores no contexto da parentalidade

Uma outra categoria de trabalhadores a que é atribuído o direito de exercer a sua atividade em regime de teletrabalho é a dos trabalhadores com filho de idade inferior a três anos, segundo o n.º 2 do art. 166.º-A. Esta solução resultou da Lei n.º 120/2015, de 1 de setembro, que, à semelhança dos recentes diplomas nesta matéria, aprovou determinadas medidas por forma a promover um equilíbrio entre a vida profissional e as responsabilidades parentais³⁶.

Esta categoria passou, recentemente, a abranger os trabalhadores com filhos até aos 8 anos, ao abrigo do n.º 3 do mesmo artigo, desde que ambos os progenitores reúnam as condições para exercer a sua atividade em regime de teletrabalho e efetivamente a

³² Almeida, 2020, p. 112 e Vicente, 2022, p. 63.

³³ Carvalho, 2014, p. 155.

³⁴ *Idem*, pp. 156-158.

³⁵ Vasconcelos, 2022, pp. 32-33.

³⁶ Palma Ramalho, 2019, p. 185.

exercçam, ambos, num igual período temporal (período de referência de 12 meses). Por fim, o legislador, com a referida alteração legislativa, atendeu aos casos em que apenas um dos trabalhadores com responsabilidades parentais pode prestar teletrabalho, quer por constituir uma família monoparental, quer por ser o único da família que respeita o âmbito de aplicação do regime de teletrabalho. O mencionado alargamento resultou da Diretiva 2019/1158, nos termos do seu art. 9.º, cujo regime foi seguido, por nós, através da Lei n.º 83/2021, de 6 de dezembro³⁷. Existem características que aproximam esta categoria à mencionada anteriormente, como o facto de o empregador não poder opor-se à aplicabilidade do direito do trabalhador, quando a sua situação se enquadra nos parâmetros legalmente consagrados, tal como previsto no n.º 4 do art. 166.º-A³⁸. Ou seja, a efetivação do direito está dependente da ponderação por parte do empregador, pela inerente constatação da compatibilidade do exercício das funções em regime de teletrabalho.

Contudo, a previsão destes dois direitos apresenta uma diferença, nomeadamente quanto ao último direito abordado, porquanto é necessário, ainda, que “o empregador disponha de recursos e meios para o efeito”, sendo, no entanto, ambígua a amplitude desta referência por se poderem reconduzir a meios materiais, técnicos, financeiros ou humanos³⁹. Esta condição tem de estar verificada necessariamente na esfera do empregador, mas pela constatação de que não está densificada, permite que nesta seja enquadrada qualquer pretensão que, tal como alerta Rosário Palma Ramalho, “pode, na prática, inviabilizar, pura e simplesmente, o exercício do direito”⁴⁰.

A previsão deste direito, tendo como propósito garantir a efetivação do direito à conciliação da vida familiar com a vida profissional, deveria pressupor, tal como alude Maria Eunice Almeida, a previsão, pelo legislador, de um procedimento conducente à proteção do seu exercício, nomeadamente a necessária intervenção da CITE quanto à fundamentação do empregador no que diz respeito aos meios e recursos de que dispõe ou não⁴¹. Assim, entende-se que as justificações para uma oposição aparentemente não permitida, mas que pode ocorrer, pelo empregador, devem ser objetivamente sindicáveis, para que não possam depender do livre-arbítrio do empregador⁴².

³⁷ Este alargamento resultou da transposição da Diretiva 2019/1158, na medida em que a intenção deste diploma consiste em “nivelar os progenitores”, tendo em conta o paradigma social que dita que as responsabilidades familiares devem recair nas mulheres, sujeitando-se estas a ser o alvo das modalidades flexíveis de prestação laboral, cfr. Rouxinol, 2020, p. 90.

³⁸ É útil a referência à diferente escolha de palavras pelo legislador, uma vez que no n.º 7 do art. 166.º consagrou a possibilidade de recusa por parte do empregador, enquanto no n.º 6 do art. 166.º-A previu o regime da oposição, cfr. Vicente, 2022, p. 61. Segundo a autora, “não estamos perante uma referência a uma mesma ação permitida pelo empregador”.

³⁹ Almeida, 2020, p. 114; Gomes, 2022, p. 116, nota de rodapé 19.

⁴⁰ Palma Ramalho, 2019, pp. 185-186.

⁴¹ Almeida, 2020, p. 115.

⁴² Rouxinol, 2020, p. 86.

Cuidador informal não principal

Por fim, a constatação de situações específicas com necessidade de serem acauteladas, prevendo-se um direito ao teletrabalho, determinou, ainda, a consagração, pela Lei n.º 83/2021, de 6 de dezembro, de um regime específico para os trabalhadores aos quais foi atribuído o estatuto de cuidador informal não principal, nos termos do n.º 5 do art. 166.º-A⁴³.

A previsão deste regime resultou da Diretiva (UE) 2019/1158, de 20 de junho. No seu art. 9.º, a Diretiva prevê o direito dos trabalhadores cuidadores a solicitar regimes flexíveis de trabalho, sendo que, para tal, são entendidos como “um trabalhador que presta cuidados pessoais ou apoio a um familiar ou a uma pessoa que vive no mesmo agregado familiar que o trabalhador e que necessita de cuidados ou de assistência significativos por uma razão médica grave, conforme definido por cada Estado-Membro”⁴⁴. No ordenamento jurídico português, através do Estatuto do Cuidador Informal, aprovado pela Lei n.º 100/2019, de 6 de setembro, ocorre uma distinção entre cuidador informal principal e cuidador informal não principal, sendo comum o facto de corresponder ao “cônjuge ou unido de facto, parente ou afim até ao 4.º grau da linha reta (trisavós/trinetos) ou da linha colateral da pessoa cuidada (irmãos, tios/sobrinhos, tios-avós/sobrinhos-netos, primos), que acompanha e cuida desta (...)”⁴⁵.

Segundo a Diretiva, o direito corresponde ao poder de solicitar a aplicação de regimes de trabalho flexíveis, como o teletrabalho, devido às necessidades inerentes à prestação de cuidados às pessoas referidas anteriormente, tendo o empregador que, para além de considerar o pedido do trabalhador num prazo razoável, fundamentar a sua recusa.

No CT, o legislador consagrou o regime limitando-o temporalmente, prevendo um prazo máximo de quatro anos, seguidos ou interpolados, pelo qual o trabalhador pode exercer a sua atividade em regime de teletrabalho. De seguida, à semelhança do consagrado para os trabalhadores com responsabilidades parentais, exigiu ainda a compatibilidade da atividade do trabalhador, assim como a existência, na esfera do empregador, de meios e recursos para a sua efetivação. Quanto a estes, remetemos para o mencionado anteriormente⁴⁶.

⁴³ Em resultado da Agenda do Trabalho Digno, foram previstas outras medidas que também transpõem a Diretiva (UE) 2019/1158, de 20 de junho. Assim, aos trabalhadores cuidadores informais foram ainda concedidos outros direitos melhor identificados adiante.

⁴⁴ Art. 3.º, n.º 1, alínea d) da Diretiva (UE) 2019/1158, de 20 de junho.

⁴⁵ O estatuto de cuidador informal é reconhecido pelos serviços da Segurança Social, ao abrigo do Decreto Regulamentar n.º 1/2022, de 10 de janeiro.

⁴⁶ Não poderá fazer este pedido o trabalhador que não exerce funções compatíveis com o teletrabalho, pois não está o empregador obrigado a mudar a estrutura funcional do posto de trabalho, cfr. Lobo Xavier & Carvalho, 2014, p. 61.

Surge, deste modo, a temática que serve de base ao presente estudo, na medida em que unanimemente se conclui que o legislador parece ter pretendido consagrar um direito que não é, de facto, um direito potestativo, ao contrário do que se poderia entender na previsão das situações previamente mencionadas. Tal conclusão prende-se com a consagração de uma possível oposição com fundamento em “exigências imperiosas do funcionamento da empresa”, pelo que o empregador está apenas obrigado a reagir ao referido pedido⁴⁷. Pode este conceito ser entendido como equivalente ao esvaziamento do direito legalmente previsto?

A consagração desta limitação do regime, que se perspetiva, sob certa ótica, como menos protecionista para os trabalhadores cuidadores não informais, comporta alguma perplexidade na doutrina, uma vez que o “envelhecimento populacional é (e perspetiva-se que continue a ser) uma realidade”⁴⁸. Contudo, no final do n.º 6 do art. 166.º-A, o legislador previu um reforço quanto a este regime pela remissão para o regime previsto nos n.ºs 3 a 10 do art. 57.º, que se reporta à intervenção da CITE. Segundo este regime, o pedido do trabalhador deve ser decidido, pelo empregador, num prazo máximo de 20 dias a contar do pedido, sendo que no caso de resposta negativa, com o fundamento em análise, o empregador remete a decisão ao trabalhador, que a pode apreciar num prazo de 5 dias, mas é aquele obrigado ainda a informar a CITE da situação em causa. Esta, num prazo de 30 dias, emite parecer através do qual atesta ou reprova a fundamentação do empregador. Adotando esta perspetiva, parece-nos que a previsão de um prazo de resposta do empregador e a consagração de consequências, nomeadamente pela intervenção da CITE, pressupõe um reforço da posição desta categoria em relação às mencionadas anteriormente.

Para concluir a análise geral do direito ao teletrabalho, importa atender a que há autores que defendem existir ainda outras realidades que deveriam ser abrangidas no direito a teletrabalhar, como trabalhadores portadores de deficiência, doença crónica ou doença oncológica⁴⁹. Tal como já referido, o constante aperfeiçoamento do regime, em resultado da sua discussão, quer pela doutrina, quer pela opinião pública, fundamentou uma proposta de alteração legislativa, consagrando neste aspeto que “O trabalhador com filho até três anos ou, independentemente da idade, com filho com deficiência ou doença crónica que com ele viva em comunhão de mesa e habitação, tem direito a exercer a atividade em regime de teletrabalho, quando este seja compatível com a atividade

⁴⁷ *Idem*, p. 44.

⁴⁸ Almeida, 2020, pp. 120-121, duvidando da bondade desta disparidade de proteção, defende a necessidade de o legislador português reconhecer igualmente um direito potestativo para esta categoria de trabalhadores. É de relevar ainda que a autora aponta como necessária a consagração de um direito ao exercício profissional em regime de teletrabalho para os trabalhadores portadores de deficiência e para os trabalhadores com idade avançada, como forma “de se sentirem socialmente úteis” (pp. 121-123).

⁴⁹ Gomes, 2022, p. 116.

desempenhada e o empregador disponha de recursos e meios para o efeito”⁵⁰. Isto demonstra, tal como destaca Guilherme Dray, que “importa acompanhar o devir social e evoluir em conformidade, criando-se (...) novas soluções e linhas de orientação em função dos influxos sociais emergentes”⁵¹.

⁵⁰ <https://www.dn.pt/sociedade/teletrabalho-alargado-a-pais-com-filhos-com-doenca-oncologica-15803070.html>.

⁵¹ Dray, 2002, p. 286.

Capítulo II – O conceito de “exigências imperiosas do funcionamento da empresa” – aproximação à sua densificação

O direito de recusa – uso e abuso

Aqui chegados, cabe-nos proceder à análise do conceito de “exigências imperiosas do funcionamento da empresa”, previsto no n.º 6 do art. 166.º-A, tendo como ponto de partida o facto de poder ser fundamento de oposição ao direito ao teletrabalho do trabalhador cuidador não informal. Estamos perante um conceito jurídico indeterminado, uma expressão das que, segundo Menezes Cordeiro, correspondem a “fórmulas linguísticas juridicamente relevantes”.⁵² O uso de conceitos indeterminados é inevitável, pelo reconhecimento de que não é possível prever, hipoteticamente, todas as situações e o seu contrário. Assim, o legislador, apercebendo-se desta inevitabilidade, em determinadas circunstâncias, obsta a uma “disciplina regulamentadora minuciosa estabelecida pela via da tipicidade de hipóteses previamente definidas”⁵³. Estes conceitos podem ser indeterminados, consoante diferentes fatores: polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento⁵⁴. No caso em análise, a indeterminação do conceito ocorre pela sua vaguidade, porquanto ao empregador é consagrada uma ampla margem de fundamentação, sendo, por isso, necessário atender quer ao “elemento gramatical, quer ao elemento sistemático, quer ao quadro dos valores fundamentais do sistema”⁵⁵.

No âmbito do Direito do Trabalho, são vários os conceitos indeterminados que surgem, tais como a referência ao “prejuízo sério” (art. 194.º), aos “motivos atendíveis” (art. 227.º), à “modificação substancial da posição do trabalhador” (art. 120.º), entre outros. Como indica Leal Amado, todos estes conceitos “apresentam um conteúdo flexível”, carecendo de “preenchimento valorativo”, que no final de contas é da responsabilidade da entidade empregadora⁵⁶. No caso em apreço, é o empregador que irá avaliar a imperiosidade das exigências da empresa e releva o facto de esta invocação se repercutir na negação da prestação de teletrabalho do trabalhador cuidador informal.

Deste facto, surgem determinadas preocupações, nomeadamente quanto a um possível uso abusivo do direito concedido ao empregador. O direito de oposição do empregador ao direito ao teletrabalho consiste numa concretização da liberdade de empresa e da liberdade de iniciativa económica privada, previstas no n.º 1 do art. 61.º e na alínea c) do art. 80.º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Assim, o

⁵² Menezes Cordeiro, 2012, p. 773.

⁵³ Leal Amado, 2012, pp. 219-220.

⁵⁴ Menezes Cordeiro, 2012, p. 773.

⁵⁵ Vicente, 2022, p. 62.

⁵⁶ Leal Amado, 2007, p. 803: é o interesse do empregador, o “único intérprete legítimo daquele pseudo-interesse pretensamente coletivo”.

exercício destas liberdades pressupõe a adoção de comportamentos por parte do empregador que lhe permitam organizar os meios ao seu alcance, da forma que melhor lhe convém para atingir os objetivos que considera pertinentes para a manutenção da empresa. Estes comportamentos refletem, em parte, o seu poder de direção, segundo o qual o empregador determina a organização da prestação da atividade dos trabalhadores ao seu dispor, podendo instruir a sua execução⁵⁷ tendo em vista “a prossecução dos objetivos económicos visados”⁵⁸. Estes objetivos, de um modo geral, são acautelados pelo legislador através da consagração deste direito do empregador. No entanto, convém lembrar que este poder não fica à total disponibilidade do empregador, na medida em que não depende apenas do “critério puro arbitrário do empregador”⁵⁹.

Efetivamente, é no seguimento desta prerrogativa que intervém o instituto do abuso de direito. Nas palavras de Menezes Cordeiro, este corresponde à “atuação formalmente concorde com as normas, mas substantivamente contrária aos valores fundamentais da ordem jurídica”⁶⁰. Neste âmbito, é necessário atender aos elementos da figura invocada, nomeadamente à ilegitimidade, ao exercício de um direito, que se constata manifestamente excessivo, à tutela da boa-fé, nas vertentes da tutela da confiança e a da primazia da materialidade subjacente, relacionada com os bons costumes e, por fim, mas não menos importante, ao fim social protegido com a norma⁶¹. A oposição do empregador a um direito do trabalhador pode revelar-se, de facto, abusiva, uma vez que, sendo o empregador titular do direito à organização empresarial, na falta de fundamentação sólida que o sustente, podemos estar, no caso concreto, perante um exercício “em termos clamorosamente ofensivos da justiça”⁶².

O princípio da boa-fé intervém pelo facto de ser um princípio que impõe, de forma recíproca, que tanto o exercício de direitos, como dos deveres, se faça de acordo com o intuito pelo qual o ordenamento jurídico se concretiza e é encarado, pois pressupõe um “determinado conjunto de valores éticos dominantemente aceites na sociedade”⁶³.

No caso em concreto, considerando os interesses da empresa, o empregador pode opor-se ao direito ao teletrabalho, mas tal não pode implicar uma utilização do direito que extravase a sua função normal, tendo em conta, também, os interesses do trabalhador que originaram a sua previsão. Contudo, não nos aprofundaremos doutrinariamente quanto a esta questão, pelo que concluiremos o presente ponto com a

⁵⁷ A este poder estão associados o poder regulamentar e disciplinar, cfr. Coutinho de Abreu, 1983, p. 302.

⁵⁸ Lambelho & Gonçalves, 2021, p. 165.

⁵⁹ O empregador está limitado pela lei, instrumentos de regulamentação coletiva, assim como pelo contrato de trabalho, cfr. Coutinho de Abreu, 1983, p. 307.

⁶⁰ Menezes Cordeiro, 2020, p. 926.

⁶¹ *Idem*, pp. 931-932.

⁶² Ac. de 20 de dezembro de 2011, do TRP, proferido no âmbito do Processo n.º 992/09.4 TTBCL.P1, disponível em www.dgsi.pt.

⁶³ Abrantes, 2005, p. 178.

referência de que o estudo do instituto do abuso do direito é fulcral perante a previsão de direitos por meio de conceitos indeterminados, com repercussões na prática jurídica, uma vez que é necessário “averiguar se o titular do direito, enquanto se contiver no âmbito dos poderes que lhe estão conferidos e os exercer sobre o bem que constitui o seu objeto, goza de total liberdade no seu exercício”⁶⁴.

O direito de recusa – colisão de direitos

Para além do possível problema quanto ao abuso de direito, estamos ainda perante uma colisão de direitos constitucionalmente consagrados no âmbito da relação laboral. Por um lado, tal como já referido, ao empregador é conferida a liberdade de empresa e de iniciativa económica privada e, por outro lado, ao trabalhador, é consagrado o direito à conciliação da vida privada e profissional, que se densifica no direito ao teletrabalho, atendendo ao seu contexto pessoal, nos termos da alínea b) do n.º 1 do art. 59.º da CRP. Quanto à posição do trabalhador, podemos ainda referir o facto de que este direito visa “a organização do trabalho em condições socialmente dignificantes de modo a facultar a realização pessoal e (...) ainda, uma exigência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26.º da CRP) e o do direito à família (art. 36.º da CRP)”⁶⁵. Este conflito será decidido, em primeira análise, atendendo ao regime em concreto, pelo parecer da CITE⁶⁶.

Trata-se, assim, de direitos fundamentais, constitucionalmente protegidos, com natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, na medida em que implicam uma liberdade “de gerir sem interferência externa”⁶⁷. Não vamos desenvolver as divergências doutrinárias a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas⁶⁸, porquanto entendemos que, independentemente da sua relevância, estão em causa direitos fundamentais que podem ser invocados por cada uma das partes da relação laboral, pelo que necessitam de ser ponderados. Em concordância com Rosário Palma Ramalho, esta eficácia tem de ser atribuída atendendo a uma “razão estrutural”, na sequência dos elementos que integram a relação laboral – “o elemento de poder e o elemento de pessoalidade”⁶⁹.

⁶⁴ Fernandes, 2010, p. 613.

⁶⁵ Caderno do Tribunal Constitucional (2013), *Acórdãos*, vol. 88, p. 146.

⁶⁶ De referir que a CITE, cujo regime se encontra estabelecido no Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março, consiste num órgão colegial tripartido, dotado de autonomia administrativa e personalidade jurídica. A atuação da CITE pressupõe um controlo prévio, atendendo aos seus critérios, que determina se as pretensões dos trabalhadores podem ser recusadas analisando as fundamentações do empregador, Lobo Xavier & Carvalho, 2014, pp. 46-47.

⁶⁷ Esta conclusão é determinada por inúmeros acórdãos do Tribunal Constitucional, tal como o Ac. n.º 289/2004, proferido no âmbito do Processo n.º 578/99.

⁶⁸ Quanto à vinculação das entidades privadas aos valores constitucionais ver Palma Ramalho, 2020, pp. 201-211 e Silva & Leitão, 2021, pp. 39-56.

⁶⁹ Palma Ramalho, 2020, p. 209.

Na medida em que correspondem a direitos fundamentais que podem ser reconduzidos à categoria de direitos, liberdades e garantias, podem beneficiar do “regime de tutela reforçada” previsto no n.º 1 do art. 18.º da CRP, que contém o “princípio da aplicação direta e da vinculação das entidades privadas aos DLG”⁷⁰. Quanto a este, é importante apenas referir que, para além de melhor abordado adiante, não é incompatível, contudo, com os princípios que decorrem da lei civil, nomeadamente com o princípio da boa-fé e, conseqüentemente, com a salvaguarda do abuso de direito, nos termos do art. 334.º do Código Civil (CC)⁷¹.

Deste modo, a constatação de direitos fundamentais que, em casos concretos e na sua extensão objetiva, são de aplicação incompatível permite concluir a necessária análise relativamente à forma como e em que termos é possível a sua restrição. Esta, nas palavras de Jorge Miranda, corresponde à “compressão (ou) amputação de faculdades que a priori estariam nele compreendidas”, que se funda em determinadas razões atendíveis⁷². Poderemos dizer que, neste caso, parece que o legislador pretendeu consagrar uma restrição explícita ao direito à conciliação da vida familiar e profissional dos trabalhadores cuidadores informais não principais, prevalecendo o direito à iniciativa privada económica do empregador, mas cabe-nos uma interpretação desta factualidade⁷³. Segundo Rosário Palma Ramalho, os direitos fundamentais, no âmbito do Direito do Trabalho, podem ser limitados, segundo três modalidades: limites imanentes, pela constatação de que nenhum direito é ilimitado, limites extrínsecos, pela conflitualidade entre diferentes direitos, e limites voluntários, através da vontade do trabalhador⁷⁴.

A aproximação ao sentido do conceito indeterminado em análise, que reflete um direito fundamental de uma das partes, ocorre de forma simultânea à compatibilização dos direitos fundamentais em colisão e conseqüente interpretação em conformidade com a Constituição.

O direito de recusa – análise dos elementos interpretativos

Por esta razão, reconhecemos que a análise pretendida com a presente investigação, ainda que útil, terá as suas limitações, na medida em que o preenchimento do referido conceito não pode pressupor, naturalmente, uma aplicação genérica e indiferenciada. Pelo contrário, depende do caso concreto, pois reforçamos a ideia: não é possível, por não ser suposto, a determinação do conceito para toda e qualquer ocasião.

⁷⁰ Palma Ramalho, 2012, p. 623.

⁷¹ *Idem*, p. 626.

⁷² Miranda, 2012, p. 329.

⁷³ Quanto ao caráter restritivo das restrições ver Miranda, 2012, pp. 337 e ss.

⁷⁴ Palma Ramalho, 2020, pp. 210-211.

Partindo para uma tentativa de alcançar um sentido útil das “exigências imperiosas do funcionamento da empresa” no âmbito do direito do trabalho e da intenção do legislador, atenderemos, em primeiro lugar, à letra da lei.

Literalmente, as “exigências imperiosas” correspondem a situações excepcionais, extraordinárias⁷⁵, que não admitem concessões, ou seja, constata-se o seu caráter imprescindível. Estas correspondem a uma condição que gera “uma situação inexigível”⁷⁶ para o empregador, por não poder abdicar por forma a assegurar o regular funcionamento da empresa⁷⁷. Fazendo um paralelismo com outros regimes em que a mesma expressão é utilizada para justificar os poderes de gestão do empregador, nomeadamente quanto à alteração do período de férias por motivo relativo à empresa, seguimos o entendimento de autores que referem alguns dos parâmetros através dos quais é possível a densificação do conceito. Assim, devemos atender à “necessidade ponderosa, insuscetível, naturalmente, de contemplação no quadro de normalidade (...) e que não seja possível ou razoavelmente exigível satisfazer de outro modo (...)”, atendendo “à prossecução da finalidade em causa”⁷⁸.

Especificamente quanto à referência da empresa no conceito de exigências imperiosas, surgem também inúmeras questões. Existem aspetos relevantes da relação de trabalho que são essencialmente definidos pelo fator “empresa”; contudo, a alusão a esta, ao longo do CT, é duvidosa. Para além do facto de não ser um conceito que esteja definido no CT, nem que haja uniformidade quanto ao seu sentido, surge na Lei constantemente com significados diferentes, pelo que se conclui não vigorar, no Direito Laboral, um conceito unitário⁷⁹. Assim, por um lado, a empresa é perspectivada como empregador, adotando um âmbito subjetivo, tal como consta no art. 8.º. Segundo Bernardo Lobo Xavier, tal permite concluir que as normas se dirigem às empresas como “verdadeiros sujeitos da vida económica”⁸⁰. Por outro lado, a empresa surge referida como uma estrutura de organização de meios produtivos e de pessoas, num âmbito objetivo, pelo que surge a referência a “estabelecimento”, conceito tipicamente comercial, nomeadamente no n.º 2 do art. 415.⁸¹ Dependendo do ponto de vista pela qual é encarada, existem diferentes definições de empresa no âmbito do Direito do

⁷⁵ Cfr. Ac. de 11 de julho de 2019, do TRE, proferido no âmbito do Processo n.º 3824/18.9 T8STB.E1.

⁷⁶ Cfr. Ac. de 3 de outubro de 2022, do TRP, proferido no âmbito do Processo n.º 8273/22.1 T8PRT.P1.

⁷⁷ “Deverão ser mesmo razões forçosas, impreteríveis”, cfr. Ac. de 15 de novembro de 2021, do TRP, proferido no âmbito do Processo n.º 2731/20.0 T8MAI.P1.

⁷⁸ Leal Amado et al., 2020, p. 704. A propósito do direito a férias, tal como defendido por Rouxinol, 2014, pp. 74-75.

⁷⁹ Carvalho, 2011, p. 110.

⁸⁰ Lobo Xavier, 2020, p. 88.

⁸¹ Carvalho, 2011, p. 806.

Trabalho⁸². O CT, na verdade, classifica apenas a empresa de acordo com um critério quantitativo⁸³, nos termos do art. 100.º.

De acordo com os elementos sistemático e teleológico, percebemos que a definição de empresa, no âmbito do Direito do Trabalho, tem relevância, porquanto inúmeras vezes é apontada como parâmetro para a aplicação de diferentes regimes. Assim, “representa, desde logo, o contexto em que são geridas, integradas e coordenadas as prestações do trabalho e os correlativos contratos”⁸⁴. No entanto, não é esta a contraparte da relação laboral⁸⁵. De facto, a empresa corresponde ao “centro de imputação normativa dos poderes do empregador”⁸⁶, pelo que nos cabe aferir do impacto que comporta na oposição ao direito ora em análise. Segundo Menezes Leitão, o facto de o legislador consagrar sentidos diferentes ao conceito de empresa permite ao intérprete perceber as referências através das quais o legislador pretende abranger o interesse do empregador e o interesse da empresa, nomeadamente para “justificar medidas excepcionais de gestão empresarial”⁸⁷.

Nas palavras de Júlio Gomes, “o interesse da empresa representa uma especificação da boa-fé, a exigência de uma racionalidade na gestão que não se compadece com a prossecução de políticas arbitrárias e, muito menos, de vinganças pessoais”⁸⁸. Deste modo, o direito em causa legitima a posição do empregador na sua atuação, mas este encontra-se limitado, pois existem direitos do trabalhador em contraposição, os quais se tem, igualmente, de proteger. Tendo este ponto orientador, tal como entendem certos autores, o legislador pretende transpor para o Direito do Trabalho, que corresponde a um ramo de direito privado, nos termos do n.º 2 do art. 126.º, uma “concretização exemplificativa da atuação de boa-fé que é imposta às partes”, ao abrigo do princípio da boa-fé na execução dos contratos, previsto no n.º 1 do art. 762.º do CC⁸⁹.

Assim, através de mecanismos de interpretação das normas, nomeadamente por meio de princípios, que “correspondem a coordenadas do sistema jurídico, que enformam linhas de solução de problemas, reaparecendo em dispersas normas jurídicas”, tentaremos proporcionar diretrizes adequadas para a referida aproximação

⁸² Coutinho de Abreu entende que “empresa laboral é toda a organização de meios (materiais e imateriais) que constitui um instrumento de exercício relativamente continuado de uma atividade de produção, cujos trabalhadores estão sujeitos, individual e coletivamente, ao regime do Direito do Trabalho”, cfr. Coutinho de Abreu, 1983, p. 264.

⁸³ Existem dois tipos de critérios de classificação da empresa, de acordo com a sua dimensão, segundo Catarina Carvalho: critérios qualitativos e quantitativos, podendo ocorrer uma conjugação dos diferentes parâmetros, cfr. Carvalho, 2011, p. 102.

⁸⁴ Lobo Xavier, 2020, p. 94.

⁸⁵ Embora seja considerada como tal, aparentemente, nomeadamente nos Artigos 8.º e 100.º, segundo Menezes Leitão, 2019, p. 226.

⁸⁶ Lobo Xavier, 2020, p. 96.

⁸⁷ Menezes Leitão, 2019, p. 226.

⁸⁸ Gomes, 2007, pp. 806-807.

⁸⁹ Romano Martinez et al., 2020, p. 327.

ao conceito⁹⁰. No âmbito do Direito do Trabalho surgem frequentemente apontados, como princípios estruturantes, o princípio da proteção do trabalhador, por um lado, e o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão, por outro⁹¹.

Concluindo o presente subcapítulo, e reforçando apenas um ponto que outrora já abordámos, o teletrabalho, que pode ser encarado como “uma forma exótica de prestação laboral”⁹², comporta inúmeras vantagens, quer para o empregador, quer para o trabalhador, essencialmente quanto aos mesmos parâmetros⁹³. De facto, o teletrabalho pressupõe uma redução dos custos associados à manutenção de um espaço que o empregador tem de dispor de forma permanente para os trabalhadores, que por sua vez reduzem os custos quanto a deslocações⁹⁴. Ademais, constata-se uma maior flexibilidade no exercício da atividade, o que pressupõe maior eficácia na realização das tarefas, ou seja, maior otimização do resultado, que traz maior satisfação ao trabalhador e mais resultados para o empregador, segundo aponta alguma doutrina⁹⁵. Não obstante, este regime é paradoxal⁹⁶, porquanto pressupõe, simultaneamente, maior e menor conciliação da vida familiar com a profissional (por exigir mais trabalho, decorrente da erosão dos limites ao tempo de trabalho), pela maior e menor produtividade, por permitir maior e menor poder de direção, entre outros aspetos adiante mais bem explorados.

O direito de recusa – definição dos interesses subjacentes

Concretamente quanto ao regime do teletrabalho, é-nos difícil, num primeiro momento, constatar quais os motivos atendíveis que possam ser alegados pelo empregador para justificar a recusa do exercício deste direito relativamente aos trabalhadores cuidadores informais não principais, assim como é difícil compreender a justificação de regimes diferentes para a proteção das diversas categorias referidas.

Relativamente ao primeiro ponto, torna-se desafiante elencar motivos atendíveis para desconsiderar a pretensão do trabalhador nestes casos, na medida em que é

⁹⁰ Menezes Cordeiro, 2012, p. 720.

⁹¹ Nas palavras de Guilherme Dray, os princípios servem para “promover a aprovação de novas regras, orientar a interpretação das existentes, resolver os casos não previstos na lei e fornecer fundamentos e argumentos válidos para a solução do caso concreto”, e “se é verdade que não podem existir regras jurídicas opostas ou contraditórias, o mesmo já não se passa quanto aos princípios”⁹¹, Cfr. Dray, 2022, p. 49 e p. 63.

⁹² Dray, 2002, p. 285.

⁹³ Para além das vantagens relacionadas com as partes da relação laboral são ainda apontadas vantagens ao nível da sociedade em geral, pela redução do tráfego e, conseqüentemente, uma redução da poluição, cfr. Gomes, 2020, p. 4.

⁹⁴ Idem, p. 6.

⁹⁵ Almeida, 2020, p. 88.

⁹⁶ Que para além dos problemas ora evidenciados implica outros tantos, como a necessidade de consagração do direito à desconexão e os acidentes de trabalho ocorridos em teletrabalho.

fortemente defendido que as “grandes desvantagens do teletrabalho – e são várias –, quando ocorrem, recaem sobre o trabalhador”⁹⁷.

Quanto à diferente proteção consoante a concreta relação familiar em análise, uma vez que está em causa a proteção do mesmo direito – conciliação da vida familiar e da vida profissional – não nos parece razoável a referida distinção. Esta incompreensão é agravada pelo facto de recentemente ter sido proposto o alargamento de direitos já previstos no âmbito da parentalidade para os cuidadores informais, nomeadamente a possibilidade de aplicação de outros regimes flexíveis ao contrato pré-existente – trabalho a tempo parcial (art. 101.º-C) e horário flexível (art. 101.º-D), a previsão de uma licença de cuidador (art. 101.º-B) e, por fim, a possibilidade de faltar justificadamente, por motivo de força maior por razões familiares urgentes (art. 252.º)⁹⁸.

De facto, a relação laboral é complexa, uma vez que estamos perante dois sujeitos privados que celebram um contrato – *in casu* um contrato de trabalho – através do qual uma das partes, o trabalhador “por (...) conta, risco e direção (do empregador), desempenha determinada atividade”⁹⁹. Ambos são sujeitos a direitos e deveres, inúmeras das vezes antagónicos, pois o empregador pretende despende o mínimo de recursos a prestar ao trabalhador e este, por sua vez, pretende ganhar o melhor salário pelo seu trabalho. A este propósito, é interessante atender ao aludido por Júlio Gomes, pois “não é contudo necessário (...) conceber algum interesse comum entre empregador e trabalhadores para dotar de sentido útil a referência ao interesse da empresa, enquanto limite aos poderes do empregador”¹⁰⁰. No entanto, seguindo este entendimento e admitindo que não é necessário, tornam-se desafiantes os casos em que não ocorre esta partilha de interesses, porque a salvaguarda da posição de uma parte pressupõe, muito provavelmente, a derrogação da outra.

Desta complexidade advém um problema: a inevitabilidade da confusão entre a empresa e o empregador e os interesses inerentes a cada uma destas figuras. Tal como aponta alguma doutrina, “o empregador é, muitas das vezes, titular de empresa que recruta mão-de-obra para levar a cabo a atividade empresarial que desenvolve”¹⁰¹. No entanto, apenas o empregador é parte da relação contratual, pelo que a alegação do interesse da empresa tem de ser um fundamento objetivamente apreciado, compreendendo “técnicas de gestão”, e não corresponder, necessariamente, aos

⁹⁷ Fernandes, 2020b, p. 18.

⁹⁸ Alterações segundo a Proposta de Lei n.º 15/XV do Governo, pp. 94 e ss.

⁹⁹ Lambelho & Gonçalves, 2021, p. 69. Nas palavras de Fernandes, 2020a, p. 20, “o empregador ganha o poder de dispor de uma parte do tempo de existência do trabalhador, incorporando-o como segmento do processo pela qual a empresa funciona”.

¹⁰⁰ Gomes, 2007, p. 803. Ainda que este exista e como bem aponta o autor, pois o trabalho pretende que a empresa progrida, por forma a conservar o seu posto de trabalho (p. 805). No mesmo sentido Rouxinol, 2014, p. 74.

¹⁰¹ Lambelho & Gonçalves, 2021, p. 70.

interesses pessoais do empregador¹⁰². Tratando-se de uma expressão que exprime, no fim de contas, o interesse da empresa, teremos de alertar que não pode este ser encarado como sinónimo do interesse do empregador¹⁰³.

À luz da finalidade do regime jurídico, inserido num sistema normativo, procederemos a uma enumeração de possíveis concretizações do fundamento de “exigências imperiosas do funcionamento da empresa” no âmbito do teletrabalho. A presente densificação terá o auxílio dos elementos interpretativos referidos anteriormente, contributos doutrinários, mas também de pareceres da CITE¹⁰⁴ e jurisprudência¹⁰⁵. Na impossibilidade de analisar pareceres e jurisprudência que versem, na íntegra, quanto à atendibilidade dos motivos de oposição do empregador ao direito ao teletrabalho, uma vez que a alteração legislativa é recente, a análise dos referidos pareceres e acórdãos recairá sobre a alegação deste fundamento por parte da empresa quanto aos já referidos institutos legais paralelos – modificação das férias por motivo da empresa e pedido de horário flexível.

Deste modo, invocaremos, de forma ampla, as seguintes fundamentações:

Garantia do poder de direção e controlo do empregador

Um dos motivos que pode corresponder a uma exigência imperiosa do funcionamento da empresa é a aparente perda do poder de direção e controlo do empregador sobre a prestação do trabalhador. Alguns empregadores podem ter maior resistência na adoção do regime do teletrabalho, alegando que sendo o poder de direção essencial na relação laboral, o teletrabalho prejudica-o ou, no limite, elimina-o. Contudo, o facto de o empregador ter ao seu dispor inúmeros mecanismos que lhe permitem o exercício de tal poder à distância desconstrói este argumento como fundamento de oposição ao direito. Tal como aponta Rosário Palma Ramalho, “a distância física do trabalhador em relação às instalações do empregador não resulta no enfraquecimento da sua subordinação, mas antes na sofisticação da mesma”¹⁰⁶. Este conceito de controlo é doutrinariamente apelidado de telesubordinação¹⁰⁷, o que conduz a inúmeros problemas que, por si, relevariam para um estudo autónomo, na medida em que “este controlo é

¹⁰² *Idem*, p. 167.

¹⁰³ Lobo Xavier, 2020, p. 100.

¹⁰⁴ É pertinente a referência de que a atuação da CITE, sendo esta um ente administrativo, abrange um conjunto limitado de poderes funcionais, os quais previstos nos artigos 2.º a 5.º do Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março, e que têm, necessariamente, de se compreender ao “específico posicionamento que assume em cada procedimento”, cfr. Lobo Xavier & Carvalho, 2014, pp. 39-40.

¹⁰⁵ Pela constatação de que o preenchimento dos conceitos indeterminados se faz, frequentemente, pela jurisprudência, tendo o juiz um papel “absolutamente incontornável” cfr. Leal Amado, 2012, p. 219.

¹⁰⁶ Palma Ramalho, 2019, p. 188. No mesmo sentido Leal Amado, 2022, p. 129 e Rebelo, 2019, p. 218.

¹⁰⁷ Leal Amado, 2022, p. 129.

permitido, ainda que não sejam fixados os seus limites”¹⁰⁸. Cabe-nos apenas salientar que estes mecanismos são necessários para a permanência dos requisitos necessários à existência de um controlo de trabalho, no entanto, não podem pressupor um maior controlo do que seria possível exercer com a prestação de trabalho nas instalações da empresa¹⁰⁹. De facto, não havendo perda, pelo empregador, deste seu poder, não parece justificada a oposição com base neste argumento, pois não se perde a utilidade da prestação laboral.

Entendemos ser necessário averiguar casuisticamente se se permite ou não a subsistência da prestação laboral, mantendo-se a característica da subordinação jurídica. Deste modo, deve o empregador realizar uma verificação simples por meios de estudos estratégicos, sendo necessário que utilize todos os recursos disponíveis para implementar novas formas de controlo da atividade profissional. No caso das referidas metas serem alcançadas, não vemos razões pertinentes pelas quais o empregador poderá recusar a adoção do regime de teletrabalho com base na presente fundamentação.

Proteção do sigilo e confidencialidade empresarial

Ainda pode ser invocado como argumento para a oposição ao direito a maior facilidade em ocorrer violação dos deveres de sigilo e confidencialidade por parte dos trabalhadores. Considerando a evolução tecnológica, uma informação pode ser divulgada em questões de segundos para qualquer lugar do mundo e, na medida em que tal pode ocorrer num espaço que não é diretamente controlado pelo empregador, há menos poder deste sobre a possível dispersão das informações confidenciais¹¹⁰. A este facto acresce a possibilidade de terceiros terem acesso a informação confidencial da empresa, quer pela presença oculta em reuniões telemáticas, quer pela visualização de documentos que o trabalhador tenha no seu domicílio, quer, no extremo, por ataques cibernéticos devido à pouca segurança da internet ou dos sistemas operativos do trabalhador.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 132. Tal como refere o autor, ao abrigo do princípio da boa-fé, o trabalhador tem de ser informado sobre as formas como é vigiado, à distância, pelo empregador e realça que “nem tudo o que é tecnologicamente possível é juridicamente admissível”. Na medida em que a atividade sempre seria prestada com recurso às TIC, ainda que nas instalações da empresa, o controlo por vias digitais sempre existiria.

¹⁰⁹ Fernandes, 2020b, p. 242. A este respeito ver as conclusões da Comissão Nacional de Proteção de Dados (2020), *Orientações sobre o controlo à distância em regime de teletrabalho*, www.cnpd.pt/media/zkhkxlp/orientacoes_controlo_a_distancia_em_regime_de_teletrabalho.pdf.

Segundo Leal Amado et al., 2020, p. 123: “A inserção destas tecnologias na relação de trabalho originou um novo tipo de controlo, o controlo eletrónico do trabalhador, controlo este desverticalizado, objetivo, incorporado na máquina e sistema com o qual interage, tornando-se um controlo à distância, em tempo real, com uma enorme capacidade de armazenamento, capaz de memorizar, cruzar e reelaborar detalhadamente muitos dos comportamentos dos trabalhadores”.

¹¹⁰ Ainda que tenha apontado a ideia da invisibilidade da tecnologia para o caso da proteção dos dados pessoais do trabalhador, esta pode ser referenciada, igualmente, como fundamento de proteção da posição jurídica do empregador, Leal Amado et al., 2020, p. 125.

Contrapondo o direito do trabalhador, parece-nos que a invocação deste argumento pode ter maior relevância nas áreas em que há um elevado risco e consequências significantes para a empresa, na medida em que a dissipação da informação pode ocorrer independentemente do local em que o trabalhador realizar a atividade, desde que através do uso das TIC. Assim, ao trabalhador são impostos deveres de sigilo e confidencialidade, independentemente do local no qual a prestação da atividade é exercida, cabendo ao empregador a orientação deste no seu cumprimento, quer tal pressuponha um maior ou menor esforço. Parece-nos útil remeter para o entendimento do Tribunal da Relação do Porto, a propósito do acórdão de 23 janeiro de 2023, na medida em que não relevam “a mera perturbação no funcionamento da empresa e/ou uma maior sobrecarga para os demais trabalhadores”¹¹¹.

Por fim, importa evidenciar que a referência às exigências imperiosas se deve basear, em qualquer caso, em motivos que sejam objetivamente verificáveis, tal como já referido, não sendo possível a invocação de motivos subjetivos subsumíveis à esfera jurídica/pessoal do empregador¹¹². Ao abrigo do princípio da segurança jurídica, deve o empregador fundamentar a sua oposição com justificações que possam ser sindicáveis e apreciadas. Este entendimento é reiterado em inúmeros pareceres da CITE que entendem que a fundamentação do empregador tem de se subsumir a uma “demonstração clara e inequívoca”¹¹³, caso contrário, como aponta a jurisprudência, tal tornaria “impossível ao trabalhador e, posteriormente, ao tribunal aferir da veracidade do motivo invocado, pelo que, na realidade, não se mostra cumprido igualmente o requisito (...) da fundamentação”¹¹⁴.

Respeito pelas normas de saúde e segurança no trabalho

Questionamos: pode o empregador opor-se ao direito do trabalhador por considerar não ser capaz de assegurar o respeito pelas diretrizes sobre a saúde e a segurança no local de trabalho e tal pressupor, conseqüentemente, um risco para a integridade física do trabalhador? A violação dos deveres de garantia da segurança e saúde dos teletrabalhadores, que são um dos pressupostos do princípio da igualdade, nos termos do n.º 1 do art. 169.º, constitui uma contraordenação grave ao abrigo do n.º 4 do mesmo preceito. Assim, poderá o empregador recusar o exercício do direito do

¹¹¹ Ac. de 23 de janeiro de 2023, do TRP, proferido no âmbito do Processo n.º 2649/22.1 T8MAI-A.P1. No mesmo sentido, o Ac. de 18 de maio de 2020, do TRP, proferido no âmbito do Processo n.º 9430/18.0 T8VNG.P1.

¹¹² Joana Nunes Vicente, a propósito dos fundamentos invocáveis ao abrigo do n.º 6 do art. 166.º, defende que a amplitude normativa abrange determinados argumentos insuscetíveis de apreciação objetiva, tais como fundamentos que se prendam com as dinâmicas organizacionais, assim como uma avaliação dos métodos aplicados, cfr. Vicente, 2022, pp. 62-63.

¹¹³ Ponto 2.56 do Parecer n.º 79/CITE/2022, proferido no âmbito do Processo n.º CITE-FH/3246/2021 disponível em www.cite.gov.pt.

¹¹⁴ Cfr. Ac. de 11 de abril de 2019, do TRE, proferido no âmbito do Processo n.º 839/17.8T8PTM.E1.

trabalhador com fundamento na sua própria proteção? Quanto a este aspeto, entendemos não poder ser uma justificação de oposição do empregador a maior dificuldade deste no exercício dos seus deveres. Se é certo que o empregador é titular de direitos que visam proteger a sua posição na relação laboral, com vista, nomeadamente, à subsistência da empresa, também é certo que o mesmo é sujeito de deveres, como o suprarreferido, pelo que não se pode escusar ao seu cumprimento, ainda que tal lhe advenha mais custos ou dificuldades técnicas.

Devemos, contudo, depreender que tal pressupõe uma mera dificuldade, em contraposição com os interesses do trabalhador que com o referido direito se pretende acautelar? Ou seja, em que medida pode ser atendível a fundamentação do empregador, por entender que o exercício do direito pelo trabalhador o conduzirá à prática de uma contraordenação? Segundo Bernardo Lobo Xavier, o controlo da CITE dirige-se “apenas à averiguação da razoabilidade, rectidão e inteireza (i. e., não parcialidade) da decisão: para o Direito apenas deve interessar que o empregador se tenha determinado por uma das opções possíveis para a correcta gestão da empresa do qual decorra um processo são e razoável e não um mero pretexto”¹¹⁵.

Na verdade, o Parecer n.º 68/CITE/2022¹¹⁶ espelha um caso em que a CITE confirmou a recusa da entidade empregadora e entendeu razoável a exigência por si invocada, atendendo a que, ao abrigo das normas legais de organização do tempo de trabalho, não seria possível atender ao pedido de prestação de trabalho em regime de horário flexível, pois tal impossibilitaria a conciliação dos diferentes horários de trabalho. A reorganização dos horários dos trabalhadores para respeitar o pedido do trabalhador levaria a que o empregador violasse as normas legais previstas no CT.

Por fim, interrogamo-nos sobre a seguinte perspetiva: no limite, poderia estar em causa uma renúncia do trabalhador ao seu direito à saúde e segurança no trabalho em favorecimento do seu direito à conciliação da vida familiar e profissional?

Salvaguarda da eficiência e produtividade

Surgem ainda entendimentos, tal como já referido, que defendem que a utilização dos regimes de trabalho flexível, como o teletrabalho, pressupõe uma quebra da produtividade e eficiência dos trabalhadores na medida em que são frequentemente interrompidos para acudir às necessidades inerentes à sua condição familiar, neste caso, de cuidador informal.

¹¹⁵ Lobo Xavier, 2009, p. 187.

¹¹⁶ Parecer n.º 68/CITE/2022, proferido no âmbito do Processo n.º 3159 - FH/2021.

Poderão as empresas que atuam em mercados altamente competitivos justificar que as quebras na produção implicam graves prejuízos para estas, atendendo a determinadas análises empresariais?

Acresce o facto de a salvaguarda deste interesse da empresa poder estar interligada com a dimensão da empresa¹¹⁷ ou, em conexão com o ponto inicial, com o seu posicionamento no mercado considerando a concorrência empresarial. Podem existir algumas controvérsias quanto à fundamentação da recusa, particularmente quanto à conjuntura da empresa, nomeadamente, no mercado. Como aponta Rosário Palma Ramalho, existe um dever de informação do empregador, relativamente aos trabalhadores, quanto aos pontos relevantes da empresa, porquanto estes são agentes fundamentais da sua manutenção. No entanto, ao abrigo do n.º 3 do art. 412.º, pode o empregador ser dispensado de prestar informações ou esclarecimentos quanto tal o prejudique ou afete gravemente o funcionamento da empresa, que, igualmente, corresponde a um conceito com uma “fórmula vaga e indeterminada”¹¹⁸. Nesta fórmula cabem todos os pontos que o empregador, de forma ampla, pretenda alegar. Atendendo a que o empregador se pretende opor ao direito do trabalhador cuidador informal, tendo por base fundamentos cuja revelação colocaria em causa a continuidade da empresa, poderia justificar-se um fundamento vago de recusa do direito do trabalhador?

Dimensão coletiva do trabalho

Outro dos parâmetros que pode ser arguido para fundamentar a recusa do empregador ao direito ao teletrabalho prende-se com as necessárias implicações ao nível da adaptação das várias funções dos trabalhadores¹¹⁹. Isto é, num departamento ou secção, dependendo da estrutura orgânica da empresa, o facto de um trabalhador passar a exercer a sua atividade fora das instalações da empresa pode acarretar uma quebra naquilo que configura o trabalho de uma equipa¹²⁰. Este facto compreende problemas agravados nos casos em que os trabalhadores titulares do direito ao teletrabalho exercem funções de supervisão ou controlo dos restantes trabalhadores. A distância física parece dificultar, gravemente, o exercício destas atribuições ao trabalhador. Poderemos então concluir que este fundamento depende da maior ou menor relevância do específico trabalhador para o plano global da empresa e, tal como já referido, caberá ao empregador a sua fundamentação concreta.

¹¹⁷ Fator que tem enormes implicações no poder de gestão do empregador, cfr. Carvalho, 2011, pp. 71 e 103.

¹¹⁸ Palma Ramalho, 2022, p. 1586.

¹¹⁹ Segundo Lobo Xavier & Carvalho, 2014, p. 66, “Envolve a articulação das prestações dos diversos trabalhadores e de todas elas com o processo produtivo e o esquema de organização e divisão do trabalho”.

¹²⁰ Tal como refere Maria do Rosário Palma Ramalho, “A situação jurídica do trabalhador no contrato de trabalho envolve também uma componente vertical, que tem a ver com a posição que ele ocupa no seio da organização do empregador” (Palma Ramalho, 2021, p. 341).

No entanto, atendendo a que, em contraponto, estamos perante o direito à conciliação da vida familiar e profissional, a existência de momentos específicos que imponham um trabalho de equipa mais intenso não impede que se adote um modelo híbrido, uma vez que este, tal como já referido, não desvirtua a classificação dos contratos de teletrabalho como tal. Assim, o empregador, perante situações mais pontuais em que a presença do trabalhador no estabelecimento da empresa seja essencial, poderá simplesmente acordar com este que tal prestação da atividade seja realizada presencialmente atendendo àquelas necessidades específicas e momentâneas. Esta solução não parece ser descabida para nenhum dos lados, pressupondo um equilíbrio das posições opostas. Permite-se, assim, um ajustamento das necessidades produtivas da empresa, sem desconsiderar totalmente o direito do trabalhador, ou seja, permite-se uma “limitação recíproca, harmónica e equilibrada entre eles”¹²¹.

Ainda quanto à dimensão coletiva, pode o empregador recusar o pedido do trabalhador na medida em que existem mais trabalhadores com legitimidade para o requerer e, por isso, pretender evitar abrir precedentes? Segundo dados fornecidos pelo Instituto da Segurança Social, no final do ano de 2022 existiam em Portugal, com estatuto deferido ativo, 3686 cuidadores informais não principais e 1280 cuidadores informais não principais com qualificação de trabalhador por conta de outrem¹²², sendo provável que, ao longo dos anos, pela proliferação da informação quanto aos respetivos direitos e maior divulgação do regime legal, o número de trabalhadores abrangidos aumente¹²³. Poderá o empregador invocar ser razoável a compatibilização de situações excecionais, mas já não o ser quando tal situação espelha a maioria das condições dos trabalhadores da empresa¹²⁴? Autores sugerem que para além da dificuldade ao nível da eficácia do desempenho, há a dificuldade acrescida de conciliar todos os pedidos de quem tem legitimidade para tal e as repercussões desvantajosas para os trabalhadores que terão de alterar as suas prestações pelo exercício dos direitos dos colegas¹²⁵. De facto, a presença de vários trabalhadores aos quais foi ou poderá ser atribuído o mesmo direito pode ser fundamento para a recusa, mas, em primeira linha, deve o empregador ponderar como solução uma distribuição equitativa ou um equilíbrio, tal como sugerido anteriormente.

¹²¹ Abrantes, 2005, p. 173.

¹²² Instituto de Informática, I.P. (2024), do Instituto da Segurança Social, I.P., informação com referência n.º 45974, situação da base de dados operacional em 16/02/2024, dados sujeitos a atualização.

¹²³ Importa aludir à Comissão de Acompanhamento, Monitorização e Avaliação do Estatuto do Cuidador informal constituída, pelo Governo, através da Portaria n.º 269/2022, de 8 de novembro. Mais recentemente foi promulgado um diploma que alarga o âmbito subjetivo do regime a pessoas que não sejam familiares (Lei n.º 20/2024, de 8 de fevereiro).

¹²⁴ Lobo Xavier & Carvalho, 2014, pp. 56-57.

¹²⁵ *Idem*, pp. 55 e 63.

Existem pareceres da CITE que concluem ser inadmissível a fundamentação das entidades empregadoras que se recusam ao pedido do trabalhador como forma de evitar “um precedente e que os/as outros/as trabalhadores/as poderiam solicitar a prestação de trabalho em regime de horário flexível”¹²⁶, quando invocaram uma maior dificuldade ou onerosidade na organização dos tempos de trabalhos dos diversos trabalhadores na sequência do pedido de horário flexível de um trabalhador. Efetivamente, é de realçar que, em vários pareceres, a CITE profere a seguinte frase: “a análise dos constrangimentos invocados pela entidade empregadora remete-nos para um quadro de hipóteses que abstratamente consideradas se prendem com opções de gestão de recursos humanos e que, apesar da devida ponderação que merecem, se mostram alheias à trabalhadora aqui requerente”¹²⁷. Assim, parece que ser perceptível uma indiferença dos aspetos apontados pelo empregador quando estes não se circunscrevam, diretamente, com o trabalhador em causa.

Pode, pelo contrário, a condição familiar de um trabalhador pressupor alterações da orgânica de vários trabalhadores, apenas pelo facto de não se encontrarem na mesma situação? A este respeito poderemos apontar, nomeadamente, o considerando 36 da Diretiva 2019/1158, de 20 de junho, que invoca a possibilidade de o empregador aceitar ou recusar o pedido do trabalhador relativamente a um regime de horário flexível. Na transposição deste diploma, o legislador português consagrou esta possibilidade através do conceito em análise. Ademais, autores sugerem que, para além da dificuldade ao nível da eficácia do desempenho, há a dificuldade acrescida de conciliar todos os pedidos de quem tem legitimidade para tal e as repercussões desvantajosas para os trabalhadores que terão de alterar as suas prestações pelo exercício dos direitos dos colegas¹²⁸.

Seguindo este ponto de vista, poderemos indicar o Parecer 9/CITE/2014 no qual a CITE entendeu que o pedido do trabalhador tem de consubstanciar, de forma concreta, as “reais dificuldades em conciliar a sua atividade profissional com a vida familiar”, pois só assim é “possível à entidade empregadora conseguir uma harmonização ou concordância prática entre os direitos fundamentais em causa, evitando, dessa forma, o sacrifício total de uns em relação aos outros, em ordem ao respeito pelo princípio da igualdade”¹²⁹. A presente solução permite a referida concordância, tanto quanto ao critério ora em análise, como nos restantes.

Por fim, tal como indicado anteriormente, aos trabalhadores cuidadores informais não principais serão reconhecidos determinados direitos, nomeadamente a previsão da possibilidade de exercerem a sua atividade em regime de trabalho parcial. Poderá o

¹²⁶ Nomeadamente o Parecer n.º 12/CITE/2022, no âmbito do Processo n.º 3072-FH/2021.

¹²⁷ Ponto 2.40 do Parecer n.º 28/CITE/2022, no âmbito do Processo n.º CITE-FH/3103/2021.

¹²⁸ Lobo Xavier & Carvalho, 2014, pp. 55 e 63.

¹²⁹ Parecer 9/CITE/2014, proferido no âmbito do Processo n.º 1208-FH/2013.

trabalhador, face à pretensão do trabalhador em exercer o seu direito, pretender negociar com este a recusa do exercício em regime de teletrabalho aliciando, em contrapartida, a o exercício das suas funções segundo um outro regime flexível¹³⁰?

Custos adicionais

A propósito deste último aspeto apontado, no caso de serem vários os trabalhadores a requer o exercício do direito ao teletrabalho, é ainda pertinente a análise de determinadas questões.

Um dos tópicos que surgiu da mais recente prática do teletrabalho e da constatação das lacunas da lei consiste na previsão de um regime quanto aos custos associados à sua efetiva aplicação.

A empresa terá de suportar os custos com a aquisição dos equipamentos, a sua manutenção, assim como custos mensais de *Internet*, ao abrigo do art. 168.º. O impacto financeiro do investimento realizado pela empresa, na medida em que estes custos acrescem às despesas já suportadas pela empresa, com os mesmos serviços, relativamente ao(s) seu(s) estabelecimento(s), será motivo justificável para a recusa ao teletrabalho? Poderá ser esta fundamentação atendível ou atentatória do direito ao teletrabalho?

Segundo José Andrade Mesquita, a propósito da alteração do período de férias por motivo da empresa, o empregador teria como solução a contratação de novos trabalhadores, através do recurso a trabalho a termo ou trabalho temporário¹³¹. Em contraposição surgem autores como Bernardo Lobo Xavier e António Nunes de Carvalho, que defendem não poder o juízo estabelecido pela CITE assentar em fundamentos meramente hipotéticos, abstrações, mas encarando os factos tal qual como são apresentados pelo empregador, que será quem tem melhor conhecimento das circunstâncias da empresa – “trata-se de apurar a viabilidade prática e não uma impossibilidade absoluta”¹³².

A situação económica do empregador foi atendida no Acórdão do Tribunal de 23 de fevereiro de 2015 da Relação do Porto, em que o tribunal entendeu que o cumprimento dos prazos na execução de uma obra correspondia a uma exigência imperiosa da empresa, pelo que é um motivo atendível para o adiamento das férias do trabalhador¹³³. Esta matéria pode ser analisada quanto às consequências económicas da empresa. No caso em apreço entende-se que do incumprimento das obras adviriam

¹³⁰ Especificamente quanto à prestação laboral em regime de trabalho tempo parcial, tal pressupõe um período normal de trabalho inferior ao praticado a tempo completo, e, conseqüentemente, uma contraprestação reduzida.

¹³¹ Mesquita, 2002, p. 103.

¹³² Lobo Xavier & Carvalho, 2014, p. 64.

¹³³ Ac. de 23 de fevereiro de 2015, do TRP, proferido no âmbito do Processo n.º 21/13.3 TTVNG.P1.

custos a suportar pela empresa, que não seriam justificados atendendo à solução legalmente prevista, nomeadamente, a alteração do período de férias do trabalhador. No entanto, no sentido contrário surge alguma doutrina que entende que “qualquer interpretação (...) no sentido de aligeirar os motivos que conferem à entidade patronal direito à alteração das férias pode torná-lo inconstitucional”¹³⁴.

Uma ponderação de direitos, necessária na presença de um conflito entre direitos fundamentais, guia-se, entre outros parâmetros, segundo o princípio da reserva do possível. Pode este princípio ser estendido ou interpretado como economicamente possível? Estaremos perante um caso que espelha a ideia de que “há posições ou interesses individuais que a organização empresarial não pode absorver”¹³⁵.

O mesmo critério de fundamentação pode ser invocado pelo trabalhador como ponto fulcral para defesa do seu direito, na medida em que caso não permaneça em casa para prestar algum tipo de auxílio a quem está ao seu cuidado, o trabalhador poderá ter de recorrer a estabelecimentos próprios de auxílio, suportando custos avultados ou, no limite, poderá não ter disponibilidade financeira para tal encargo. Não poderia, contudo, neste caso, funcionar a aplicação do princípio da interpretação mais favorável ao trabalhador, já que se entende que este princípio não vigora como parâmetro interpretativo. Este não releva para o estudo em causa, na medida em que, tal como refere Rosário Palma Ramalho, cujo entendimento seguimos, “recusa-se a tradicional qualificação deste princípio como valoração material fundamentante única do Direito do Trabalho, em favor da sua colocação a par do princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador”¹³⁶.

Por todo o exposto, à luz do n.º 3 do art. 18.º da CRP, a concordância prática dos direitos fundamentais em causa pressupõe que todos os aspetos anteriormente apontados devam ser devida e casuisticamente ponderados. A ponderação das repercussões para cada uma das esferas jurídicas deve considerar quer a extensão de cada direito, quer o alcance do seu conteúdo, ao abrigo de determinados princípios, tais como o princípio da proporcionalidade, na sua tripla vertente: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito¹³⁷.

Sabemos que as conclusões alcançadas dependem necessariamente da perspetiva adotada. No entanto, o ponto que pretendemos enfatizar na presente investigação é a possibilidade de oposição ao direito ao teletrabalho, em razão das “exigências imperiosas

¹³⁴ Mesquita, 2002, p. 104.

¹³⁵ Lobo Xavier & Carvalho, 2014, p. 62.

¹³⁶ Palma Ramalho, 2020, p. 576. No mesmo sentido não poderemos aplicar, como invocado por Leal Amado, o princípio *in dubio pro operario* como princípio orientador na aplicação das normas laborais para o seu fim, favorecer o trabalhador, com vista a acautelar a particular vulnerabilidade do trabalhador, pilar primordial no surgimento do Direito do Trabalho, cfr. Leal Amado, 2012, pp. 225-226.

¹³⁷ Leal Amado et al., 2020, p. 127 e Abrantes, 2005, pp. 172-173.

do interesse da empresa” relativamente aos trabalhadores cuidadores informais não principais, que são sujeitos que têm o direito ao teletrabalho e que o pretendem exercer ativamente, sem que a possibilidade de tal oposição tivesse sido consagrada relativamente às restantes categorias de trabalhadores.

Ademais, havendo uma lógica inerente a tal justificação, existem razões atendíveis para a adoção de um mecanismo intermédio de defesa pelo qual o trabalhador pode ver acautelada a sua posição, com a intervenção da CITE, quando não há a mesma consagração para os trabalhadores vítimas de violência doméstica nem para os trabalhadores com responsabilidades parentais? A previsão do direito ao teletrabalho para determinadas categorias de trabalhadores justifica-se, tal como previamente referido, para, designadamente, permitir a conciliação entre a vida familiar e a profissional. Este direito é igualmente relevante quer a pessoa dependente de cuidados consista num ascendente, quer num descendente¹³⁸. Esta diferenciação não pressuporá uma violação do princípio da igualdade? A este propósito podemos atender ao defendido por Milena Rouxinol quando prevê que este direito “acaba por ser pouco mais do que um enunciado teórico”¹³⁹.

O paralelismo quanto à análise dos diferentes regimes de flexibilidade da prestação laboral permitiu concluir que na sua consagração existem inúmeros pontos transversais, ainda que existam diferenças importantes entre estes regimes, nomeadamente quanto à inexistência de indemnização pela recusa do teletrabalho, ao contrário da indemnização prevista quanto à modificação das férias, em caso de prejuízo para os trabalhadores¹⁴⁰. Quanto aos pontos semelhantes entre os regimes poderemos ainda apontar dúvidas que surgem pertinentemente na comparação com o regime do teletrabalho: quais serão os efeitos do pedido deficitário¹⁴¹ e as consequências na relação laboral durante o hiato temporal previsto entre o pedido e a decisão, no limite, do tribunal? Quanto a este último ponto importa realçar que, tal como entendido pela doutrina, “o parecer desfavorável da CITE não tem eficácia de se sub-rogar ao empregador na competência que este exclusivamente detém”¹⁴².

¹³⁸ Na medida em que a base do regime é a conciliação da vida profissional com a vida familiar, qualquer uma das relações atende a tal fim, cfr. Rouxinol, 2020, p. 94.

¹³⁹ *Idem*, p. 86.

¹⁴⁰ A indemnização visa reparar a perturbação ao direito fundamental do trabalhador cfr. Mesquita, 2002, p. 104.

¹⁴¹ Nos casos em que o empregador entende que o trabalhador não respeitou os requisitos necessários para a elaboração do pedido, à luz do n.º 8 do art. 57.º, na medida em que o silêncio do empregador é entendido como uma aceitação do pedido este tem sempre de solicitar o parecer da CITE. Este entendimento, para além de ser defendido pela CITE, encontra-se em inúmeros acórdãos, tais como o Ac. de 27 de março de 2019, do TRL, proferido no âmbito do Processo n.º 12279/16.1 T8LRS.L1-4 e do Ac. de 13 de julho de 2021, do TRG, proferido no âmbito do Processo n.º 4747/20.7 T8VNF.G1. Segundo autores, a solução deveria passar por uma solicitação do aperfeiçoamento do pedido, ao abrigo do já mencionado princípio da boa-fé, cfr. Lobo Xavier & Carvalho, 2014, p. 74.

¹⁴² *Idem*, p. 77.

A presente análise permite, por um lado antever que o empregador terá de realizar, em primeira linha, uma avaliação quanto ao exercício específico da atividade em regime de teletrabalho e, em segunda linha, caso seja possível, uma consideração das repercussões deste exercício no funcionamento da empresa. Por outro lado, antecipamos que os pareceres e a jurisprudência, quanto à análise da fundamentação com base em “exigências imperiosas do funcionamento da empresa”, ainda que variem, naturalmente, dependendo da interpretação adotada, deverão essencialmente seguir o raciocínio por nós exposto. Isto é, parece-nos que concluirão no essencial que as “exigências imperiosas do funcionamento da empresa” não poderão pressupor uma fundamentação vaga e abstrata com vista à recusa do direito ao teletrabalho, nem consistir em meras dificuldades às quais o empregador terá de fazer face, pois estas ocorrem, frequentemente, no âmbito do exercício de uma atividade económica. Não nos poderemos esquecer, contudo: “o controlo jurisdicional exerce-se externamente, incidindo nos pressupostos e no esquema de exercício do poder patronal, sem que o julgador se possa substituir ao empregador na formulação de juízos gestionários”¹⁴³. É, no entanto, justificável que o trabalhador, atendendo às especificidades da sua situação pessoal e familiar, possa apenas sindicá-la oposição do empregador ao seu direito através do recurso aos tribunais, que se perspectiva moroso e dispendioso?

¹⁴³ Lobo Xavier & Carvalho, 2014, p. 67. Os mesmos autores (p. 69) apontam que as “atribuições (da CITE) se cingem, neste âmbito, à apreciação quanto à não defraudação da tutela da conciliação da actividade profissional com a vida familiar e da protecção da maternidade e paternidade”.

Conclusão

O contraste entre a “apagada pacatez do teletrabalho no período anterior à pandemia COVID-19”¹⁴⁴ e o atual impacto do teletrabalho implica inúmeras alterações, com um elevado impacto, que não pudemos ignorar.

Partindo desta constatação, na presente investigação versámos sobre o direito ao teletrabalho reconhecido a determinadas categorias de trabalhadores, especificamente o direito dos trabalhadores cuidadores informais não principais e a possível recusa do exercício deste direito com base nas “exigências imperiosas do funcionamento da empresa”.

A análise do conceito indeterminado que origina um conflito de direitos fundamentais – o direito à conciliação da vida privada com a vida profissional, do lado do trabalhador, e o direito à organização da empresa e à liberdade de iniciativa económica privada, do lado do empregador – pressupôs a reflexão de inúmeras matérias. Poderemos, portanto, concluir que a complexidade inerente à densificação de um conceito indeterminado e a consequente aplicação de direitos opostos deduz que tal apenas seja possível atendendo aos casos específicos em que podem ser determinadas as exigências da empresa e a forma como estas podem ou não prevalecer sobre as condições específicas do trabalhador cuidador informal não principal.

¹⁴⁴ Redinha, 2022, p. 21.

Bibliografia

- ABRANTES, J. J. (2005). *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ALMEIDA, M. E. L. (2020). O teletrabalho e o direito a teletrabalhar. *Questões Laborais*, n.º 56, pp. 81-123.
- CARVALHO, C. O. (2011). *Da dimensão da empresa no direito do trabalho: Consequências práticas da dimensão da empresa na configuração das relações laborais individuais e colectivas*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, C. O. (2014). Reflexões sobre a proteção laboral das vítimas de violência doméstica – breve análise comparativa entre regimes português e espanhol. In *Para Jorge Leite: Escritos jurídico-laborais I*, pp. 143-169. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, C. O. (2020). Novos desafios da parentalidade. *Covid-19 e trabalho: O dia seguinte. Estudos APODIT*, n.º 7, pp. 211-239.
- COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (11 de fevereiro de 2023). Orientações sobre o controlo à distância em regime de teletrabalho. www.cnpd.pt/media/zkhkxlp/orientacoes_controlo_a_distancia_em_regime_de_teletrabalho.pdf.
- COUTINHO DE ABREU, J. M. (1983). A empresa e o empregador em direito do trabalho. in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, pp. 257-314. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra.
- DRAY, G. M. (2002). Teletrabalho, sociedade de informação e direito. *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. III, pp. 261-286.
- DRAY, G. M. (2022). *Direito do trabalho e cidadania*. Coimbra: Almedina
- EUROSTAT (3 de março de 2023). Employed persons working from home as a percentage of the total employment, by sex, age and professional status (%). https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/lfsa_ehomp/default/table?lang=en.
- FERNANDES, A. M. (2020a). O regime atual da relação de trabalho pode responder à crise? *Covid-19 e trabalho: O dia seguinte. Estudos APODIT*, n.º 7, pp. 13-23.
- FERNANDES, A. M. (2020b). *Direito do trabalho*, 20.ª ed. Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, L. A. C. (2010). *Teoria geral do direito civil – II: Fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica*, 5.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- GOMES, J. (2007). *Direito do trabalho – Volume I – Relações individuais de trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora.
- GOMES, M. I. (2020). O teletrabalho e as condições de trabalho: desafios e problemas. <https://hdl.handle.net/1822/67361>.
- GOMES, M. I. (2022). Disponibilização de equipamentos e sistemas e compensação das despesas adicionais. *Questões Laborais*, n.º 60, pp. 99-126.
- INSTITUTO DE INFORMÁTICA, I. P. (2024). Instituto da Segurança Social, I.P., informação com referência n.º 45974, situação da base de dados operacional em 16/02/2024.
- LAMBELHO, A. & GONÇALVES, L. A. (2021). *Direito do trabalho – Da teoria à prática*, 2.ª ed. Lisboa: Rei dos Livros.

- LEAL AMADO, J. (2012). O papel da jurisprudência no preenchimento de conceitos laborais indeterminados: *in dubio pro operario?* *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. VI, pp. 219-229.
- LEAL AMADO, J. (2022). Teletrabalho: Os deveres especiais das partes. *Questões Laborais*, n.º 60, pp. 117-136.
- LEAL AMADO, J. et al. (2020). *Direito do trabalho: Relação individual*. Coimbra: Almedina.
- LOBO XAVIER, B. G. & CARVALHO, A. N. (2014). Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE). *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 1-4, pp. 33-80.
- LOBO XAVIER, B. G. (2009). *Procedimentos laborais na empresa. Ensinar e investigar*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- LOBO XAVIER, B. G. (2020). *Manual de direito do trabalho*, 4.ª ed. Lisboa: Rei dos Livros.
- MENEZES CORDEIRO, A. (2020). *Código Civil comentado – I – Parte geral*, vol. I. Coimbra: Almedina.
- MENEZES CORDEIRO, A. (2012). *Tratado de direito civil I*, 4.ª ed. Coimbra: Almedina.
- MENEZES LEITÃO, L. (2019). *Direito do trabalho*, 6.ª ed. Coimbra: Almedina.
- MESQUITA, J. A. (2002). O direito a férias. *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. III, pp. 65-154.
- MIRANDA, J. (2012). *Manual de direito constitucional*, tomo IV, 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- MOTA PINTO, C. A. (2005). *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- PALMA RAMALHO, M. R. (2012). Direitos de personalidade e direitos fundamentais em matéria laboral. In *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. II. Coimbra Editora.
- PALMA RAMALHO, M. R. (2019). *Tratado de direito do trabalho – Parte IV – Contratos e regimes especiais*. Coimbra: Almedina.
- PALMA RAMALHO, M. R. (2020). *Tratado de direito do trabalho – Parte I – Dogmática geral*, 5.ª ed. Coimbra: Almedina.
- PALMA RAMALHO, M. R. (2021). *Tratado de direito do trabalho – Parte II – Situações laborais individuais*, 8.ª ed. Coimbra: Almedina.
- PALMA RAMALHO, M. R. (2022). Aspectos laborais do corporate governance – breves notas. *Revista de Direito Comercial*, pp. 1575-1612.
- REBELO, G. (2019). *Estudos de direito do trabalho*. Lisboa: Edições Sílabo.
- REDINHA, M. R. (2001). O teletrabalho. *Questões Laborais*, n.º 17, pp. 97-107.
- REDINHA, M. R. (2022). A noção de teletrabalho na Lei 83/2021, de 6 de dezembro. *Questões Laborais*, n.º 60, pp. 21-31.
- ROMANO MARTINEZ, P. et al. (2020). *Código do Trabalho anotado*, 13.ª ed. Coimbra: Almedina.
- ROUXINOL, M. S. (2014). O direito a férias do trabalhador (comentário aos artigos 237.º a 247.º e 264.º do Código do Trabalho, aprovado pela lei n.º 7/2009. *Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Cadernos*, n.º 8. Coimbra: Almedina.

- ROUXINOL, M. S. (2020). O direito ao teletrabalho após a Lei n.º 83/2021, de 6/12. *Questões Laborais*, n.º 56, pp. 79-97.
- SILVA, L. G. & LEITÃO, S. (2021). *Direito constitucional do trabalho comparado*. Lisboa: AAFDL.
- VASCONCELOS, J. (2022). Sobre a proteção da vítima de violência doméstica no direito do trabalho português. In *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*. *Revista Direito e Justiça*, volume especial, n.º II, pp. 31-56.
- VICENTE, J.N. (2022). A nova disciplina do acordo para a prestação de teletrabalho – comentário aos artigos 166.º e 167.º do Código do Trabalho. *Questões Laborais*, n.º 60, pp. 57-78.

Lista de jurisprudência

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 289/2004, de 27 de abril de 2004, proferido no âmbito do Processo n.º 578/99.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23 de janeiro de 2023, proferido no âmbito do Processo n.º 2649/22.1 T8MAI-A-P1.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23 de fevereiro de 2015, proferido no âmbito do Processo n.º 21/13.3 TTVNG.P1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27 de março de 2019, proferido no âmbito do Processo n.º 12279/16.1 T8LRS.L1-4.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 13 de julho de 2021, proferido no âmbito do Processo n.º 4747/20.7 T8VNF.G1.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20 de dezembro de 2011, proferido no âmbito do Processo n.º 992/09.4 TTBCL.P1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 11 de julho de 2019, proferido no âmbito do Processo n.º 3824/18.9 T8STB.E1.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 3 de outubro de 2022, proferido no âmbito do Processo n.º 8273/22.1 T8PRT.P1.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15 de novembro de 2021, proferido no âmbito do Processo n.º 8273/22.1 T8PRT.P1.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 18 de maio de 2020, proferido no âmbito do Processo n.º 9430/18.0 T8VNG.P1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 11 de abril de 2019, proferido no âmbito do Processo n.º 839/17.8 T8PTM.E1.

Lista de pareceres da CITE

- Parecer n.º 79/CITE/2022, proferido no âmbito do Processo n.º CITE-FH/3246/2021.
- Parecer n.º 68/CITE/2022, proferido no âmbito do Processo n.º 3159-FH/2021.
- Parecer n.º 12/CITE/2022, proferido no âmbito do Processo n.º 3072-FH/2021.
- Parecer n.º 9/CITE/2014, proferido no âmbito do Processo n.º 1208-FH/2013.
- Parecer n.º 28/CITE/2022, proferido no âmbito do Processo n.º CITE-FH/3103/2021.

Lista de legislação (à data de 31 de março de 2023)

Constituição da República Portuguesa.

Decreto Regulamentar n.º 1/2022, de 10 de janeiro.

Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março.

Decreto-Lei n.º 2-A/2020, de 20 de março

Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março.

Decreto-Lei n.º 79-A/2020, de 1 de outubro.

Diretiva (UE) 2019/1158, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019.

Lei n.º 100/2019, de 6 de setembro.

Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro.

Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.

Lei n.º 83/2021, de 6 de dezembro.

Portaria n.º 269/2022, de 8 de novembro.

Proposta de Lei n.º 15/XV.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 40-A/2020, de 29 de maio.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 87/2020, de 14 de outubro.

Pode o direito brasileiro não reconhecer as marcas sonoras?

Paula Vener Rangel da Silva Cunha

Sob a orientação do Professor
Doutor Nuno Sousa e Silva

“A marca é o espaço que você
ocupa na mente de alguém.”

Anita Roddick

Agradecimentos

Aos meus pais, obrigada por embarcarem inúmeras vezes nos meus sonhos e apoiarem todas as minhas ambições. Por terem me permitido sempre voar. À minha mãe, por ser meu exemplo, e ao meu pai, por ser meu suporte.

À minha avó, obrigada por sempre orar pelos meus sonhos, por mais que eles me tenham distanciado geograficamente de ti.

Ao meu tio (irmão), tia e primos, pelo inesgotável carinho e amor, por fazerem questão de estar sempre presente neste processo.

À Liga (e a sua criadora Alice), por despertar o meu interesse para a Propriedade Intelectual e para o direito de marcas.

À Mariana, por ser a minha primeira professora de Propriedade Intelectual, suscitar a minha curiosidade e criatividade.

À Júlia e a Maria Clara, por me acolher quando era preciso, por estarem sempre presente nestes anos atribulados de mestrado e por serem sempre a minha válvula de escape.

À Camila, por embarcar no desafio chamado “tese” comigo.

À Marta, ao Paulo e a Cidália, por serem casa quando a casa estava distante.

Ao Diogo, por sempre despertar o meu melhor.

Ao meu orientador, pela paciência, indicações e rigoroso trabalho.

Resumo

A marca sonora é uma realidade mundial, tanto no marketing, como nos ordenamentos jurídicos. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro nega o registro de tais marcas, na medida em que estas não são visualmente perceptíveis. É nesse sentido que importa estudar: o direito, norte-americano e da União Europeia, que protege tais sinais; interpretações alternativas da lei brasileira, a fim de abarcar marcas sonoras; outras áreas do direito brasileiro que eventualmente poderão proteger esse tipo de sinal (concorrência desleal e direitos autorais). Não menos importante é o direito internacional, que influenciou na introdução do requisito e poderá influenciar na ampliação do conceito de marca brasileiro.

Palavras-chave: Marca sonora; propriedade industrial; marcas não-tradicionais; Protocolo de Madrid; Brasil; União Europeia; Estados Unidos.

Abstract

Sound trademarks are a worldwide reality, both in marketing and in legal systems. However, the Brazilian legal system denies the registration of such trademarks, as they are not visually perceptible. In this sense, it is important to study North American and European law, which protect such signs; alternative interpretations of Brazilian law, in order to protect sound trademarks; and other areas of the Brazilian legal system that may eventually protect this type of signal (unfair competition and copyright). No less important is international law, which influenced the introduction of the requirement and may influence the expansion of the Brazilian trademark concept.

Keywords: Sound trademarks; intellectual property; non-traditional trademarks; Madrid Protocol; Brazil; European Union; United States of America.

Lista de siglas e abreviaturas

ABPI	Associação Brasileira da Propriedade Intelectual
Ac.	Acórdão
AG.	Advogado-Geral
Art.	Artigo
BRICS	Agrupamento de Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul
CF	Constituição Federal de 1988
Consult.	Consultada
CPI	Código da Propriedade Industrial Português, Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro
Dec.	Decreto
CUP	Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial
DHM	Diretiva (UE) 2015/2436 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de dezembro de 2015
Diretiva de 1989	Primeira Diretiva 89/104/CEE do Conselho de 21 de dezembro de 1988
ECLI	European Case Law Identifier
Ed.	Edição
EUIPO	European Union Intellectual Property Office
IHMI	Instituto de Harmonização do Mercado Interno
Inc.	Inciso
INPI	Instituto Nacional da Propriedade Industrial Brasileiro
INTA	International Trademark Association
LDA	Lei do Direito do Autor Brasileiro, Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998
LINDB	Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei n.º 4.657/1942
LPI	Lei da Propriedade Industrial Brasileira, Lei 9.279/1996, de 14 de maio
OMC	Organização Mundial do Comércio
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PIB	Produto Interno Bruto
Pt.	Ponto
Reimp.	Reimpressão

RMUE	Regulamento (UE) 2017/1001 do Parlamento Europeu e do conselho de 14 de junho de 2017 sobre a marca da União Europeia
STJ1	Superior Tribunal de Justiça brasileiro
STJ2	Supremo Tribunal de Justiça português
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TMEP	Trademark Manual of Examining Procedure
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TTAB	The Trademark Trial and Appeal Board (EUA)
USPTO	United States Patent and Trademark Office
WIPO	World Intellectual Property Organization

Índice

1. Introdução	8
2. O Direito das Marcas no Brasil	9
2.1. Conceito	11
2.2. Requisitos de registo	12
2.3. Compreensão do critério do sinal distintivo visualmente perceptível: uma análise crítica	13
3. Marcas não tradicionais	16
3.1. Marca tridimensional e de posição	18
3.2. Marca olfativa	19
3.3. Marca sonora	20
4. Como pode o regime brasileiro inspirar-se na evolução da proteção das marcas sonoras na União Europeia?	23
5. Meios alternativos de proteção no direito brasileiro	27
5.1. Possível interpretação alternativa da lei vigente	27
5.2. Repressão à concorrência desleal	30
5.3. Direito do autor	33
6. Pode o direito brasileiro continuar a negar proteção à marca sonora face ao Protocolo de Madrid?	35
7. Conclusão	38
Bibliografia	39

1. Introdução

O direito é constantemente acusado de padecer da falta de atualização face à realidade, seja pelos rápidos avanços da sociedade da informação a que se tem assistido, seja pelo lento processo legislativo¹. Tal acusação não deixa de ser realizada à área da propriedade intelectual, nomeadamente ao nível do direito marcário. A este respeito, ponto fulcral são as marcas não tradicionais². Com o avanço da tecnologia e a utilização de novas ferramentas de marketing na criação de marcas, se questiona como deve ser realizada a proteção de elementos como o som, movimentos, texturas e aromas.

Ao nível internacional, nomeadamente em instrumentos como o Acordo TRIPS e o Protocolo de Madrid, uma tal proteção não é posta em causa. Assim, desde que se configure como uma marca, isto é, desde que distinga um determinado produto ou serviço num determinado mercado³, a marca não tradicional poderá ser protegida.

Ao nível europeu, a possibilidade de proteção de marcas não tradicionais se iniciou com a Diretiva de 1989, onde se deu a harmonização estrita⁴ em matéria de marcas e foi introduzido o critério da representação gráfica. Esta proteção foi ampliada a partir da DHM e da RMUE, com a retirada da exigência de representação gráfica como requisito de registo de uma marca, e substituição pelo critério de determinabilidade. Portanto, apesar de já haver o registo de marcas não tradicionais antes destas alterações legislativas, abstratamente, alarga-se a possibilidade de registo de outras marcas não tradicionais, na medida em que se abre as portas para novas formas de representação⁵.

É nesta esteira que se pode nomear diversos exemplos de registo de marcas sonoras nos diversos estados-membros, tais como o jingle da OK Teleseguros⁶, e o som de pingos a cair da Gastão Cunha Ferreira⁷ em Portugal; a marca sonora do Mercadona em Espanha⁸; o jingle da marca Bertolotto em Itália⁹. No mesmo sentido, não deixam de existir exemplos de marcas sonoras registadas através do sistema de marcas da UE, regulada pelo RMUE, tais como o sonograma “Oh Yes” de Churchill¹⁰, o jingle “I’m lovin’ it” do Mc Donalds¹¹ e o toque clássico da Samsung¹².

¹ Tal acusação era já tecida pelo deputado federal João Gilberto, em 1983 – Gilberto, 1983, “Legislativo brasileiro é lento e ineficaz”. Anos passaram-se e a comunicação social continua a criticar este mesmo aspeto, vide Rennó.

² Definida no pt. 3.

³ Vilhena, 2016, pp. 961-987.

⁴ Dinwoodiz, 2013, pp.2-6.

⁵ Silva, 2018, p. 82.

⁶ Registo n.º 480308.

⁷ Registo n.º 531888.

⁸ Registo n.º 3532668.

⁹ Registo n.º 2020000006376.

¹⁰ Registo n.º 006534887.

¹¹ Registo n.º 003661907.

¹² Registo n.º 010137594.

No direito norte-americano, o registo de marcas não tradicionais não é propriamente uma novidade, havendo o registo de uma panóplia de marcas sonoras conhecidas, tais como o rugido do leão do Metro-Goldwyn-Mayer¹³ e os sinos da NBC (rede de televisão norte-americana)¹⁴ desde o século passado.

O direito brasileiro, no entanto, continua a não proteger alguns tipos de sinais não tradicionais através do instituto do registo de marcas¹⁵. Ao acolher a hipótese do art. 15 (1) do Acordo TRIPS, isto é, o critério do sinal visualmente perceptível, o ordenamento brasileiro, através da LPI, excluiu a proteção de marcas sonoras, gustativas e olfativas, limitando a proteção apenas a marcas tridimensionais e, mais recentemente, a marcas de posição¹⁶.

Apesar da evolução da tecnologia e do marketing, críticas e diversas alternativas tecidas pela doutrina ao longo dos anos¹⁷, assim como uma nova tendência mundial para que marcas não tradicionais sejam protegidas, e o exemplo de diversos países a proceder a alterações legislativas para abarcá-las em seu ordenamento jurídico, a falta de proteção de marcas não visualmente perceptíveis é uma realidade no Brasil.

Portanto, é mister tecer alguns questionamentos: a presença deste critério limita a internacionalização de empresas brasileiras? É necessária uma mudança legislativa? Bastaria o recurso aos instrumentos de interpretação legais? Com a adesão ao Protocolo de Madrid, pode haver a manutenção de uma tal situação?

2. O Direito das Marcas no Brasil

O primeiro instrumento legislativo brasileiro a dispor de alguma regulamentação relativamente às marcas foi o Dec. n.º 2.682, de outubro de 1875¹⁸. No entanto, deste diploma não constava nenhuma regulamentação quanto ao registo ou quanto à noção de marcas. Na realidade, tal decreto era apenas voltado para a proteção da marca, ao prever pena de prisão e coimas para a contrafação.

Dentre os seguintes diplomas que citavam as marcas, destaca-se o Código da Propriedade Industrial¹⁹, de 1971, que não fazia menção às marcas não tradicionais. Na realidade, o art. 64.^{o20} do diploma restringia o registo apenas às marcas nominativas e

¹³ Registo n.º 1395550.

¹⁴ Registo n.º 0916522.

¹⁵ INPI, 2020a.

¹⁶ INPI, 2023, pt. 5.13.

¹⁷ Como proteção: constitucional, direitos autorais, concorrência desleal, como dispõe Libdman, 2017, pp. 27-35; Marques, 2010, pp. 133-152.

¹⁸ Marques, 2010, p. 71.

¹⁹ Lei n.º 5.772/71, de 21 de dezembro.

²⁰ Art. 64. “São registráveis como marca os nomes, palavras, denominações, monogramas, emblemas, símbolos, figuras e quaisquer outros sinais distintivos que não apresentem anterioridades ou colidências com registros já existentes e que não estejam compreendidos nas proibições legais.”

figurativas bidimensionais²¹; logo, excluía uma série de marcas já aceites internacionalmente, como a marca sonora no direito americano²².

A mudança no paradigma marcário brasileiro ocorreu perante a influência de dois acordos internacionais: a CUP e o Acordo TRIPS.

Em 1975, o Brasil aderiu à CUP, atualizada pela Revisão de Estocolmo (1967)²³. A Convenção em questão é destacada por estabelecer princípios fundamentais para a Propriedade Intelectual. Assim, instituiu a independência dos registos de marcas nos países signatários²⁴, o direito de prioridade do registo na marca²⁵ e a repressão ao uso indevido de marcas²⁶. Mais, para Ricardo Marques, a CUP estabeleceu o sistema atributivo da Propriedade, de maneira que o registo confere a propriedade do símbolo²⁷, no seu art. 4.º.

Fundamental para compreender o não acolhimento de marcas não-tradicionais pelo ordenamento jurídico brasileiro é o Acordo TRIPS²⁸. Este acordo foi firmado na ronda do Uruguai, em 1994, com a revisão do GATT e a criação da OMC. Mas para compreender o acordo, é necessário compreender o contexto político e económico dos países na altura.

As negociações do acordo em questão foram pautadas pelas diferenças económicas e tecnológicas entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, o que resultou em três posicionamentos. Países desenvolvidos, como os Estados Unidos, defendiam a proteção da propriedade intelectual independente do desenvolvimento económico e tecnológico dos países. Do lado diametralmente oposto estavam os países em desenvolvimento que, apesar de dar a devida importância a proteção de direitos de propriedade industrial, preocupavam-se com o próprio progresso económico e social²⁹. Em posição intermediária estariam alguns países europeus e o Japão, ao reconhecerem a importância da defesa dos direitos de propriedade intelectual, mas, simultaneamente, a de assegurar que não haveria abusos ou restrições ao comércio³⁰.

Relativamente ao Brasil, houve o acolhimento do requisito do art. 15(1), do sinal visualmente perceptível, que acabou por levar à exclusão de algumas marcas não tradicionais, tais como a marca sonora, marca olfativa e as marcas táteis. No entanto, o requisito visava facilitar a publicação de cópia dos sinais depositados e evitar maiores burocracias e custos para países em desenvolvimento³¹.

²¹ Vilhena, 2016, p. 963.

²² A marca sonora da NBC foi registada em 1971.

²³ Incorporado ao direito brasileiro pelo Dec. n.º 75.572, de 8 de abril de 1975.

²⁴ Art. 6.º, 3, da CUP.

²⁵ Art. 4.º da CUP.

²⁶ Arts. 9.º a 10.º-ter da CUP.

²⁷ Marques, 2010, p. 58.

²⁸ Incorporado ao direito brasileiro pelo Dec. n.º 1255, de 30 de dezembro de 1994.

²⁹ Cornish, Llewelyn & Aplin, 2013, pp. 27-30.

³⁰ Basso, 2002, pp. 118-120.

³¹ Marques, 2010, pp. 60-67.

Conclui-se, portanto, que o Acordo TRIPS acabou por abarcar diversas soluções para proteger interesses diversos. No art. 15(1), por um lado, é adotada uma noção de marca de acordo com a função exercida, e não pela natureza do sinal³², que favorece países desenvolvidos, na medida em que grande parte das empresas deste são titulares de marcas e pretendiam ver os seus direitos protegidos em outros países³³. Por outro lado, permite que os países membros exijam que o supracitado sinal seja visualmente perceptível, acolhendo a posição de países em desenvolvimento.

A fim de cumprir com as obrigações derivadas do Acordo TRIPS e incorporar no direito interno as suas regras, foi promulgada em 1996 a LPI, de onde consta o atual regime marcário brasileiro, assim como o critério do sinal visualmente perceptível, no art. 122^o³⁴, enquanto critério para o registo.

2.1. Conceito

O conceito de marca tem sido, durante anos, alvo de divergência. Denis Barbosa define a marca como um sinal distintivo apostado a produtos, mercadorias ou serviços, para a identificação do objeto no mercado, vinculando-o a um determinado titular de um direito de clientela³⁵. Nesta mesma esteira, Carlos Olavo conceitua a marca como sinal adequado a distinguir produtos e serviços de um certo empresário face aos demais³⁶.

Maitê Moro e Kone Cesário trazem à colação a definição de marca como “bem intangível e imaterial que se presta a assinalar um produto ou serviço, distinguindo-o dos demais existentes no mercado”³⁷.

Ambas as definições, apesar de contar com diversos elementos, estão alinhadas com a noção de marca dada por João da Gama Cerqueira, ao entender a marca como todo o sinal distintivo apostado facultativamente aos produtos para identificá-los e diferenciá-los de outros produtos idênticos ou semelhantes, mas de origem diversa³⁸.

Apesar de algumas diferenças, como a inclusão ou não de um elemento relativo ao mercado, ou ao aspeto económico, na definição, estes autores compreendem como essencial a função distintiva. Nessa mesma esteira, André Ramos conclui que a marca deve individualizar um produto ou serviço, para que assim possa ser considerada distintiva³⁹.

Outros autores, para além de citar a função distintiva na sua definição, põem em destaque a função de indicação de procedência. Esse é o caso de Newton Silveira, ao afirmar

³² Art. 15, 1, Acordo TRIPS: “Qualquer sinal, ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens e serviços de um empreendimento daqueles de outro empreendimento, poderá constituir uma marca”.

³³ Vilhena, 2016, pp. 964-965.

³⁴ Art. 122. “São suscetíveis de registo como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais”.

³⁵ Barbosa, 2003, p. 696.

³⁶ Olavo, 2005, p. 71.

³⁷ Cesário & Moro, 2012, p. 2; Schmidt & Santos, 2003, p. 16.

³⁸ Cerqueira, 1946, p. 364.

³⁹ Ramos, 2010, p. 212.

que a marca sofreu uma evolução de maneira a poder identificar a procedência de determinado produto, mercadoria ou serviço, perante consumidores e diante da concorrência⁴⁰.

Ainda que a maior parte da doutrina e da jurisprudência destaquem o caráter distintivo como aspecto principal de uma marca, a legislação brasileira acabou por limitar uma marca distintiva através do critério do sinal distintivo visualmente perceptível. Portanto, ao ter em consideração o art. 122.º da LPI, autores como Ricardo Negrão consideram que a marca é um “sinal distintivo visualmente perceptível usado para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa, bem como para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas (...)”⁴¹.

Tal noção acaba por abranger diversas características das marcas e, simultaneamente, abarcar um requisito essencial na legislação brasileira. Porém, não se concorda aqui com o conceito legal estabelecido, na medida em que a noção legal de marca em outros países não inclui tal conceito, apenas destacando a distintividade enquanto cerne da noção⁴². Portanto, consideram-se como melhores conceitos aqueles onde tal critério não é trazido à colação, como acontece em outros ordenamentos jurídicos.

2.2. Requisitos de registo

Para que uma marca possa ser registada em conformidade com o exposto nos art. 122.º e seguintes da LPI, são necessários requisitos⁴³ formais e substanciais. Para Denis Barbosa, todo signo visual, para que possa ser registado, deve se coadunar com os seguintes fatores: distintividade, novidade relativa, veracidade e legalidade⁴⁴. Fábio Ulhoa Coelho, por sua vez, elucida-nos uma outra lista de requisitos para o registo: a novidade relativa, a não colisão com marca notoriamente conhecida e o desimpedimento⁴⁵.

Nota-se que nenhum dos autores cita o critério de sinal distintivo visualmente perceptível como um requisito de registo, existindo o entendimento de que este seria apenas um impedimento técnico⁴⁶.

No entanto, consideramos que este é um requisito⁴⁷, na medida em que uma marca que não seja visualmente perceptível, como a marca sonora, mesmo que cumpra todos os requisitos supracitados, não será passível de registo⁴⁸. Isto é, mesmo que em causa esteja efetivamente uma marca distintiva que, no entanto, não seja visualmente perceptível, esta não será protegida enquanto marca no ordenamento jurídico brasileiro, por opção do legislador.

⁴⁰ Silveira, 2019, p. 14.

⁴¹ Negrão, 2014, p. 95.

⁴² Art. 7.º do *Codice della proprietà industriale*; art. 208.º CPI; § 45, 15 U.S.C. § 1127, *Trademark Act of 1946*; Art. 4.º RMUE.

⁴³ Schmidt, 2017.

⁴⁴ Barbosa, 2003, p. 702.

⁴⁵ Coelho, 2012, pp. 245-250.

⁴⁶ Barbosa, 2013b, p. 13.

⁴⁷ Mullez, 2016, p. 170.

⁴⁸ INPI, 2021.

Sem prejuízo da importância dos restantes requisitos, a análise do critério do sinal distintivo visualmente perceptível deve ser destacada.

2.3. Compreensão do critério do sinal distintivo visualmente perceptível: uma análise crítica

Por estar em causa um critério chave para a compreensão da exclusão de sinais sonoros do regime das marcas, importa dividir o estudo em duas partes: em primeiro lugar, explicar por que o legislador brasileiro incluiu este critério; em segundo lugar, entender como o critério é interpretado pela doutrina brasileira e pelo INPI.

O legislador brasileiro lançou mão da possibilidade aberta pelo art. 15(1) TRIPS, em sua parte final. No entanto, atendendo à noção ampla na primeira parte do artigo e ao fator histórico, entende-se que esse critério tem apenas como finalidade afastar adversidades de ordem burocrática e económica⁴⁹. Isto é, era utilizado como argumento a impossibilidade de proceder ao registo e à manutenção de marcas não tradicionais, como as marcas sonoras⁵⁰.

Ora, não se pode deixar de criticar tal escolha do legislador nacional. Com a limitação do conceito legal de marca, a lei vai na contramão do ideal desenvolvimentista do Estado nacional, ao limitar a proteção de inovações no mercado⁵¹. Ainda, a criação de uma marca não tradicional implica um grande investimento de recursos, motivo pelo qual há significativo interesse por parte da indústria e do mercado, como um todo, na proteção desta.

Mais, a não proteção destas marcas pode prejudicar ações de exportação por parte de países com uma noção mais alargada de marca, tais como países membros da União Europeia, os Estados Unidos e até mesmo alguns países membros do Mercosul⁵².

Enquanto um critério apenas de ordem sistemática ou burocrática, Denis Barbosa entende que, com a evolução tecnológica, uma vez que sejam alcançados os meios técnicos para que possa ser procedido o registo, a vedação à marca não visualmente perceptível deveria ser superada⁵³. Ainda, Faria Correa entende que este critério tem como finalidade permitir a fixação da marca, isto é, representaria uma forma de documentação apenas⁵⁴.

Uma vez compreendido o porquê da inclusão deste critério na LPI, há o seguinte questionamento: o que significa ser “visualmente perceptível”?

Para Siemsen e Leis, o presente critério poderia ser interpretado das seguintes formas. Por um lado, entende-se que a marca deve ser visualmente perceptível em si mesma, interpretação que excluiria marcas sensoriais. Por outro lado, que apenas a forma como a

⁴⁹ Vilhena, 2016, p. 964.

⁵⁰ Libdman, 2017, pp. 27-35.

⁵¹ Cesário, 2020, p. 51.

⁵² Oliveira, 2019, pp. 49-50.

⁵³ Barbosa, 2013b, p. 13.

⁵⁴ Faria Correia, 2004, p. 19.

marca é expressa ou é exteriorizada deveria ser visualmente perceptível⁵⁵. Nesta segunda interpretação estaríamos diante de um critério semelhante ao adotado outrora pela União Europeia, o critério da representação gráfica⁵⁶.

Esta é a posição adotada por Faria Correa, ao compreender que a interpretação teleológica e sistemática da norma deveria ser no sentido de “traduzir” a expressão “visualmente perceptível” para “visualmente representável”. Assim é a partir do entendimento de que o direito apenas protegeria a marca se esta estivesse fixada e manifestada no mundo. Mais, o autor reforça que em causa está apenas um “critério de natureza puramente procedimental, sem qualquer prejuízo do estatuto jurídico desses sinais”⁵⁷.

Apesar de pontuarem algumas questões problemáticas, mas coerentes, que surgiriam da segunda interpretação, Siemsen e Leis compreendem que esta aceção mais ampla seria a correta. Sendo certo que os respetivos problemas seriam solucionados de maneira casuística, assim como outros países o fizeram⁵⁸.

Na mesma esteira, Oliveira Neto acresce o facto de que, apesar de constar do art. 122º da LPI que a marca deve ser visualmente perceptível, este não se configura como um dos casos de proibições legais previstas no art. 124.º da LPI⁵⁹.

O INPI, por outro lado, se limita a uma interpretação exclusivamente literal, isto é, que a marca deve ser visual em si própria e, portanto, exclui o registo de marcas sensoriais. É o que diz expressamente o Instituto ao afirmar que “a lei brasileira não protege os sinais sonoros, gustativos e olfativos”⁶⁰.

Essa interpretação vem sendo alvo de duras críticas. Em primeiro lugar, surge aqui um forte argumento constitucional. Isto é, o art. 5.º, inc. XXIX da Constituição da República Federativa do Brasil garante a proteção da propriedade das marcas, “tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”. Portanto, incidirá sob vício insanável uma interpretação da LPI que não atenda a esta disposição⁶¹. Assim, uma interpretação exclusivamente literal acaba por obstaculizar a efetiva promoção dos direitos de criações intelectuais, esvaziando o direito constitucional⁶². Responde-se aqui, pela primeira vez, à questão alvo do estudo. Isto é, atendendo ao preceito constitucional, o direito brasileiro não pode negar a proteção de marcas não tradicionais, nomeadamente a marca sonora.

Outro argumento relevante está relacionado com o objetivo da elaboração da LPI que, de acordo com o seu anteprojeto, seria “consubstanciar as tendências internacionais no campo do

⁵⁵ Siemsen & Leis, 2010, pp. 14-16.

⁵⁶ O critério em questão foi extinto pelo Regulamento n.º 2424/2015 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2012.

⁵⁷ Faria Correa, 2004, p. 19.

⁵⁸ Siemsen & Leis, 2010, p. 15.

⁵⁹ Oliveira Neto, 2007, p. 142.

⁶⁰ INPI – Marcas – perguntas mais frequentes.

⁶¹ Barbosa, 2003, p. 111.

⁶² Libman, 2017, pp. 27-35; Marques, 2010, p. 137; Muller, 2016, pp. 55-64; Cesário, 2020, pp. 148-149.

direito marcário”. Ora, são diversos os exemplos de países que não acolhem tal critério, de maneira que a interpretação adotada pelo INPI não privilegia o objetivo da própria LPI⁶³.

Diante disto, é possível concluir que uma tal interpretação do critério se figura ultrapassada e danosa para o desenvolvimento da indústria e do comércio brasileiros. Se em 1996 poderia ser compreensível uma limitação tecnológica como argumento para a introdução do requisito, atualmente, passados 27 anos, são incontáveis os exemplos de difusão de marcas não tradicionais: constam como abertura de *podcasts*, presentes em dispositivos que cabem na palma das mãos; estão presentes em vídeos do Youtube, passíveis de acesso no mundo inteiro; fazem parte de diversas plataformas de *streaming*; constam de inúmeros *e-games*.

Mais, o argumento de ordem econômica já não pode ser aceito, em duas medidas. Em primeiro lugar, atualmente, manutenção de uma página online com registros sonoros não exige uma tecnologia avançada, sequer elevados custos. Exemplo disso é a existência de diversos acervos online de Universidades⁶⁴ e Museus Públicos⁶⁵. Ainda, países com um PIB menor que o PIB brasileiro registam sinais sonoros, como o Equador e o Peru⁶⁶.

A realidade é que, com esse impedimento de registro de marcas não visualmente perceptíveis, muitas empresas brasileiras com relevo no exterior passaram a registrar as suas marcas não tradicionais nos países em que atuam. Exemplo disso é o registro da marca olfativa Melissa nos Estados Unidos⁶⁷ e a tentativa de registro da marca sonora “plim plim” da Rede Globo na União Europeia⁶⁸.

Ainda, o critério em causa não é e não poderá ser considerado no âmbito de aplicação da regra do *telle quelle*. Esta regra, enquanto uma exceção ao princípio da territorialidade, foi estabelecida pelo art. 6 *quinquies* A (1) da CUP⁶⁹, que dispõe que uma marca registrada no país unionista de origem deverá ser admitida enquanto tal em outros países unionistas⁷⁰. Assim não será quando: (1) a marca em questão prejudique direitos adquiridos de outrem; (2) o sinal não for distintivo; (3) o sinal for contrário à moral e ordem pública⁷¹; (4) o registro da marca represente um ato de concorrência desleal do art. 10 *bis*⁷².

Ora, nesta lógica a marca sonora do rugido do leão do Metro-Goldwyn-Mayer, registrada nos Estados Unidos, por não se enquadrar em nenhuma das exceções à regra, poderá ser registrada no Brasil, independentemente de colidir com um critério do sinal visualmente perceptível⁷³. Ou seja, uma marca sonora estrangeira poderá ser protegida enquanto tal, mas

⁶³ Marques, 2010, pp. 133-142.

⁶⁴ Coleção Audiovisual do Museu de Diversidade Biológica da UNICAMP.

⁶⁵ Acervo do Museu da Imagem e do Som.

⁶⁶ Libman, 2017, p. 41.

⁶⁷ Registro n.º 4754435.

⁶⁸ Este não logrou sucesso, e será analisado adiante.

⁶⁹ Aplica-se ao ordenamento jurídico brasileiro pela sua incorporação através do Dec. 9.2333, de 29 de junho de 1884.

⁷⁰ Ricketson, 2015, pp. 533-548.

⁷¹ Cesário, 2020, pp. 67-73. Art. 6 *quinques* B.

⁷² Ricketson, 2015, p. 546; Loon, 2018, pt. II.

⁷³ Mathély, 1994, p. 407, *apud* Cesário, 2020, p. 69. No mesmo sentido, Barbosa, 2005, pp. 8-9.

um sinal sonoro brasileiro não poderá ser registado enquanto marca e gozar desta proteção, porque à última aplica-se o critério. Portanto, um estrangeiro terá um tratamento mais favorável do que um nacional⁷⁴.

Em conclusão, não se percebe a manutenção, quer do critério em si mesmo, quer da sua interpretação restrita à letra da lei.

3. Marcas não tradicionais

O entendimento quanto à noção das marcas não tradicionais, também conhecidas como Novas Marcas⁷⁵ ou ainda como Marcas Não Convencionais⁷⁶, tem sido diverso na doutrina. Por um lado, há autores como Denis Barbosa a entender que tais marcas seriam aquelas que não são aceites por um grande número de ordenamentos jurídicos ou que, para serem aceites, deveriam receber a imposição de novos requisitos⁷⁷. Por outro lado, há autores, como Kone Cesário, que partem da ideia de que tais marcas seriam “sinais incomuns” pelo facto de utilizarem novas perceções sensoriais⁷⁸.

Ainda, há autores como Siemsen e Leis a conceituar tais marcas simplesmente como aquelas que fogem ao conceito tradicional de marca⁷⁹. Portanto, desde que não estejam em causa sinais nominativos, figurativos ou mistos, pode estar em causa uma marca não tradicional⁸⁰.

Quanto à classificação de marcas não tradicionais, Pedro Sousa e Silva divide-as em sinais visíveis em si mesmos e sinais não visíveis em si mesmos⁸¹. Já João Veiga Gomes cita uma nova categoria dentro das marcas não tradicionais, que seriam as marcas fluidas, isto é, marcas com alguns caracteres distintivos de marcas já registadas anteriormente, mas com sucessivas variações⁸².

Independente da nomenclatura ou da noção adotada, acolhe-se aqui a posição de Leandro Barbas, de maneira que as marcas não tradicionais serão sempre uma lista não taxativa, na medida em que os sentidos humanos vão para além de visão, tato, olfato, paladar e audição⁸³. Portanto, quanto maior for a criatividade humana, mais marcas não tradicionais podem surgir. Assim, desde que sejam capazes de distinguir produtos ou serviços, diversos sinais podem constituir uma marca⁸⁴. No Brasil, no entanto, a opção legal pelo critério do sinal

⁷⁴ Chavannz & Burst, 2006, pp. 716-717 *apud* Cesário, 2020, p. 68.

⁷⁵ Cesário, 2020, p. 45.

⁷⁶ Barbosa, 2013b, p.1; Sousa e Silva, 2020, p. 217.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 8.

⁷⁸ Cesário, 2020, p. 50.

⁷⁹ Siemsen & Leis, 2010, p. 2.

⁸⁰ Barbas, 2015, p. 30.

⁸¹ Sousa e Silva, 2020, p. 218.

⁸² Gomes, 2013, p. 280.

⁸³ Barbas, 2015, pp. 40-41. Tais como os sentidos relativos ao sistema propriocetivo, isto é percepção de localização e orientação de espaço, e a interceção, como a sensação térmica, considerados como sentidos por cientistas como a neurocientista Nazareth Castellanos – entrevista para BBC Brasil.

⁸⁴ Carvalho, 2009, p. 217.

distintivo visualmente perceptível eliminaria a proteção destas enquanto marcas, mesmo que estas cumprissem todos os restantes requisitos.

Quando se está diante de uma marca não tradicional, alguns ordenamentos jurídicos convocam o critério do *secondary meaning*. Também conhecido como distintividade adquirida, este critério pode ser compreendido como a situação em que um sinal comum adquire distintividade pelo uso empresarial e, portanto, é possível a proteção como marca⁸⁵. Denis Barbosa compreende que este fenómeno ocorre quando uma marca fraca se desvulgariza através do uso contínuo e enfático⁸⁶. No direito português, dispõe no mesmo sentido Couto Gonçalves, ao compreender que há uma conversão de um sinal inicialmente sem capacidade distintiva através do “significado secundário”, seja pelo uso ou por mutações semânticas ou simbólicas⁸⁷.

Ora, a própria jurisprudência brasileira convoca o critério relativamente a um tipo de marca não tradicional, as marcas tridimensionais, ao citar, no caso dos Copos Americanos⁸⁸, que a marca, apesar de ser um produto comum e amplamente utilizado pela população em geral, comprovou que “representa uma forma específica que o público consumidor reconhece como sendo o copo indicado”. Ademais, há uma referência direta ao conceito de *secondary meaning*⁸⁹. Portanto, é um critério aplicável pela jurisprudência a marcas não tradicionais visíveis no Brasil, mesmo que não conste da LPI e que não seja um critério passível de ser analisado pelo INPI⁹⁰.

Focar-nos-emos no estudo da marca sonora, sem prejuízo da importância e complexidade das restantes marcas não tradicionais. O INPI já aceitou o registo de algumas marcas não tradicionais visíveis, como a marca tridimensional e de posição, mas continua a rejeitar as marcas não visíveis⁹¹, tais como marcas sonoras, gustativas, olfativas e táteis⁹².

3.1. Marca tridimensional e de posição

Estes dois tipos de marca são abordados em conjunto em razão da recente aceitação e regulamentação do registo da marca de posição pelo INPI⁹³ e a aceitação de marcas tridimensionais, enquanto as restantes marcas não tradicionais continuam a não ser aceites pelo direito brasileiro.

⁸⁵ Schmidt, 2013, p. 129. É também o que consta dos arts. 209.º, n.º 2 fine e 231.º, n.º 2 do CPI.

⁸⁶ Barbosa, 2003, p. 182.

⁸⁷ Gonçalves, 1999, p. 85.

⁸⁸ Processo 0801231-11.2010.4.02.5101, da 13.ª Vara Federal do Rio de Janeiro do Tribunal Regional Federal da 2.ª Região – Juíza Marcia Maria Nunes, de Barros 16 de março de 2011.

⁸⁹ Processo 2009.51.01.809509-5, da 15ª Vara Federal do Rio de Janeiro do Tribunal Regional Federal da 2.ª Região – Desembargadora Relatora Liliane Roriz, de 30 de agosto de 2012.

⁹⁰ Beyruth, 2010, pp. 138-144.

⁹¹ Sousa e Silva, 2020, pp. 213-215.

⁹² Para Cesário, 2020, pp. 45-52, as marcas táteis não são registadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. No mesmo sentido Barbas, 2015, pp. 238-252. No entanto, para Gomes, 2017, p. 42, e Muller, 2016, p. 148, as marcas táteis podem ser protegidas através da marca figurativa, como no proc. n.º 820817155, tese a que não se adere aqui.

⁹³ De acordo com a Portaria/INPI/PR n.º 37, de 13 de setembro de 2021.

Em primeiro lugar, importa dar uma definição às marcas tridimensionais e de posição. Segundo o INPI, é considerado como marca tridimensional o sinal constituído pela forma plástica distintiva em si, capaz de individualizar os produtos ou serviços a que se aplica. Já as marcas de posição são aquelas formadas pela aplicação de um sinal numa posição singular e específica de um determinado suporte, resultando num conjunto distintivo capaz de identificar produtos ou serviços e distingui-los de outros idênticos⁹⁴. De forma mais sumária, Barbas compreende que deve haver a aposição de um elemento num determinado local do produto, de maneira que são necessários para haver tal marca o elemento e o local⁹⁵.

Apesar da recente regulamentação de marcas de posição, importa ressaltar um caso já antigo na jurisprudência brasileira, que é o caso dos bolsos das calças Levi's⁹⁶, que outrora eram reconhecidas como uma marca mista. Este caso teve a duração de 29 anos, culminando na decisão do STJ1 de considerá-la registável. No entanto, é importante ressaltar que a primeira marca de posição no direito brasileiro foi concedida pela via judicial, que foi a letra “N” nos ténis New Balance⁹⁷.

Quanto às marcas tridimensionais, por fazerem parte da realidade marcaria do país por mais tempo, sendo possível citar diversos exemplos, tais como a forma do chocolate Baton⁹⁸, o macaco da marca Kipling⁹⁹, e o formato da garrafa da Coca-Cola¹⁰⁰. Portanto, podem constituir a forma do produto em si ou da embalagem, desde que possuam capacidade distintiva¹⁰¹.

Enquanto marcas já passíveis de registo, Denis Barbosa não as enquadra como uma marca não tradicional, ao compreender que estão nominalmente previstas na lei. Assim, para o autor, apenas seriam marcas não tradicionais os sinais olfativos, gustativos, sonoros, em holograma e em movimento¹⁰². Esta, no entanto, não é a posição aqui adotada.

3.2. Marca olfativa

A marca olfativa pode ser entendida enquanto um odor com o objetivo de distinguir um produto ou serviço em relação à origem empresarial¹⁰³. Tais marcas são divididas pela doutrina em: primárias, ao surgir como um odor principal de uma fragrância; secundárias, em produtos onde a emissão do odor não é a função principal do produto, mas confere um atributo

⁹⁴ INPI, 2023, pt. 2.

⁹⁵ Barbas, 2015, p. 216.

⁹⁶ Proc. n.º 007178085.

⁹⁷ Proc. n.º 815547480, mencionado em Cesário, 2020, p. 89.

⁹⁸ Proc. n.º 902329499.

⁹⁹ Proc. n.º 923410520.

¹⁰⁰ Proc. n.º 818643145.

¹⁰¹ Sousa e Silva, 2012, p. 369.

¹⁰² Barbosa, 2013c, pp. 78-79.

¹⁰³ Cruz, 2008, p.61. No mesmo sentido Sousa e Silva, 2020, p. 228.

necessário; e exclusivas, onde o odor é uma adição a produtos que normalmente não o teriam¹⁰⁴.

Entretanto, é relevante destacar que, para ser compreendido como marca, deve sempre cumprir o requisito da distintividade¹⁰⁵. Para tal, entende-se que o odor não pode ter origem na natureza do produto, isto é, não pode ser típico¹⁰⁶.

O direito brasileiro, através do critério do sinal distintivo visualmente perceptível, exclui o registo desse tipo de marca. Essa não é a tendência mundial. O direito americano, com uma noção ampla de marca¹⁰⁷, tem alguns exemplos de marcas olfativas, inclusive de marca brasileira, que não gozam dessa proteção no Brasil, como o odor de pastilha elástica para sandálias Melissa¹⁰⁸, após provar a distintividade adquirida¹⁰⁹. Outro exemplo é o odor das massas de modelar da Play-Doh¹¹⁰.

O direito europeu também acolhe este tipo de marca, abstratamente¹¹¹. Apesar da exclusão do critério de representação gráfica pelo DHM, ainda é referência para o registo de marcas não tradicionais o ac. Sieckmann¹¹², onde foi fixado que, mesmo que o sinal não seja perceptível em si mesmo, é registado se a representação do sinal for “clara, precisa, completa em si própria, facilmente acessível, inteligível, duradoura e objetiva”. Esse critério foi inclusive codificado no art. 4.º al. b) do RMUE e art. 3.º al. b) da DHM.

Ora, Couto Gonçalves tece algumas críticas a esta decisão. Concorda-se com o autor quando este entende ser contraditório o tribunal afirmar que os sinais não visuais podem ser registados como marca, desde que sejam distintivos, mas não considera que uma descrição verbal, uma fórmula química e outros elementos sejam capazes de representar graficamente a marca e cumprir os requisitos enunciados¹¹³. Neste sentido, Rui Cruz conclui que o Tribunal acabou por se contrariar¹¹⁴.

No entanto, a posição da EUIPO, em consonância com o art. 4.º do RMUE, é de que este tipo de marca não pode ser determinado com clareza e precisão com a generalidade de tecnologias disponíveis¹¹⁵. Portanto, as marcas olfativas não poderão ser registadas.

¹⁰⁴ Hammersley, 1998, pp. 124-126.

¹⁰⁵ Cruz, 2008, pp. 81-86.

¹⁰⁶ Sousa e Silva, 2020, p. 228.

¹⁰⁷ De acordo com o U.S. Code § 1127, a marca é uma palavra, símbolo ou frase, usada para identificar um certo fabricante ou produto e distingui-los de produtos de outros, tradução livre, .

¹⁰⁸ Registo n.º 4754435.

¹⁰⁹ Cesário, 2020, p. 52.

¹¹⁰ Registo n.º 5467089.

¹¹¹ Diz-se abstratamente visto que não há nenhum registo de marca olfativa na EUIPO, por não se considerar que a marca olfativa preenche os critérios do art. 4º al. b, do RMUE. No entanto importa mencionar que houve efetivamente o registo da marca olfativa de cheiro de relva cortada para bolas de ténis, através de decisão da IHMI – Caso R 156/1998-2.

¹¹² Ac. Sieckmann, de 12 de dezembro de 2002, C-273/00.

¹¹³ Gonçalves, 2009, pp. 275-295.

¹¹⁴ Cruz, 2008, p. 144.

¹¹⁵ EUIPO, 2022, Diretrizes de Marcas da EUIPO, pt.9.3.11.2.

3.3. Marca sonora

A marca sonora pode ser entendida como um sinal sonoro capaz de identificar produtos ou serviços, diferenciando-os de outros da mesma espécie¹¹⁶. Mundialmente, estes têm sido representados e registados através de pentagramas, código QR, espectrograma, partitura musical ou sonograma¹¹⁷.

Barbas procede à classificação das marcas sonoras¹¹⁸ em:

- a) Logos sonoros: são elementos acústicos que permitem identificar uma marca, sendo um exemplo o logo sonoro de 5 notas da McDonald's;
- b) Tema sonoro da marca: popularmente conhecido como *jingle*;
- c) Músicas de Marcas: são músicas comuns, mas que passam a ser vinculadas a uma marca;
- d) Símbolos sonoros: são sons específicos emitidos pelos produtos no curso da utilização. Exemplo seriam sons emitidos por computadores.

Independente do conceito ou da classificação utilizada, a verdade é que o recurso ao som, como uma forma de se diferenciar num determinado nicho, é de longa data e não remete apenas e exclusivamente ao marketing, inclusive no Brasil. Exemplo disto são certas vinhetas de emissoras de rádio e televisão, nomeadamente a rádio Globo e o “plim plim” da TV Globo.

Por outro lado, o grande crescimento da indústria de *podcast*, não só no Brasil, como no mundo, acaba por intensificar a necessidade de proteção de certos conteúdos sonoros. Em 2021, o Brasil foi o terceiro país que mais consumiu esse tipo de conteúdo¹¹⁹, ficando as marcas sonoras criadas neste âmbito desprotegidas. Mais, o mercado de *games*, que cada vez mais tem apelado para experiências sensoriais, como óculos de realidade virtual, simuladores e o próprio som, movimentou mais de 2 bilhões de dólares no Brasil¹²⁰.

Ora, mesmo com o potencial de utilização de sinais sonoros por estas indústrias enquanto ativos intangíveis, o legislador brasileiro optou por acolher o critério do sinal visualmente perceptível no art. 122.º LPI, de maneira a impedir o registo deste tipo de marca, por mais que constitua um sinal distintivo, exerça todas as funções de uma marca e possa traduzir-se num importante elemento para a economia.

Mais, é necessário compreender também o aspeto histórico. A LPI, para além de limitar o registo de marcas no art. 122.º, também é composta por uma lista taxativa de proibições no art. 124.º. No anteprojeto da LPI, constava da lista de proibições uma referência a marcas sonoras que, entretanto, não consta da lei efetivamente aprovada. A falta de uma disposição

¹¹⁶ Barbas, 2015, pp. 253; Marques, 2010, p. 23; Libman, 2017, p. 18.

¹¹⁷ Oliveira, 2019, pp. 79-86.

¹¹⁸ Barbas, 2015, pp. 255-260.

¹¹⁹ Segundo dados do Statista e do IBOPE.

¹²⁰ Estudo realizado pela Apex, em parceria com a ABragames.

direta ou indireta que proíba a marca sonora poderia ser um indício da aceitação destas no direito brasileiro¹²¹.

Apesar deste possível viés interpretativo, a exclusão de marcas sonoras é também uma opção administrativa, na medida em que o INPI promove uma leitura literal do art. 122.º LPI. Assim, o próprio instituto considera registáveis apenas marcas nominativas, figurativas, mistas ou tridimensionais¹²². Esta interpretação é considerada como um erro pela doutrina¹²³.

Essa, no entanto, não é a tendência mundial, havendo inclusive países que promoveram uma mudança nas suas respetivas legislações, como a China, o Japão e o Canadá¹²⁴, de modo a abarcar este tipo de marca no seu rol de possibilidades de registos. Na mesma esteira do que sucede com as marcas olfativas, países com uma noção ampla de marca tendem a aceitar o registo de marcas não tradicionais. É importante destacar aqui o regime jurídico norte americano, pioneiro neste tipo de marcas.

De acordo com o Lanham Act e a definição do USPTO, a noção de marca nos Estados Unidos engloba “qualquer palavra, frase, símbolo, *design* ou uma combinação destes que identifique bens e serviços”¹²⁵. Portanto, é uma noção ampla e que será limitada apenas por dois requisitos: ser utilizada no comércio – 15 U.S. Code § 1127 – e ser distintiva. Assim, em nada impede o registo de marcas sonoras, tendo inclusive o TTAB decidido no sentido de que a natureza de uma marca não é fundamento para a recusa do registo¹²⁶.

Mais, a jurisprudência norte americana convoca o *secondary meaning* em alguns casos de marcas sonoras. No caso *General Electric Broadcasting Co.* (TTAB 1978), os sons são diferenciados de duas formas. Por um lado, aqueles que são únicos, diferentes ou distintos. Por outro lado, sons que se assemelham ou imitam sons comuns ou a que os ouvintes foram expostos em diferentes circunstâncias. Ora, é quanto ao segundo grupo que se convoca o *secondary meaning*, isto é, para que sejam reconhecidos enquanto marca deverá haver lugar a prova de que os consumidores, potenciais consumidores e ouvintes associem o som ao produto ou ao serviço prestado¹²⁷.

Assim, os sons serão registáveis enquanto marcas desde que originariamente distintivos, ou sons comuns que venham a ganhar distintividade. Portanto, como qualquer outra marca tradicional. Porém, na medida em que esteja em causa um som comum ou um som emitido no curso da utilização do produto, para que se possa gozar do exclusivo sobre ele, aquele que o requer deverá provar que o próprio consumidor, ao ouvir aquele som, o associa a certo produto

¹²¹ Marques, 2010, pp. 82-83.

¹²² INPI, 2020b, Marcas – mais informações.

¹²³ Faria Correa, 2004, p. 21; Libman, 2017, p. 25; Marques, 2010, pp. 111-116; Barbas, 2015, pp. 55-57; Oliveira, 2019, pp. 85-99.

¹²⁴ Roda, 2021, p. 218.

¹²⁵ Tradução livre da noção de marca do USPTO: “A trademark can be any word, phrase, symbol, design, or a combination of these things that identifies your goods or services”.

¹²⁶ Caso *In re General Electric Broadcasting Co.*, 199 U.S.P.Q., TTAB 1978.

¹²⁷ *Ibid.*; USPTO, 2022, TMEP pt. 1212. Barbas, 2015, pp. 260-270.

ou serviço. É enfatizado que sons funcionais, isto é, intrínsecos ao produto, não poderão ser registados como marca, de acordo com o caso *In Re Vertex Group LLC*¹²⁸.

Ora, na medida em que o direito brasileiro também efetua tal operação para proceder ao reconhecimento de certas marcas tridimensionais, uma vez que venha a ser admitida a proteção de marcas sonoras, nada obsta a que também se leve a cabo o teste do *secondary meaning*. Mais, relativamente a sons funcionais¹²⁹, como por exemplo o som de um motor por estar a funcionar, acredita-se que estes não seriam permitidos na lei brasileira, mesmo que comprovado o *secondary meaning*, na medida que figura como um dos casos proibidos expressamente pela LPI, no art. 124.º inc. XXI.

Um dos pontos fulcrais no que tange a possibilidade do registo de marcas sonoras no Brasil está relacionado com a forma do registo, isto é, com a representação. Como já referenciado, a adesão ao critério do sinal visualmente perceptível tem por base apenas com questões técnicas. No entanto, o regime americano supera de maneira simples este possível impedimento.

Nos termos do TMEP, caso a marca não se enquadre como uma marca com caracteres padrão, o que figura no caso da marca sonora, o pedido do registo deverá incluir uma descrição¹³⁰. Mais, nestes casos poderá ainda submeter-se também um ficheiro em áudio ou vídeo, que terá como objetivo suplementar ou clarificar a descrição da marca¹³¹. Portanto, nesse ordenamento jurídico, o elemento principal do pedido de registo de uma marca sonora é a descrição, pelo que não se chama à colação quaisquer questões de natureza técnica. Na realidade, foram utilizados os avanços tecnológicos para complementar o elemento principal¹³².

Não é credível que o direito brasileiro irá de uma posição atual, extremamente restritiva, para uma posição liberal como a norte americana, o que é derivado do sistema “first to use”, diferente do sistema brasileiro “first to file”¹³³. Por esse motivo, parece ser crucial buscar inspiração na evolução sofrida pelo ordenamento europeu.

¹²⁸ Barbas, 2015, pp. 260-270.

¹²⁹ Isto é, são sons que o produto emite apenas por estar a funcionar, como o “bip” ao pressionar a tecla de um telefone.

¹³⁰ Pt. 808 do TMEP.

¹³¹ Pt. 807.09 do TMEP.

¹³² Marques, 2010, p. 89. De acordo com Ricardo Marques, em 2010, o registo de uma marca sonora exigiria a apresentação de uma gravação em fita ou CD, e, em caso de se tratar de uma música, uma partitura. Com o avanço tecnológico, atualmente houve apenas uma modernização, possibilitando a apresentação do som através de outras formas.

¹³³ O sistema “first to use”, adotado nos Estados Unidos, concede direitos ao primeiro que utiliza a marca, enquanto o sistema “first to file”, adotado no Brasil e na União Europeia, garante o direito de exclusivo àquele que submete o pedido da marca em primeiro lugar. Assim, enquanto o primeiro privilegia o uso, o segundo privilegia o registo, sendo certo que, em ambos os casos, poderá haver vicissitudes.

4. Como pode o regime brasileiro inspirar-se na evolução da proteção das marcas sonoras na União Europeia?

Importa trazer à colação a evolução legislativa europeia, na medida em que se passou de um critério intermediário, de representação gráfica, para o critério da determinabilidade, numa aceção ampla de marca. Sendo certo, no entanto, que continua a haver algumas limitações.

Em Portugal, o art. 79.º do CPI de 1940¹³⁴ conceituava a marca como “um sinal, ou conjunto de sinais nominativos, figurativos ou emblemáticos, que, aplicados por qualquer forma num produto ou no seu invólucro, o façam distinguir de outros idênticos ou semelhantes”. Portanto, a partir desta noção, não se abarcaria marcas não tradicionais.

Ora, esse conceito aproxima-se muito do conceito acolhido pela legislação brasileira no art. 122.º e a sua interpretação pelo INPI, ao estabelecer que a marca pode ser nominativa, figurativa, mista e, mais recentemente, tridimensional¹³⁵.

No entanto, anos após a formação da Comunidade Económica Europeia, veio a ser aprovada a Diretiva 89/104/CEE, com o objetivo de harmonizar a legislação dos países-membros em matéria de marcas. Assim, o art. 2.º amplia o leque de sinais distintivos registáveis, limitando-os apenas pelo critério de representação gráfica. Desta maneira, passa a haver uma tal limitação para que haja uma adequada publicidade e para que sejam cumpridas as finalidades do registo¹³⁶.

Portanto, o critério da representação gráfica é visto como uma forma de defesa da concorrência, na medida em que, ao atribuir a alguém o uso exclusivo de uma marca, deve haver uma limitação clara deste sinal, assim como o fácil acesso, para que se conheça a extensão dos direitos do titular daquela marca¹³⁷.

Se outrora apenas era possível proceder ao registo de marcas visualmente perceptíveis, com uma tal alteração foi alargada a proteção a qualquer sinal que fosse passível de representação gráfica. Desta maneira, passou a haver o acolhimento de marcas não tradicionais, nomeadamente marcas sonoras. Apesar de ter alargado o escopo de proteção, não se tornou, porém, abrangente o suficiente relativamente às marcas olfativas¹³⁸.

O que significa, para o ordenamento europeu, que a marca deve ser representável graficamente? De acordo com o ac. Sieckmann, para que seja possível o registo, a representação gráfica deve “permitir ao sinal ser representado visualmente nomeadamente através de figuras, linhas ou caracteres, de modo que possa ser identificado com exatidão”¹³⁹.

¹³⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 30679.

¹³⁵ INPI, 2020b.

¹³⁶ Carvalho, 2009, p. 222.

¹³⁷ Barbas, 2015, p. 98. No mesmo sentido Conclusões do AG Dámazo Ruiz-Jarabo Colomer apresentadas em 3 de abril de 2003 sobre o caso Shield Mark, no pt. 27.

¹³⁸ Pt. 3.2.

¹³⁹ Ac. Sieckmann, de 12 de dezembro de 2002, proc. C-273/00 n.º 46.

Mais, o acórdão em questão ainda fixa jurisprudência no sentido de que a representação deve ser clara, precisa, completa por si própria, facilmente acessível, inteligível, duradoura e objetiva¹⁴⁰. Portanto, independentemente da tipologia de marca em questão, estes requisitos deverão estar preenchidos.

É nesta esteira que a lei europeia passou por uma renovação, procedendo à exclusão do critério da representação gráfica através da DHM. No lugar daquele critério, o art. 3.º al. b) passa a prever um critério de determinabilidade¹⁴¹, afirmado também no art. 4.º al. b) do RMUE. Assim, para que o critério esteja preenchido, a marca deve ser representada de forma a permitir a sua identificação¹⁴². Pese embora tenha havido essa alteração, os critérios do ac. Sieckmann continuam a ser invocados, principalmente no que tange a marcas não visíveis em si mesmas¹⁴³, e na medida em que o critério consta dos art. 4.º al. b) do RMUE e art. 3.º al. b) da DHM.

Por outro lado, é possível compreender uma tal alteração por uma ótica otimista, de maneira que a exclusão do requisito representa um verdadeiro destaque da função distintiva da marca. Portanto, a marca é desvinculada de um requisito que limitava esta principal função, e atenta-se à evolução de novas formas de representação¹⁴⁴.

Ora, é indiscutível que os ordenamentos jurídicos dos mais diversos países se influenciam mutuamente, sendo certo que as convenções internacionais se configuram como os principais motores de aceleração desse processo. De forma particular, essa influência aumenta quando em causa estão países com alguma relação histórica ou um bloco de países com relevante interação económica.

Este é precisamente o caso do Brasil e de Portugal¹⁴⁵, ou ainda da América do Sul e da União Europeia. O direito brasileiro e o português, apesar das diversas diferenças, mantêm numerosas semelhanças no âmbito do direito privado, tanto em questões tradicionais, como em inovações¹⁴⁶. Mais, o próprio ramo dos direitos autorais brasileiro, outra faceta da propriedade intelectual, tem como base o chamado sistema de privilégios, herança portuguesa¹⁴⁷. Porque haveria de ser diferente no que tange à propriedade industrial, especificamente às marcas?

Ainda, algumas empresas brasileiras, ao não conseguirem registar as suas marcas não tradicionais, nomeadamente marcas olfativas e sonoras, no Brasil, recorrem a ordenamentos jurídicos que o fazem, nomeadamente o europeu. Foi precisamente o que aconteceu com a Rede Globo relativamente à marca sonora “plim plim”. Apesar de se configurar claramente

¹⁴⁰ Ibid., n.ºs 47 a 55.

¹⁴¹ Sousa e Silva, 2020, pp. 213-215.

¹⁴² Ibid., pp. 249-251.

¹⁴³ Ibid., pp. 228-232.

¹⁴⁴ Silva, 2018, p. 82.

¹⁴⁵ Justos, 2008, pp. 197-242.

¹⁴⁶ Cruz, 1955, pp. 32-77.

¹⁴⁷ Dal Pizzol, 2018, pp. 309-330.

como uma marca sonora, isto é, dotada de distintividade e reconhecida por qualquer consumidor médio, ainda que este não esteja a visualizar a televisão, é registada no Brasil como marca nominativa¹⁴⁸.

Ora, a fim de proteger a marca em questão pelo que ela realmente é, uma marca sonora, e diante de um processo de expansão para o mercado europeu, a Rede Globo tentou registá-la na Europa, através da EUIPO. Esta, no entanto, foi recusada inicialmente, com base na não existência do carácter distintivo. Apesar dos diversos recursos, a decisão foi mantida, com o mesmo fundamento¹⁴⁹. Neste caso, o Tribunal afirma que o carácter distintivo pode ter a sua prova dificultada relativamente a certas categorias de marca, mesmo que os critérios em questão sejam iguais. E estes critérios continuam a ser levados a cabo, mesmo com a recente admissão de junção de ficheiros ao registo¹⁵⁰.

Por estar em causa um sinal sonoro, este deve ter uma característica evidente que faça com que os consumidores o compreendam como uma marca, e não como um elemento de natureza funcional. Mais, é afirmado ainda que o sinal em questão não seria suscetível de transmitir uma mensagem de que o consumidor se pudesse recordar, não se considerando como uma marca. Isto é, salvo se houver adquirido carácter distintivo pelo uso, ou seja, se em causa estiver o *secondary meaning*¹⁵¹.

Ora, em território brasileiro nunca seria colocada em causa a distintividade da marca sonora da maior emissora de televisão do país, nomeadamente porque há *secondary meaning*. Assim, é perceptível que, por um lado, preenche completamente o conceito de marca, mas há o impedimento do registo por um critério de ordem funcional (ser visualmente perceptível); por outro, apesar de haver um conceito amplo de marca, não se considera haver distintividade.

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro acaba por não proteger as marcas não tradicionais de empresas que buscam a própria internacionalização. Por outro, acaba por ter de registar marcas estrangeiras deste tipo através da regra do *telle quelle*¹⁵². Na realidade, a propriedade intelectual revela-se ainda mais importante com o aumento do contributo de tecnologias no desempenho económico e com a sua respetiva exportação¹⁵³.

Posto isto, é perceptível toda uma evolução quanto a marcas não tradicionais no direito da União Europeia, evolução esta que pode ser seguida pelo direito brasileiro. Na realidade, quanto a marcas não tradicionais visíveis, já houve lugar a um tal progresso, nomeadamente quanto a marcas tridimensionais e marcas de posição.

Apesar dos diversos instrumentos de interpretação da lei e outras formas de proteção de marcas sonoras, que serão analisados adiante, uma tal evolução quanto a marcas não

¹⁴⁸ Proc. n.º 811501710.

¹⁴⁹ Ac. Globo Comunicação e Participações/EUIPO, de 13 de setembro de 2016, T-408/15, n.ºs 41 e 46; 50.

¹⁵⁰ Ac. Ardagh Metal Beverage Holdings GmbH & Co. KG/EUIPO, de 7 de julho de 2021, T-668/19.

¹⁵¹ Ac. Globo Comunicação e Participações/EUIPO, n.ºs 41 e 46; 50.

¹⁵² Explicado no pt. 2.3.

¹⁵³ Guzman & Pauwely, 2009, p. 592.

tradicionais não visíveis em si mesmas parece depender de uma alteração legislativa. E defende-se que uma tal evolução seja similar à da União Europeia. O critério do sinal visualmente perceptível foi introduzido no ordenamento brasileiro por uma questão técnica. Ora, uma forma de superar esta barreira técnica será a adoção do critério da representação gráfica, assim como o seu preenchimento, seja por via jurisprudencial (como ocorreu na União Europeia), seja através da legislação ou, ainda, da interpretação do INPI.

Outro fator que aponta para uma evolução gradativa é uma possível sobrecarga do INPI. Apesar de este não dever ser um argumento para travar uma evolução legislativa importante para a economia nacional, a verdade é que deve ser um elemento a ser considerado. Atualmente, sem qualquer evolução neste sentido, já há alguma reclamação no que diz respeito a patentes, seja por uma excessiva demora¹⁵⁴, seja pela falta de rigor na análise, quando atempada¹⁵⁵.

Ora, apesar de a evolução através da alteração legislativa parecer ser o caminho mais adequado, propício para garantir a segurança jurídica e, concomitantemente, proceder ao incentivo da internacionalização de empresas com sinais que, atualmente, não são devidamente protegidos, não se pode olvidar do burocrático e lento sistema legislativo brasileiro. Portanto, na medida em que ainda não há um projeto de lei que proponha retirar o critério do sinal visualmente perceptível, devem ser pensadas alternativas.

5. Meios alternativos de proteção no direito brasileiro

Apesar da interpretação literal do INPI relativamente ao art. 122.º LPI enquanto ativos de grande importância económica¹⁵⁶, as marcas sonoras não poderiam deixar de ser protegidas em alguma medida pelo ordenamento brasileiro. Assim, a doutrina passou a pensar diferentes formas para que estas estivessem salvaguardadas, seja através da interpretação da própria norma existente – através de uma interpretação constitucional – ou de outras áreas do direito – concorrência desleal e direito autoral¹⁵⁷.

Não se pode deixar de mencionar, no entanto, que há quem entenda que a proteção de sinais não visíveis em si mesmos só poderá ter lugar na medida em que houver uma alteração legislativa a retirar o critério do sinal visualmente perceptível. Independentemente de não existir uma barreira conceitual e de admitir a importância da marca sonora, Denis Barbosa aponta neste sentido através de um argumento de limitação constitucional, no qual direitos de propriedade se afiguram como *numerus clausus*¹⁵⁸. Assim, apesar de compreender que o

¹⁵⁴ Nesse sentido: Ewers, 2017; Oliveira, 2015.

¹⁵⁵ Paiva, 2023.

¹⁵⁶ Marques, 2010, pp. 112-114. No mesmo sentido Cesário, 2020, pp. 55-56.

¹⁵⁷ Neste sentido: Marques, 2010, pp. 133-152; Libman, 2017, pp. 27-38; Siemsen & Leis, 2010, pp. 14-16; Barbas, 2015, pp. 59-70.

¹⁵⁸ Barbosa, 2013b, pp. 13-17.

critério do sinal visualmente perceptível é puramente técnico, conclui ter sido esta a intenção do legislador¹⁵⁹.

Sendo certo que uma alteração legislativa configuraria o caminho de maior segurança jurídica, desde 2008, associações como a INTA e a ABPI têm dialogado com o INPI, numa tentativa de viabilizar as marcas não tradicionais¹⁶⁰. Apesar da evolução ao nível das marcas de posição¹⁶¹, até à presente data não há sequer um projeto de lei a promover a eliminação do critério da marca visualmente perceptível e, conseqüentemente, uma ampliação de marcas aceites pelo ordenamento jurídico brasileiro. Não sendo aceitável uma falta de proteção total destas, vejamos os meios alternativos.

5.1. Possível interpretação alternativa da lei vigente

A primeira maneira de suprir a falta de proteção jurídica de marcas sonoras é através da interpretação da própria lei vigente. Ora, o direito e suas normas não são e não podem ser vistos enquanto matéria isolada ou fechada. Na realidade, o direito é um complexo, um sistema de normas¹⁶². Mais, a legislação não absorve todo o direito¹⁶³. Neste sentido, ao analisar uma norma, a interpretação não se pode bastar pela letra da lei (nem sequer se desassociar completamente desta), devendo haver lugar a uma interpretação jurídica, isto é, a utilizar uma norma do *corpus iuris* como critério orientador da solução de um caso relevante¹⁶⁴. Portanto, a partir do sistema geral do direito, vejamos como o art. 122.º da LPI pode ser interpretado, sabendo que ele não se esgota em si mesmo.

Em primeiro lugar, importa analisar o argumento constitucional, atendendo à unidade e à coerência do sistema normativo, que corresponde a uma lógica constitucional¹⁶⁵. O art. 5.º, inc. XXIX CF assegura proteção à propriedade de marcas, de acordo com o interesse social e o desenvolvimento do país¹⁶⁶. Portanto, ficam protegidas aquelas marcas com interesse social e que promovam o desenvolvimento tecnológico e económico do Brasil¹⁶⁷. Ou seja, uma lei sobre o direito marcário deverá atender a estes requisitos para ser constitucional¹⁶⁸. Terá o sinal sonoro relevo neste desenvolvimento? E, nesta medida, não seria inconstitucional uma legislação ou uma interpretação legislativa que negue proteção às marcas sonoras?

¹⁵⁹ Barbosa, 2013b, p. 13.

¹⁶⁰ Vilhena, 2016, pp. 981-984.

¹⁶¹ Pt. 3.1.

¹⁶² Castanheira Neves, 1971-72, p. 9.

¹⁶³ Bronze, 2010, pp. 162-164.

¹⁶⁴ Ibid., pp. 880-888.

¹⁶⁵ Ibid., pp. 608-609.

¹⁶⁶ “Art. 5.º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e económico do País.”

¹⁶⁷ Marques, 2010, pp. 137-138.

¹⁶⁸ Barbosa, 2002b, pp. 17-25.

Quanto à importância da marca sonora, durante este estudo foram citados vários casos de sucesso de importantes marcas sonoras mundialmente conhecidas¹⁶⁹ (em países que as aceitam) e até de marcas de empresas brasileiras¹⁷⁰ (mesmo que sem registo), não se podendo desassociar a marca sonora ao reconhecimento destas empresas, suas marcas e produtos¹⁷¹.

Mais, há uma tendência mundial de aceitação destas marcas, inclusive e especialmente em países com os quais o Brasil tem alguma especial relação comercial¹⁷². No caso do BRICS: a Rússia há muito protege marcas sonoras¹⁷³; a China promoveu em 2014 a retirada da exigência de representação visual, passando a abarcar também as marcas sonoras no seu ordenamento jurídico¹⁷⁴; a Índia teve a sua primeira marca sonora registada em 2008¹⁷⁵; a África do Sul protege marcas sonoras¹⁷⁶. Portanto, apenas o Brasil não as protege.

No âmbito do Mercosul, dentre os países membros, a Argentina e o Uruguai protegem marcas sonoras¹⁷⁷. Dentre os associados, os países membros da Comunidade Andina de Nações¹⁷⁸ permitem o registo destes sinais como marca, assim como o Chile, apesar de se ter retirado do grupo¹⁷⁹. Não se pode acreditar que todos esses países, somados a outros, objeto deste estudo (Estados Unidos e estados-membros da União Europeia), passaram por alterações legislativas e inclusive decisões jurisprudenciais para abranger um tipo de marca que não seja relevante para a economia e o desenvolvimento destes.

Assim, o art. 122.º da LPI não pode ser lido sem ter em consideração a CF, nomeadamente o art. 5.º inc. XXIX, como critério orientador. E é precisamente neste sentido que apontam os arts. 4.º e 5.º da LINDB¹⁸⁰, estabelecendo que a aplicação da lei deverá ser feita de acordo com a analogia, costumes, e princípios gerais de direito, assim como serem atendidos os fins sociais e exigências do bem comum. Portanto, deve-se chamar à colação a interpretação jurídica, através da qual o INPI poderia ter lançado mão, a fim de abarcar o registo de marcas sonoras. Na verdade, o Instituto interpreta o art. 122.º da LPI apenas considerando o elemento literal, no sentido de que apenas marcas diretamente percebidas pela visão poderiam ser objeto de registo. Ora, esta perspectiva parece equivocada, na medida em que seria insensível à dinâmica da matéria de marcas, constantemente influenciada pelas inovações tecnológicas¹⁸¹.

¹⁶⁹ Pt. 1 e pt. 3.1.

¹⁷⁰ Caso do plim plim da Rede Globo.

¹⁷¹ É neste sentido que advoga Marques, 2010, pp. 111-116.

¹⁷² Como, por exemplo, fazer parte de um mercado comum, caso do Mercosul, ou então de um grupo como o BRICS.

¹⁷³ Marques, 2010, p. 102.

¹⁷⁴ Hu, 2021, pp. 85-89.

¹⁷⁵ Wahi, 2022, pp. 1089-1095.

¹⁷⁶ Kallis, 2018, p. 45.

¹⁷⁷ Marques, 2010, pp. 103-105.

¹⁷⁸ Bolívia, Colômbia, Equador e Peru.

¹⁷⁹ Marques, 2010, pp. 106-109.

¹⁸⁰ “Art. 4.º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5.º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

¹⁸¹ Marques, 2010, pp. 111-116; Faria Correa, 2004, p. 17.

Defende-se aqui que a interpretação deve ser feita não só através dos elementos do Código Civil, mas também segundo uma série de elementos em conjunto, isto é, elemento literal e elementos lógicos – elemento histórico, sistemático e racional¹⁸². Através destes, propõe-se que seja feita uma interpretação extensiva do requisito do sinal visualmente perceptível do art. 122.º da LPI, entendendo-o enquanto possibilidade de representação visual. Assim é porque “registrar marca consistente em palavra significa, então, registrar um sinal que, na origem, é sonoro, mas **se deixa representar por um sistema gráfico**” (negrito nosso)¹⁸³. Esta interpretação assemelhar-se-ia, portanto, ao antigo critério adotado pela União Europeia¹⁸⁴. Ora, nesta sede não faltariam meios de representação¹⁸⁵. Mesmo que no passado houvesse alguma dificuldade técnica na estabilidade documental da representação gráfica, não se permite uma pura negação ao sinal sonoro¹⁸⁶. Atualmente, tal dificuldade não pode ser sequer considerada, face à evolução tecnológica e às diversas soluções dadas por outros países¹⁸⁷.

Por outro lado, não se pode deixar de perceber o direito enquanto um sistema. Neste sentido, se a LPI efetivamente pretendesse excluir os sinais sonoros do registo, então estes constariam do *hall* de proibições do art. 124.º, como acontece com cores isoladas. Se fosse o objetivo do legislador impedir o registo de sinais sensoriais, elencá-los-ia no artigo destinado a proibir o seu registo¹⁸⁸.

Mais, apelando ao elemento histórico, o anteprojeto da LPI¹⁸⁹ continha uma proibição expressa a marcas sonoras. Esta, no entanto, foi retirada, precisamente porque ia contra o objetivo do projeto que deu origem à lei: “criar ambiente favorável aos investimentos, estabelecimento de regras claras e estáveis para o exercício da atividade econômica e funcionamento do mercado”¹⁹⁰.

Em conclusão, todos os elementos de uma interpretação lógica apontam para o acolhimento de marcas sensoriais, precisamente marcas sonoras, pelo direito marcário brasileiro¹⁹¹. Não podemos cingir-nos à letra da lei, e por isso advoga-se por esta interpretação extensiva.

5.2. Repressão à concorrência desleal

Em primeiro lugar: o que é a concorrência desleal? Para Fábio Ulhoa Coelho, a concorrência desleal traduz-se em práticas irregulares, isto é, sancionadas por lei, que causam

¹⁸² Justos, 2019, pp. 336-342; Maximiliano, 2017, pp. 121-125.

¹⁸³ Faria Correa, 2004, p. 19.

¹⁸⁴ Adotado pela Diretiva 89/104/CEE e suprimido pela DHM.

¹⁸⁵ Seja através de possibilidade de anexar ficheiros junto ao registo, sejam eles notações, partituras, áudio.

¹⁸⁶ Faria Correa, 2004, p. 21.

¹⁸⁷ Pts. 3.3. e 4.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 20.

¹⁸⁹ Projeto de lei n.º 824/1991.

¹⁹⁰ Marques, 2010, pp. 79-80, pp. 136-137.

¹⁹¹ Faria Correa, 2004, p. 22; Marques, 2010, pp. 153-159.

lesões aos interesses de empresários. Ou seja, é o meio de concorrência utilizado que caracteriza a deslealdade¹⁹². Gama Cerqueira entende que há uma dificuldade nesta definição, alegando que a doutrina reúne sob essa denominação os “atos contrários às boas normas da concorrência comercial, praticados, geralmente, com o intuito de desviar, de modo direto ou indireto, em proveito do agente, a clientela de um ou de mais concorrentes, e suscetíveis de lhes causar prejuízos”¹⁹³.

No mesmo sentido da divergência de noções aponta também Pedro Sousa e Silva. Para o autor e para a jurisprudência portuguesa¹⁹⁴, o objetivo desta área do direito seria o de proteger os interesses de concorrentes e do mercado, ao impor um dever de agir leal e honesto. É neste mesmo sentido que aponta o art. 311.º do CPI, ao dispor que seriam atos contrários às “normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica”¹⁹⁵.

Carlos Olavo compreende que a concorrência desleal faz parte da concorrência em sentido subjetivo, ou seja, da liberdade em promover os negócios. Assim, para este autor, a noção desta seria a imposição aos empresários que atuam no mercado de o fazer de maneira honesta¹⁹⁶. Mais, Denis Barbosa compreende que, para haver deslealdade, deve ter-se em consideração um parâmetro fático, isto é, os atos devem ser contrários aos usos honestos em matéria industrial ou comercial¹⁹⁷ ou a práticas comerciais honestas¹⁹⁸.

Ora, no direito brasileiro, a livre concorrência é objeto de proteção constitucional, nos termos do art. 170.º, inc. IV da CF¹⁹⁹. Portanto, a livre iniciativa é admitida em razão do seu valor sozinha²⁰⁰. Um dos meios de defesa desta será a repressão da concorrência desleal.

Neste sentido, o art. 209.º da LPI conceitua a concorrência desleal enquanto atos “tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio”, estabelecendo a possibilidade de indemnização nestes casos. Mais, o art. 195.º da LPI lista as condutas que são tipificadas como crimes, casos em que haverá repressão penal. Ainda, os tribunais brasileiros chamam à colação também a noção do art. 10.º-bis (2) da CUP²⁰¹, considerando ser “qualquer acto de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial”.

¹⁹² Coelho, 2012, pp. 278-281.

¹⁹³ Cerqueira, 2010, pp. 277-280.

¹⁹⁴ Ac. da Relação de Lisboa de 24/04/2014, proc. P.199/13.6YHLSB.

¹⁹⁵ Sousa e Silva, 2020, pp. 431-434; Gonçalves, 2019, pp. 391-396.

¹⁹⁶ Olavo, 2005, p. 248.

¹⁹⁷ Art. 10.º-bis, 2, CUP.

¹⁹⁸ Art. 39.º TRIPS; Barbosa, Denis, 2002a, p. 13.

¹⁹⁹ “Art. 170. A ordem económica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
IV – livre concorrência.”

²⁰⁰ Monteiro, 2004, pp. 23-30.

²⁰¹ Ac. do STJ1 – Recurso Especial 1527232-SP, de 23/08/2022, Ministro Relator Luís Salomão; Sentença do TJSP – Procedimento comum cível, proc. 1074792-35.2019.8.26.0100, Juiz Luis Felipe Ferrari Bedendi, de 23.de fevereiro de 2023.; Ac. do STJ1 – Recurso especial 1327773-MG, de 28/11/2017, Ministro Relator Paulo de Tarso.

Sendo certa a relevância de todos os conceitos, importa atentar aos requisitos para que uma determinada conduta seja enquadrada enquanto ato de concorrência desleal e punida enquanto tal. Para Carlos Alberto Bittar, os requisitos em causa são: (1) desnecessidade de dolo ou fraude, bastando a culpa do agente²⁰²; (2) desnecessidade de verificação de dano em concreto; (3) necessidade de existência de colisão de interesses, consubstanciada na identidade de negócio e no posicionamento num mesmo âmbito territorial; (4) necessidade de existência de clientela, mesmo potencial, que se quer, indevidamente, captar; (5) ato ou procedimento suscetível de repreensão²⁰³.

Mais problemático revela-se o último requisito, isto é, na diferenciação da concorrência lícita e ilícita, leal ou desleal. Assim, apesar de ser sempre a intenção do concorrente atrair clientela para si a subtrair do concorrente, o deve fazer através de um meio idóneo²⁰⁴. Por conseguinte, Nuno Sousa e Silva aponta no sentido do preenchimento do critério através da ética, equidade e “sentido de retidão do comerciante médio honesto e razoável”²⁰⁵.

Não havendo o registo de marcas sonoras, o uso indevido de um som distintivo só será alvo de proteção pelo direito brasileiro através da concorrência desleal se todos os requisitos acima citados estiverem preenchidos. Por exemplo, se uma emissora televisiva diferente da Rede Globo utilizasse o sinal sonoro “plim plim”, provavelmente esta conduta seria considerada como um ato de concorrência desleal. Mas será que assim também seria se um canal do Youtube utilizasse esse mesmo sinal? E se fosse um *podcast*? Há concorrência?²⁰⁶

Através da negação do registo de sinais sonoros, apenas restaria ao detentor destes uma proteção extremamente condicionada ao preenchimento de requisitos. Ora, no exemplo supracitado, a marca nominativa Rede Globo nunca poderia ser utilizada por um canal de Youtube, mas o sinal sonoro, porque não é registada enquanto tal, depende do preenchimento de requisitos da concorrência desleal. Conforme defende Ricardo Marques, não parece apropriado que existam dois tipos de proteção diferentes para instrumentos que exercem a mesma função²⁰⁷.

Segundo Barbas²⁰⁸, porque em causa está uma marca não tradicional, devem ser adicionados mais requisitos para que esteja em causa um ato de concorrência desleal: (1) provar que o sinal em causa é uma marca; (2) provar que o sinal foi criado por aquele que invoca o ato desleal, ou que há um exclusivo; (3) evidenciar a similaridade entre os sinais, explicando porque é desleal; e (4) demonstrar a intenção fraudulenta.

²⁰² Carvalho, 1984, pp. 47-48; Sousa e Silva, N., 2020, p. 208.

²⁰³ Bittar, 1985, pp. 266-267. Em sentido diferente, dispõe Sousa e Silva, 2020, pp. 440-448, a apontar os requisitos, de acordo com o art. 311.º, n.º 1 CPI, como: ato de concorrência, deslealdade do ato e censurabilidade da conduta, onde se aponta o dolo como um requisito.

²⁰⁴ Coelho, 2012, pp. 285-288.

²⁰⁵ Sousa e Silva, N., 2020, p. 221.

²⁰⁶ Para Ascensão, 2002, pp. 113-115, a existência de uma relação de concorrência é sempre necessária.

²⁰⁷ Marques, 2010, pp. 138-146.

²⁰⁸ Barbas, 2015, pp. 68-69.

Será a concorrência desleal suficiente para assegurar os investimentos realizados para a criação de um sinal sonoro? Será que este instituto garante a segurança jurídica da proteção de um sinal distintivo? Segundo Barbas, as respostas a estas questões serão negativas. Em primeiro lugar, fica claro que preencher todos os requisitos não será uma tarefa fácil, principalmente se considerarmos estar em causa um sinal sonoro. Mais, por um lado, apenas um sistema de registo garante a segurança jurídica e a certeza de que um sinal é protegido, motivo pelo qual os profissionais de propriedade intelectual recomendam sempre o registo para sinais distintivos²⁰⁹.

Por outro lado, reconhecer a existência e proteção, ou não, de uma marca seria da competência de examinadores do INPI e, quando em causa estão marcas não-tradicionais, essa especialidade é mais importante, na medida em que muitas vezes se adicionam mais requisitos²¹⁰.

Recorre-se aqui também a um argumento constitucional. Para Denis Barbosa, a CF prevê o princípio de especificidade de proteções, isto é, para cada falha de mercado específica, o direito concede uma solução. Portanto, cada ramo da propriedade intelectual confere proteção de acordo com o que foi disposto constitucionalmente e com o equilíbrio dos interesses aplicáveis²¹¹. Assim, havendo um recurso específico para a proteção de sinais distintivos, não parece adequada, nem constitucional, a substituição por um instituto que, apesar das afinidades, não se confunde²¹².

Na realidade, como figura maioritária na doutrina²¹³ e na jurisprudência portuguesa²¹⁴, o recurso à repressão da concorrência desleal apenas deveria ser chamado à colação de maneira subsidiária. Não havendo a proteção de um sinal distintivo sonoro pelo direito marcário brasileiro, o recurso à repressão através da concorrência desleal torna-se o meio principal, apesar de não ser o mais adequado. Na realidade, acaba por recorrer-se à concorrência desleal pelo não preenchimento do critério do sinal visualmente perceptível, mesmo que em causa esteja uma marca verdadeiramente distintiva²¹⁵.

Além disto, pode haver violação do direito marcário sem que em causa esteja a concorrência desleal, na medida em que, para que haja a violação do segundo, é necessária a existência de uma relação concorrencial entre os sujeitos, o que já não se exige no primeiro²¹⁶.

Portanto, apesar de este ser efetivamente um meio de proteção viável para sinais sonoros, não parece conferir a segurança jurídica, a certeza e a proteção que seriam conferidas

²⁰⁹ Barbas, 2015, p. 66.

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ Barbosa, 2012, pp. 1-4. No mesmo sentido Barbas, 2015, pp. 63-65.

²¹² Sousa e Silva, N., 2020, pp. 199-200.

²¹³ Sousa e Silva, 2020, pp. 437-438.

²¹⁴ Neste sentido, o ac. do STJ2 de 10/12/96, relator Torres Paulo, e Parecer da Procuradoria-Geral da República de 30/05/1957, cf. Sousa e Silva, 2020, p. 438.

²¹⁵ Nesse sentido, quanto a aplicação da concorrência desleal e do direito do autor, Libório, 2008, pp. 389-390.

²¹⁶ Sousa e Silva, 2020, p. 437.

se fosse possível realizar o registo de uma tal marca. Por este motivo, continua a advogar-se pela interpretação *extra lege* do atual art. 122^o. LPI ou da efetiva alteração legislativa.

5.3. Direito do autor

O direito do autor é o ramo do direito que regula a proteção de obras intelectuais, isto é, realizações culturais do espírito humano²¹⁷, que se consubstanciam em obras literárias e artísticas²¹⁸(em sentido objetivo). Por outro lado, consiste também na permissão de aproveitamento da obra intelectual (sentido subjetivo)²¹⁹, isto é, a atividade de exploração desta obra passa a ficar reservada ao seu titular²²⁰.

Para Carlos Alberto Bittar²²¹, o direito do autor regula as relações jurídicas advindas da criação e da utilização económica de obras intelectuais, estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências, com uma face pessoal – ou moral – (direitos de paternidade, nomeação, integridade da obra) e uma face patrimonial.

Portanto, quais serão os requisitos para que uma obra possa ser protegida pelos direitos autorais? Poderá um sinal sonoro ser protegido nesta medida?

Nos termos do art. 7.^o da LDA, são protegidas enquanto obras intelectuais “as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”, sendo um exemplo aquele do inc. V, isto é, composições musicais, com letra ou não. No entanto, o art. 8.^o esclarece que o aproveitamento comercial ou industrial de ideias não goza de proteção. Sendo certa a proteção independente de registo, nos termos do art. 18.^o da LDA. Apesar disto, o registo exerce a importante função de garantir ou documentar o direito do autor²²².

Portanto, o objeto da proteção autoral é a obra humana²²³, a criação intelectual²²⁴. Segundo Menezes Leitão, essa obra terá, portanto, duas características principais: carácter criativo e a proteção da exteriorização²²⁵. Ora, desde que haja intervenção humana, quanto ao conceito de obra, nada obsta a que os sinais sonoros sejam protegidos pelo direito do autor. Assim, para que um sinal sonoro possa ser protegido através do direito de autor, deve atender ao art. 7.^o, desde que não constitua aproveitamento industrial ou comercial²²⁶.

A verdade, no entanto, é que não se pode confundir institutos do direito. A criação de uma marca não se confunde com a criação de uma obra²²⁷. Para Denis Barbosa, a criação da

²¹⁷ Ascensão, 1992, p. 57.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 11.

²¹⁹ Leitão, 2021, p. 11.

²²⁰ Ascensão, 1992, p. 12.

²²¹ Bittar, 2008, pp. 8-9.

²²² Menezes, 2007, pp. 46-47.

²²³ Ascensão, 1992, p. 57.

²²⁴ Mello, 2016, p. 99.

²²⁵ Leitão, 2011, pp. 74-76.

²²⁶ Porto, 2015, pp. 216-217.

²²⁷ Barbosa, 2013a, pp. 74-75.

marca ocorre para “significar uma atividade econômica específica”, de maneira que só pode ser utilizada de acordo com o princípio da especialidade²²⁸. E é neste sentido que não se confundiria com a criação de uma obra. Enquanto o direito de marcas é dinâmico, o direito autoral é estático²²⁹. Mais uma vez, importa fazer alusão ao princípio da especificidade de proteções, mais bem explanado no ponto 5.2 e aqui aplicado. Isto é, havendo a criação de um instituto específico para sinais distintivos, não podem estes recorrer ao direito do autor para proteção.

Não significa isto, no entanto, que os sinais sonoros não podem ser protegidos em alguma medida pelo direito do autor. O cúmulo de direitos de propriedade intelectual pode existir, tanto de facto como na lei, sendo os últimos a cumulação destes sobre um mesmo bem imaterial, na medida em que exercem funções distintas e que podem ser protegidas por diferentes direitos²³⁰.

O direito marcário protege o investimento e a posição na concorrência do seu detentor, enquanto protege o consumidor contra a confusão, de maneira que um dos seus requisitos principais é a distintividade. O direito autoral, por seu turno, tem como objetivo retribuir o autor pela sua criação, sendo o requisito principal a obra criativa²³¹. Por ter objetivos distintos, Patrícia Porto ressalta que o cúmulo destes direitos pode trazer danos à sociedade, na medida em que podem beneficiar apenas interesses individuais²³².

Ora, em primeiro lugar, para haver cúmulo, deve o sinal ou obra ser abrangido simultaneamente por dois institutos da propriedade intelectual, o que não acontece no direito brasileiro, na medida em que os sinais sonoros não são protegidos pelo direito marcário. Aproveita-se, no entanto, o argumento de Patrícia Porto quanto ao cúmulo enquanto argumento contrário à proteção de sinais sonoros através do direito do autor: se não parece ajustado cumular estas proteções por estarem em causa objetivos distintos, também não será possível estender a proteção do direito autoral a um sinal sonoro distintivo.

Nesta medida, não se defende aqui uma proteção através do direito autoral de sinais sonoros distintivos. Existindo um instituto criado para proteger sinais distintivos no mercado, é a este que se deve recorrer, e não a um instituto com um propósito completamente diferente.

6. Pode o direito brasileiro continuar a negar proteção à marca sonora face ao Protocolo de Madrid?

O Protocolo de Madrid, que complementa o sistema de Madrid, somado ao Acordo de Madrid²³³, é administrado pela WIPO e tem como objetivo fornecer aos titulares de marcas a

²²⁸ Ibid.

²²⁹ Sousa e Silva, 2014, p. 45.

²³⁰ Tomkowicz, 2012, pp. 5-7.

²³¹ Porto, 2015, pp. 212-213.

²³² Ibid.

²³³ Apesar de formar um sistema, o Acordo de Madrid e o Protocolo de Madrid são independentes.

possibilidade de protegê-las em diversos países, com apenas o depósito de um pedido junto a um instituto nacional de marcas²³⁴. O Brasil foi originalmente signatário do Acordo de Madrid, porém, revogou-o em 1934²³⁵, por não ser do interesse de empresas brasileiras para a exportação, que ainda se figurava insipiente²³⁶.

No entanto, o país passou a ser signatário do Protocolo de Madrid em 2019²³⁷, em decorrência da pressão exercida pelo setor empresarial brasileiro²³⁸. Ora, enquanto membro do Protocolo, o Brasil fica vinculado às regras dispostas neste, sendo certo que em causa não estão regras materiais, mas sim procedimentais²³⁹. Neste sentido, fica claro que o Brasil não fica obrigado a aderir ao conceito de marca proposto pela WIPO ou por qualquer dos países que façam parte do Protocolo. Quer isto dizer que o Brasil não fica obrigado, por este Protocolo, a aceitar as marcas sonoras.

Entretanto, advoga-se pela importância da adesão a este instrumento enquanto mais um passo em direção à aceitação de marcas sonoras pelo ordenamento jurídico brasileiro. Os Grupos de Trabalho da WIPO, neste caso relativo ao Protocolo, têm como objetivo harmonizar o direito vigente nos países signatários²⁴⁰ e, nesse sentido, o documento MM/LD/15/RT/2, de 31 de maio de 2017,²⁴¹ dispõe sobre as marcas sonoras e o seu registo, ou não, consoante a representação no pedido internacional, tendo concluído pela necessidade de definir melhores práticas no assunto. Outros grupos de trabalho, nomeadamente acerca da representação de marcas não tradicionais, têm indicado a importância de se ampliar os meios de reprodução de marcas²⁴² (fator determinante no que tange a marcas sonoras).

Até à adesão do Brasil ao Protocolo, a posição da delegação brasileira em grupos da WIPO relativamente às marcas sonoras é a de fugir ao debate, ou colocá-lo em segundo plano²⁴³. Porém, com a nova abertura do país e adesão ao Protocolo, há confiança na sensibilização do legislador brasileiro e do INPI ao tema pela influência da aceitação de marcas sonoras pela maioria dos países-membros da WIPO e do Protocolo²⁴⁴.

Mais, um dos objetivos do país, ao aderir ao mesmo, é promover a internacionalização e exportação de produtos brasileiros. Aliás, a própria adesão ao Protocolo ocorreu também por pressão do empresariado brasileiro²⁴⁵. Ora, ao gozar do mecanismo proposto pelo Protocolo, as empresas brasileiras terão maior facilidade em proteger as suas marcas no exterior. Isto, no entanto, não irá ocorrer com sinais sonoros, que não podem ser protegidos no ordenamento

²³⁴ EUIPO – Registo Internacional; Sousa e Silva, 2020, p. 337; INPI, 2023, pt. 11.

²³⁵ Soares, Ramalho & Islabão, 2021, pp. 750-758.

²³⁶ Carvalho, 2009, pp. 94-99.

²³⁷ Dec. n.º 10.033, de 1 de outubro de 2019.

²³⁸ Carvalho, 2009, p. 94.

²³⁹ Carvalho, 2009, pp. 62-79.

²⁴⁰ Oliveira, 2019, pp. 135-138.

²⁴¹ WIPO, 2017, Doc. MM/LD/15/RT/2 de 31 de maio de 2017.

²⁴² WIPO, 2018, Doc. MM/LD/WG/16/4, de 02 de maio de 2018.

²⁴³ Oliveira, 2019, pp. 139-141.

²⁴⁴ Ibid.

²⁴⁵ Carvalho, 2009, pp. 105-108.

brasileiro e, muitas vezes, não são aceites enquanto tais por países que admitem o registo de marca sonora pela exigência do requisito do *secondary meaning*²⁴⁶. Assim, poderão ficar efetivamente desprotegidos pelo registo.

Portanto, enquanto tratado procedimental e não material, o Protocolo de Madrid não versa diretamente sobre marcas sonoras e, nesse sentido, não influencia diretamente o Brasil no tema. Porém, indiretamente, através dos Grupos de Trabalho e até do próprio empresariado brasileiro, a perspectiva é o ressurgimento debates no sentido de aceitar o registo de marcas sonoras.

²⁴⁶ Pt. 4.

7. Conclusão

Poderá o direito brasileiro continuar a negar o registo de marcas sonoras? A resposta a ser dada só poderá ser negativa, face ao estudo aqui disposto. Não restam dúvidas de que a interpretação atual do INPI atenta contra a CF, não sendo aceitável negar a importância que as marcas sonoras têm tomado num contexto internacional ao nível económico.

É nesta senda que se defende, inicialmente, uma interpretação extensiva do art. 122.º pelo INPI e, posteriormente, uma alteração legislativa, para uma maior segurança jurídica. Esta solução figura-se necessária, na medida em que tanto a repressão à concorrência desleal como o direito autoral não são suficientes para assegurar os interesses daqueles que lançam mão de sinais sonoros.

Não se acredita, no entanto, numa mudança radical. Isto é, existindo atualmente um requisito e uma interpretação literal e restritiva, a adoção de uma legislação sem qualquer critério pode figurar um *backlog* do INPI e uma sobrecarga do sistema judiciário. Portanto, advoga-se inicialmente pelo critério do sinal graficamente representável e, apenas posteriormente, para um conceito amplo, como o americano e o europeu. Mais, acredita-se que terá um papel importante neste processo a adesão do Brasil ao Protocolo de Madrid, que, apesar de não versar sobre a matéria, poderá atuar na sensibilização do legislador à matéria e aumentar a pressão exercida pelo setor empresarial do país.

Bibliografia

- ASCENSÃO, J. (1992). *Direito de autor e direitos conexos*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ASCENSÃO, J. (2002). *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina.
- BARBAS, L. (2015). *Marcas não tradicionais: Mapeamento, problemática e experiência internacional*. Tese de Mestrado em Direito Político e Econômico. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie.
- BARBOSA, D. (2002a). A doutrina da concorrência. www.edisciplinas.usp.br.
- BARBOSA, D. (2002b). Bases constitucionais da propriedade intelectual. *Revista da ABPI*, n.º 59.
- BARBOSA, D. (2003). *Uma introdução a propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- BARBOSA, D. (2005). A marca como um fato internacional. www.dba.com.br.
- BARBOSA, D. (2012). Imagens de personagens ficcionais apostos a produtos têxteis como objeto de proteção pela lei autoral. www.academia.edu.
- BARBOSA, D. (2013a). Da proteção real da marca não registrada no Brasil. *Revista em Propriedade Intelectual e Direito Contemporâneo*, n.º 2.
- BARBOSA, D. (2013b). Da questão da distinguibilidade das marcas nas marcas não convencionais. www.academia.edu.
- BARBOSA, D. (2013c). Marcas em movimento: Proteção possível em direito brasileiro. *Revista Eletrônica do IBPI*, vol. 8.
- BASSO, M. (2002). Regime internacional de proteção da propriedade intelectual da OMC/TRIPS. In JÚNIOR, A. A. *OMC e o comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras.
- BEYRUTH, V. (2010). *O significado secundário da marca*. Tese de Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação, Academia de Inovação e Propriedade Intelectual do INPI, Rio de Janeiro. www.inpi.gov.br.
- BITTAR, C. (1985). Concorrência desleal e a confusão entre produtos. *Revista de Informação Legislativa* vol. 19, n.º 76.
- BITTAR, C. (2008). *Direito de autor*. 4.ª ed. Forense Universitária.
- BRONZE, F. (2010). *Lições de introdução ao direito*, 2.ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, A. (1984). *Concorrência desleal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, L. (2009). *Sistema tradicional ou Protocolo de Madrid?* Dissertação para obtenção do título de Mestre em Propriedade Intelectual e Inovação – Programa de Mestrado Profissional em Propriedade Intelectual do INPI – www.inpi.gov.br.
- CARVALHO, M. (2009). “Novas” marcas e marcas não tradicionais: Objecto. In Ascensão, J.O. *Direito industrial*, vol. VI. Coimbra: Almedina.
- CERQUEIRA, J. da G. (1946). *Tratado da propriedade industrial*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense.
- CERQUEIRA, J. G. G. (2010). *Tratado de propriedade industrial*, vol. 2, tomo II, parte III. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- CESÁRIO, K. & MORO, M. (2012). Uma breve revista às funções marcarias. www.publicadireito.com.br/artigos/.

- CESÁRIO, K. (2020). *Proteção das marcas visualmente perceptíveis*. Curitiba: Juruá Editora.
- CHAVANNE, A. & BURST, J. (2006). *Droit de la propriété industrielle*, 4.^a ed. Paris: Dalloz, pp. 716-717 *apud* Cesário, Kone (2020). *Proteção das marcas visualmente perceptíveis*. Curitiba: Juruá Editora.
- COELHO, F. (2012). *Curso de direito comercial*, vol. 1, 16.^a ed. São Paulo: Saraiva.
- CORNISH, W., LLEWELYN, D. & APLIN, T. (2013). *Intellectual property*, 8th ed. London: Sweet & Maxwell Limited.
- CRUZ, G. (1955). A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*. www.revistas.usp.br.
- CRUZ, R. (2008). *A marca olfactiva*. Coimbra: Almedina.
- DAL PIZZOL, R. (2018). Evolução histórica dos direitos autorais no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*.
- DINWOODIE, G. B. (2013). The Europeanisation of Trademark Law. In *The europeanisation of intellectual property law*. Oxford Univ. Press. www.papers.ssrn.com.
- EUIPO (2022). Diretrizes de marcas da EUIPO. www.guidelines.euipo.europa.eu.
- EWERS, J. (2017). Unicamp teme impactos de norma do INPI que concederá patentes sem exame técnico. www.inova.unicamp.br.
- FARIA CORREIA, J. A. B. L. (2004). A dimensão plurissensorial das marcas: A proteção da marca sonora da lei brasileira. *Revista da ABPI*, n.º 69.
- GILBERTO, J. (1983). Legislativo brasileiro é lento e ineficaz. www2.senado.leg.br.
- GOMES, J. V. (2013). Marcas não tradicionais e marcas fluidas. *Revista AB Instantia*, n.º 2.
- GOMES, J.P.R. (2017). “*Ceci n’est pas une pipe*”. Tese de Mestrado Profissional em Propriedade Intelectual e Inovação. Rio de Janeiro, Academia de Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento, Divisão de Programas de Pós-Graduação e Pesquisa INPI. www.inpi.gov.br.
- GONÇALVES, L. (1999). *Função distintiva da marca*. Coimbra: Almedina.
- GONÇALVES, L. (2009). Objeto. Sinais protegíveis. Modalidades. *Revista de Direito Industrial*, vol. VI.
- GONÇALVES, L. (2019). *Manual de direito industrial*, 8.^a ed. Coimbra: Almedina.
- HAMMERSLEY, F. M. (1998). The smell of success: Trade dress protection for scent marks. *Marquette Intellectual Property Law Review*. www.scholarship.law.marquette.edu.
- HU, G. (2021). Examining the challenges of obtaining a sound trademark in China. *Managing Intellectual Property*, no. 289. www.heinonline.org.
- INPI (2020a). Perguntas frequentes sobre marcas. www.inpi.gov.br.
- INPI (2020b). Marcas – mais informações. www.inpi.gov.br.
- INPI (2021). Cartilha marca: Da importância à sua proteção. www.inpi.gov.br.
- INPI (2023). *Manual de marcas*, 3.^a ed., 6.^a rev. www.manualdemarcas.inpi.gov.br/.
- JUSTOS, A. (2008). A influência do direito português na formação do direito brasileiro. *Revista Jurídica da FA7*, vol. 1.

- JUSTOS, A. (2019). *Introdução ao estudo do direito*, 10^a ed. Coimbra: Editora Coimbra.
- KALLIS, G. (2018). *The legal protection of sound, scent and colour marks in South Africa*. Tese de LLM em Direito Privado da Faculdade de Direito da University of the Western Cape. www.etd.uwc.ac.za.
- LEITÃO, L. (2021). *Direito de autor*, 4.^a ed. Coimbra: Almedina.
- LIBDMAN, J. (2017). Marcas não tradicionais – O regime jurídico de proteção às marcas sonoras no direito brasileiro. Jul/2017. www.ibpieuropa.org.
- LIBÓRIO, A. (2008). *Direitos de autor e liberdade de informação*. Coimbra: Almedina.
- LOON, N. W. (2018). Absolute bans on the registration of product shape marks. In CALBOLI & SENFTLEBEN (eds). *The protection of non-traditional trademarks*. Oxford: Oxford Academic. www.academic.oup.com.
- MARQUES, R. (2010). *Marcas sonoras no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá Editora.
- MATHELY, P. (1994). *Le nouveau droit français des marques: Titre VII – le droit unioniste des marques*. Vélizy: Éd. JNA. P., apud CESÁRIO, K. (2020). *Proteção das marcas visualmente perceptíveis*. Curitiba: Juruá Editora.
- MAXIMILIANO, C. (2017). *Hermenêutica e aplicação do direito*, 21.^a ed. Rio de Janeiro: Forense.
- MELLO, A. de S. e (2016). *Manual de direito de autor e direitos conexos*, 2.^a ed. Coimbra: Almedina.
- MENEZES, E. (2007). *Curso de direito autoral*. Belo Horizonte: Del Rey.
- MONTEIRO, R. (2004). A função social da propriedade na constituição da república de 1988 e a propriedade industrial. *Revista da ABPI*, n.º 69.
- MULLER, T. C. (2016). *O reconhecimento, a proteção e as políticas públicas para as marcas não tradicionais à luz da constituição de 1988*. Tese de doutoramento em Direito Direitos Sociais e Políticas Públicas. Santa Cruz do Sul, UNISC. www.repositorio.unisc.br.
- NEGRÃO, R. (2014). *Direito empresarial: Estudo unificado*, 5.^a ed. rev. São Paulo: Saraiva.
- NEVES, A. (1971-72). *Curso de introdução ao estudo do direito*. Coimbra.
- OLAVO, C. (2005). *Propriedade industrial*, vol. 1, 2.^a ed. Coimbra: Almedina.
- OLIVEIRA NETO, G. (2007). *Manual de direito das marcas: Aquisição da propriedade, posse, direito de precedência ao registo e proteção contra a fraude e a concorrência desleal*. São Paulo: Editora Pillares.
- OLIVEIRA, M. H. (2015). INPI, uma reforma com 20 anos de atraso. *Revista Facto*, n.º 43. www.abifina.org.br.
- OLIVEIRA, N. (2019). *Marcas sonoras: Uma análise sobre a figura da marca sonora a partir de documentos da organização mundial da propriedade intelectual – OMPI*. Tese de Mestrado Profissional em Propriedade Intelectual e Inovação. Rio de Janeiro, Academia de Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento, Divisão de Programas de Pós-Graduação e Pesquisa INPI. www.inpi.gov.br.
- PAIVA, L. (2023). Brasil tem aumento acelerado de patentes sob críticas de queda na qualidade. www.jota.info.

- PORTO, P. C. da R. (2015). Os efeitos da cumulação de direitos de propriedade intelectual. In WACHOWICZ, M. *Estudos de Direito da Propriedade Intelectual*. Curitiba: GEDAI publicações.
- RAMOS, A. (2010). *Curso de direito empresarial: O novo regime jurídico-empresarial brasileiro*, 4.^a ed. Salvador: Editora Jus Podivum.
- RENNÓ, L. (2019). “Opinião” - www.poder360.com.br/opiniao.
- RICKETSON, S. (2015). *The Paris Convention for the protection of industrial property*. Oxford: Oxford University.
- RODA, A. (2021). O registro das marcas não tradicionais no espaço lusófono: Desafios e inovação. *Revista Humanidades e Inovação*, vol. 8.
- SANTOS, J. (2003). Ativos intangíveis. *ConTexto*, vol. 3, n.º 4.
- SCHMIDT, L. (2013). *A distintividade das marcas*. São Paulo: Saraiva.
- SCHMIDT, L. (2017). Registo da marca. In CAMPILONGO, C., GONZAGA, Á. & FREIRE, A. (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direito Comercial*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. www.encyclopediajuridica.pucsp.br.
- SCHMIDT, P. & SANTOS, J. (2003). Ativos intangíveis. *ConTexto*, vol. 3, n.º 4.
- SIEMSEN, P. D. & LEIS, S. (2010). Novos campos em estudo para a proteção da propriedade industrial – Marcas não-tradicionais. www.ids.org.br.
- SILVA, A. M. P. da (2018). A nova Diretiva europeia sobre marcas e a sua transposição para Portugal. *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1.
- SILVEIRA, N. (2019). Estudos e pareceres de propriedade intelectual. www.ibpi.org.br.
- SOARES, V., RAMALHO, R. S. & ISLABÃO, G. (2021). Um ano do retorno ao sistema de Madrid. *Cadernos de Prospecção*, vol. 14, n.º 3. www.periodicos.ufba.br.
- SOUSA E SILVA, N. A. (2014). *The ownership problems of overlaps in European intellectual property*. Nomos Verlagsgesellschaft GmbH.
- SOUSA E SILVA, N. A. (2020). *Concorrência desleal e propriedade intelectual: Os atos de aproveitamento*. Coimbra: Almedina.
- SOUSA E SILVA, P. (2012). Sinal e marca. As marcas não tradicionais. In ASCENSÃO, J.O. *Direito Industrial*, vol. VIII. Coimbra: Almedina.
- SOUSA E SILVA, P. (2020). *Direito industrial*, 2.^a ed. Coimbra: Almedina.
- TOMKOWICZ, R. (2012). *Intellectual property overlaps*. New York: Routledge.
- VILHENA, P. (2016). Registabilidade de marcas não tradicionais no Brasil: Situação atual e perspectivas. *The Trademark Reporter*, vol. 106, n.º 5.
- WAHI, P. (2022). Comparative analysis of sound and smell trademark. *Jus Corpus Law Journal*, vol. 3, no. 1, pp. 1089-1095.
- WIPO (2017). Doc. MM/LD/15/RT/2, de 31 de maio de 2017 - www.wipo.int.
- WIPO (2018). Doc. MM/LD/WG/16/4, de 02 de maio de 2018 – www.wipo.int.

Lista de Jurisprudência

a) Brasil – www.jusbrasil.com.br

Ac. do STJ1, Recurso especial 1327773-MG, de 28/11/2017.

Ac. do STJ1, Recurso Especial 1527232-SP, de 23/08/2022.

Ac. do TRF, Processo 2009.51.01.809509-5, de 30/08/2012.

Ac. do TRF, Processo 0801231-11.2010.4.02.5101, 16/03/2011.

Sentença do TJSP – Processo 1074792-35.2019.8.26.0100, 23/02/2023.

b) União Europeia – www.eur-lex.europa.eu

Ac. Ardagh Metal Beverage Holdings GmbH & Co. KG/EUIPO, T-668/19, de 07/07/2021.

Ac. Globo Comunicação e Participações/EUIPO, T-408/15, 13/09/2016.

Ac. Sieckmann, C-273/00, 12/12/2002.

Caso R 156/1998-2, de 11 de fevereiro de 1999.

Conclusões do AG Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer apresentadas em 3 de abril de 2003 sobre o ac. Shield Mark.

c) Estados Unidos – www.ttabvue.uspto.gov

Caso *General Electric Broadcasting Co.* – TTAB 1978.

d) Portugal – www.dgsi.pt

Ac. da Relação de Lisboa, proc. P.199/13.6YHLSB, de 24/04/2014.

Lista de Marcas

a) Brasil – www.gov.br/inpi

Marca de posição da New Balance – Processo n.º 815547480.

Marca de posição dos bolsos da calça Levi's – Processo n.º 007178085.

Marca nominativa Plim Plim da Rede Globo – Processo n.º 811501710.

Marca tridimensional da garrafa da Coca-Cola – Processo n.º 818643145.

Marca tridimensional do chocolate Baton – Processo n.º 902329499.

Marca tridimensional do macaco da Kipling – Processo n.º 923410520.

b) Espanha – www.consultas2.oepm.es

Marca sonora da empresa Mercadona – Registro n.º 3532668.

c) Estados Unidos – www.trademark.justia.com

Marca olfativa das massas de modelar Play-Doh – Registo n.º 5467089.

Marca olfativa das Sandálias Melissa – Registo n.º 4754435.

Marca sonora da NBC – Registo n.º 0916522.

Marca sonora do Metro-Goldwyn-Mayer – Registo n.º 1395550.

d) EUIPO – euipo.europa.eu/eSearch

Marca sonora “I’m lovin’ it” da empresa Mc Donalds – Registo n.º 003661907.

Marca sonora “Oh Yes” de Churchill – Registo n.º 006534887.

Marca sonora da empresa Samsung – Registo n.º 010137594.

e) Itália – www.tmdn.org/tmview

Marca sonora da Bertolotto – Registo n.º 2020000006376.

f) Portugal – servicosonline.inpi.justica.gov.pt

Marca sonora da empresa OK Teleseguros – Registo n.º 480308.

Marca sonora da sociedade Gastão Cunha Ferreira – Registo n.º 531888.

**A exceção de não cumprimento e o direito de retenção
na empreitada de Direito Privado**

Pedro Daniel Marques Espinhaço

Sob a orientação da Professora
Doutora Isabel Menéres Campos

Resumo

A exceção de não cumprimento e o direito de retenção constituem causas legítimas de não cumprimento de uma prestação devida quando a contraparte, por sua vez, não cumpre a obrigação a que se encontra adstrita. Geralmente tidas como figuras próximas, registam, porém, diferenças assinaláveis de regime jurídico que permitem a sua distinção.

Atendendo à frequência com que ambos os institutos são analisados pela doutrina e pela jurisprudência – nem sempre de forma clara e consensual – reveste particular importância averiguar os concretos termos em que cada um pode ser invocado no âmbito do contrato de empreitada, contrato sinalagmático do qual resultam para as partes as obrigações principais de realizar a obra e de pagar o preço.

Admitida a possibilidade de invocação da exceção de incumprimento pelo empreiteiro e pelo dono da obra, e sendo hoje pacificamente acolhida a tese da atribuição do direito de retenção ao empreiteiro, analisa-se o âmbito de aplicação de ambas as figuras, procurando-se aferir, designadamente, se o empreiteiro poderá recorrer indistintamente à *exceptio* ou à *retentio* para recusar a entrega da obra já executada, na eventualidade de o preço não ser pago nos termos devidos.

Palavras-chave: contrato de empreitada; incumprimento; cumprimento defeituoso; exceção de não cumprimento; *exceptio non adimpleti contractus*; *exceptio non rite adimpleti contractus*; direito de retenção.

Abstract

The exception of non-compliance and the right of retention constitute legitimate causes for non-compliance with a due provision when the counterparty, in turn, does not fulfil the obligation to which it is attached. Generally considered as close figures, they register, however, notable differences in the legal regime which allow their distinction.

Given the frequency with which both institutes are analysed by doctrine and jurisprudence – not always in a clear and consensual way – it is particularly important to ascertain the specific terms in which each one can be invoked within the scope of works contracts, from which result, for the parties, the main obligations to carry out the work and to pay the established price.

With the existence of the possibility for both contractors and clients to invoke the exception of non-compliance, and with the thesis of attributing the right of retention to the contractor now peacefully accepted, the scope of application of both figures is analysed, seeking to assess whether the contractor may resort to each one indiscriminately to refuse the delivery of the work already carried out in the event that the price previously established is not paid in due terms.

Keywords: works contract; breach of contract; defective performance; exception of non-performance; *exceptio non adimpleti contractus*; *exceptio non rite adimpleti contractus*; right to withhold.

Lista de siglas e abreviaturas

ac.(s)	acórdão(s)
art.(s)	artigo(s)
<i>BGB</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil alemão)
<i>BMJ</i>	<i>Boletim do Ministério da Justiça</i>
CC	Código Civil
CCit	Código Civil italiano
<i>CDP</i>	<i>Cadernos de Direito Privado</i>
cfr.	confronte
cit.	citado(a)
<i>CJ</i>	<i>Colectânea de Jurisprudência</i>
<i>CJ (STJ)</i>	<i>Colectânea de Jurisprudência (Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça)</i>
Coord.	Coordenação
<i>DJ</i>	<i>Direito e Justiça</i>
DL	Decreto-Lei
ed.	edição
n. ^o (s)	número(s)
p. (pp.)	página(s)
<i>RDES</i>	<i>Revista de Direito e de Estudos Sociais</i>
reimp.	reimpressão
<i>RFDUL</i>	<i>Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa</i>
<i>RLJ</i>	<i>Revista de Legislação e de Jurisprudência</i>
<i>ROA</i>	<i>Revista da Ordem dos Advogados</i>
s(s).	seguinte(s)
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
v.	ver

Índice

Introdução	6
1. O não cumprimento do contrato de empreitada	7
1.1. Incumprimento definitivo	7
1.2. Mora	9
1.3. Cumprimento defeituoso	10
2. A exceção de não cumprimento no contrato de empreitada	13
2.1. Conceito e pressupostos	13
2.1.1. Existência de um contrato bilateral/sinalagmático	13
2.1.2. Inexistência de uma obrigação de cumprimento prévio por parte do <i>excipiens</i>	15
2.1.3. Não cumprimento ou não oferecimento do cumprimento simultâneo da contraprestação	17
2.1.4. Não contrariedade à boa-fé	18
2.2. Âmbito de aplicação	19
2.2.1. Prestações secundárias e acessórias	19
2.2.2. Obrigações resultantes de contratos de execução fracionada ou duradouros	20
2.3. Relação com as modalidades de não cumprimento	22
2.3.1. Incumprimento definitivo	22
2.3.2. Mora	23
2.3.3. Cumprimento inexato: a <i>exceptio non rite adimpleti contractus</i>	23
3. O direito de retenção no contrato de empreitada	26
3.1. Conceito e requisitos	26
3.1.1. Detenção lícita de uma coisa que deva ser entregue a outrem	27
3.1.2. Reciprocidade dos créditos	28
3.1.3. Conexão entre os créditos	30
3.2. Âmbito de aplicação	31
3.2.1. Subjetivo	31
3.2.2. Objetivo	32
3.2.2.1. Retenção sobre coisa de terceiro	33
3.2.2.2. Retenção sobre coisa própria	34
3.3. Extinção	35
Conclusões	37
Bibliografia	38
Índice de jurisprudência	41

Introdução

O presente estudo tem por objeto a determinação do âmbito de aplicação da exceção de não cumprimento e do direito de retenção no contrato de empreitada, campo em que ambos os institutos são frequentemente analisados pela doutrina e pela jurisprudência, embora nem sempre de forma consensual. Toma-se como referência este tipo contratual por melhor evidenciar as diferenças e as semelhanças entre ambas as figuras, sem prejuízo de se fazerem considerações genéricas, aplicáveis a outros contratos.

A verificação de uma situação de incumprimento contratual constitui condição necessária para que a contraparte possa lançar mão destes mecanismos de coerção privada ao cumprimento. Como tal, procede-se, num primeiro momento, a um enquadramento sumário das modalidades tradicionais de não cumprimento das obrigações resultantes do contrato de empreitada (imputáveis ao devedor¹).

Procura-se, depois, indagar em que termos pode a exceção de não cumprimento ser invocada por ambos os contraentes e aferir, nomeadamente, se o empreiteiro pode recusar a entrega da obra concluída se o preço não for pago, ou se, pelo contrário, o sinalagma se restringe às obrigações principais de pagamento do preço e de realização da obra.

Por fim, analisamos os concretos termos da atribuição do direito de retenção ao empreiteiro (atualmente reconhecido de forma pacífica pela doutrina), não descurando as problemáticas alusivas à retenção sobre coisas pertencentes a terceiro e sobre coisas próprias.

¹ Prescinde-se do estudo da impossibilidade de cumprimento não imputável ao devedor, que conduz à extinção da obrigação (arts. 790.º e 1227.º do CC).

1. O não cumprimento do contrato de empreitada

1.1. Incumprimento definitivo

O não cumprimento definitivo ocorre quando a prestação, não realizada no tempo devido ou realizada de modo imperfeito, não mais possa vir a ser oferecida nos termos exatos pelo devedor, originando uma situação de incumprimento irreversível².

Pode advir da impossibilidade (superveniente³) da prestação, da perda do interesse do credor na prestação em virtude do seu retardamento (art. 808.º/1, 1.ª parte do CC)⁴, ou da sua não realização no prazo suplementar razoavelmente fixado pelo credor (art. 808.º/1, 2.ª parte).⁵ Para o pensamento dominante⁶, o incumprimento definitivo resulta, ainda, da recusa antecipada, categórica e ilegítima de cumprimento pelo devedor, manifestada através de uma declaração⁷ dirigida ao credor ou retirada de “(...) factos significantes (...) ativos ou omissivos, de natureza material ou jurídica, como sucederá nos casos em que o empreiteiro abandone a obra [ou] negligencie os preparativos do cumprimento (...)”⁸, nomeadamente, porque não iniciou a construção de um imóvel que deva ser entregue a curto prazo⁹.

No contrato de empreitada, ambas as partes podem incumprir definitivamente os seus deveres contratuais, sejam eles principais, secundários ou acessórios¹⁰.

O comitente pode incumprir definitivamente os seus deveres de verificação,

² Brandão Proença, 2019, p. 179. Pinto Oliveira, 2011, p. 420, aponta o critério da irreversibilidade como fundamental para a distinção entre o incumprimento definitivo e o incumprimento temporário.

³ A impossibilidade originária conduz, por sua vez, à nulidade do negócio (arts. 280.º/1 e 401.º).

⁴ A perda de interesse é apreciada objetivamente (art. 808.º/2), cabendo ao credor o ónus de a provar (art. 342.º/2).

⁵ Cfr., entre outros, Antunes Varela, 1999, pp. 91-92; Brandão Proença, 2019, pp. 332-333; Romano Martinez, 2022, p. 112.

⁶ Defendem o incumprimento definitivo antecipado, sem necessidade de interpelação admonitória: Antunes Varela, 1999, p. 92; Brandão Proença, 2019, p. 354; Calvão da Silva, 1996, pp. 102-105; e a posição inicial de Menezes Cordeiro, 1994, p. 457, 1991, pp. 525-526, admitindo que a recusa categórica do empreiteiro em realizar a obra permite ao seu dono recorrer aos remédios previstos no art. 801.º. Para Ferreira de Almeida, 1995, p. 317, a recusa antecipada não constitui incumprimento definitivo, mas permite ao credor exercer de imediato os direitos correspondentes.

Defendem a entrada imediata do devedor em mora, sem necessidade de interpelação admonitória: Almeida Costa, 2019, pp. 1008-1009, nota 3; Galvão Telles, 1989, pp. 248-249; Menezes Cordeiro, 2017, p. 265; Menezes Leitão, 2017, pp. 230-231, nota 496.

Diferentemente, Pessoa Jorge, 1975/1976, pp. 296-298, entende que a recusa não importa o vencimento antecipado da obrigação.

⁷ Para Brandão Proença, 2019, p. 341, a declaração não está sujeita a forma especial.

Em sentido contrário, Vaz Serra, 1955, p. 61, defende que a declaração tem de ser reduzida a escrito.

⁸ Brandão Proença, 2019, pp. 339-340.

⁹ Nos acs. do STJ de 9-12-2008, do STJ de 9-12-2010 e do STJ de 30-1-2013, o abandono da obra pelo empreiteiro foi tido como recusa tácita de cumprimento, dispensando a sua interpelação pelo dono da obra para efeitos da conversão da mora em incumprimento definitivo. O ac. do STJ de 4-2-2010 tomou decisão semelhante em relação à recusa do comitente em efetuar qualquer pagamento ao empreiteiro apesar de grande parte da obra já estar realizada e de aquele ter conhecimento que o empreiteiro atravessava dificuldades financeiras.

¹⁰ Acerca dos direitos e deveres das partes no contrato de empreitada, v. Albuquerque & Raimundo, 2019, pp. 261 e ss.; Menezes Leitão, 2016, pp. 510 e ss.; Romano Martinez, 2010, pp. 368 e ss.

comunicação e aceitação da obra¹¹, bem como os seus deveres acessórios (de colaboração com o empreiteiro, de informação, etc.) por qualquer uma das causas suprarreferidas. Quanto à obrigação principal de pagamento do preço, não é possível verificar-se uma impossibilidade de prestar, ou uma perda objetiva do interesse do credor, dado que, neste último caso, apesar da mora do comitente, o pagamento continua a ter interesse para o empreiteiro, do ponto de vista objetivo¹².

O empreiteiro pode incumprir definitivamente o seu dever principal de realizar a obra sem vícios ou desconformidades, a obrigação instrumental e acessória de a entregar ao dono e outros deveres laterais (de custódia da coisa, de fornecimento de materiais e utensílios, etc.) por qualquer uma das causas já enunciadas.

Perante o incumprimento definitivo total do contrato, pode a parte adimplente optar por realizar a sua contraprestação e exigir uma indemnização pelo interesse contratual positivo¹³, ou resolver o contrato, ficando desobrigada de realizar a sua contraprestação (podendo exigir a sua restituição se já a tiver realizado) e mantendo o direito de exigir uma indemnização pelos danos causados (art. 801.º)¹⁴.

Sendo o incumprimento definitivo e parcial¹⁵ – por exemplo, porque o empreiteiro abandonou a obra antes de a terminar sem haver perda objetiva do interesse do comitente –, o credor pode exigir a realização do que for possível e reduzir proporcionalmente a sua contraprestação, ou resolver o contrato, salvo se o incumprimento revestir escassa importância (art. 802.º), conservando, em ambos os casos, o direito a ser indemnizado pelo interesse contratual negativo¹⁶.

Alternativamente, pode reclamar o *commudum* de representação, exigindo ao devedor a coisa que este tenha recebido ou sub-rogando-se no direito que este tenha adquirido perante terceiro em virtude do incumprimento (arts. 794.º e 803.º). Em qualquer dos casos, porém, o valor do direito conferido será deduzido no crédito indemnizatório (art. 803.º/2).

¹¹ O incumprimento definitivo dos deveres de verificação e aceitação implica a aceitação da obra sem reservas (art. 1218.º/5), resultando na exclusão da responsabilidade do empreiteiro pelos defeitos aparentes (art. 1219.º/1).

¹² Pires, 2019, p. 73.

¹³ Segundo Brandão Proença, 2019, p. 361, esta visa colocar o credor na situação patrimonial em que se encontraria se o contrato tivesse sido cumprido.

¹⁴ Para a doutrina tradicional, a indemnização visará, necessariamente, colocar o lesado na situação patrimonial em que estaria caso não tivesse celebrado o contrato. Cfr. Almeida Costa, 2019, pp. 1043 e ss.; Antunes Varela, 1999, pp. 109 e ss.; Menezes Leitão, 2017, pp. 269-270.

Defendendo a possibilidade de cumulação da resolução com uma indemnização pelos danos positivos, v. Brandão Proença, 2019, pp. 384-391.

¹⁵ Para Pires de Lima & Antunes Varela, 1986, p. 60, o escopo do art. 802.º abrange os vícios quantitativos e qualitativos da prestação.

¹⁶ Brandão Proença, 2019, pp. 393-396. O autor refere, contudo, doutrina defensora de uma indemnização positiva.

1.2. Mora

O devedor fica constituído em mora quando, por causa que lhe é imputável¹⁷, não realiza a prestação – ou realiza-a inexatamente – aquando do seu vencimento, mas o cumprimento continua a ser possível e idóneo a satisfazer o interesse do credor¹⁸.

O dono da obra incorrerá em mora se incumprir, culposamente, a obrigação de pagar o preço nos termos acordados (na falta de convenção ou uso em contrário, no ato de aceitação da obra – art. 1211.º/2), ou qualquer um dos seus deveres acessórios.

Por seu lado, o empreiteiro entrará em mora se, por sua culpa, não proceder à realização da obra no prazo acordado e sem vícios ou desconformidades, se não a entregar no local e no prazo previsto no contrato (ou após aceitação pelo comitente), ou se incumprir pontualmente qualquer outro dos seus deveres acessórios.

O que, em regra, determina a constituição do devedor em mora é a sua interpelação – judicial ou extrajudicial – para cumprir (art. 805.º/1)¹⁹. Ressalvam-se os casos consagrados no art. 805.º/2, nomeadamente as obrigações com prazo certo (comuns no âmbito dos contratos de empreitada), que determinam a entrada imediata do devedor em mora desde o seu vencimento.

A mora *solvendi* gera na parte faltosa a obrigação de indemnizar o credor pelos danos que o atraso no cumprimento lhe causou (art. 804.º/1)²⁰ e permite a este último invocar a exceção de não cumprimento. A indemnização cumula-se com o cumprimento – não o exclui –, pelo que o devedor permanecerá vinculado ao oferecimento da sua prestação até que a mora seja convertida em incumprimento definitivo. No que concerne à obrigação de entrega da obra a cargo do empreiteiro, entrando este em mora, passará a suportar o risco da perda ou da deterioração da coisa, mesmo não sendo o seu proprietário (art. 807.º/1)²¹.

Os contraentes poderão, igualmente, incorrer em mora creditória (ou *credendi*) se, sem motivo legítimo²², recusarem receber a contraprestação ou não praticarem os atos necessários ao seu cumprimento (art. 813.º).

A entrada do credor em mora atenua a responsabilidade do devedor (art. 814.º/1), extingue a mora debitória, provoca a especial oneração do credor em matéria de risco (art. 815.º), atribui ao devedor um direito de indemnização pelas maiores despesas que a mora do credor lhe acarrete (art. 816.º) e permite-lhe, tratando-se de uma prestação

¹⁷ A culpa do devedor presume-se (art. 799.º).

¹⁸ Almeida Costa, 2019, pp. 1048 e ss.; Antunes Varela, 1999, pp. 113 e ss. Brandão Proença, 2019, pp. 406 e ss., afirma que “Este condicionalismo está, por exemplo, ausente nas prestações de facto negativas que não sejam cumpridas ou nas prestações sujeitas ao chamado termo essencial absoluto (...)”; Menezes Cordeiro, 2017, pp. 233 e ss.; Pinto Oliveira, 2011, pp. 420-421.

¹⁹ É o caso das obrigações puras (art. 777.º/1), que se tornam exigíveis com a interpelação.

²⁰ Segundo Romano Martinez, 2022, p. 117, o ónus da prova do montante dos danos corre por conta do credor, exceto se se tratar de uma obrigação pecuniária (art. 806.º).

²¹ A propriedade da obra é determinada nos termos do art. 1212.º.

²² A mora creditória não depende de culpa. Cfr. Almeida Costa, 2019, p. 1080; Antunes Varela, 1999, p. 160.

de coisa, libertar-se da obrigação mediante a sua consignação em depósito (art. 841.º/1/b) e n.º 2)²³.

A título exemplificativo, o comitente incorrerá em mora creditória se, sem motivo justificativo, impedir o acesso do empreiteiro à obra ou recusar aceitar a obra que este se propõe entregar. O empreiteiro, por sua vez, ficará constituído em mora *credendi* se recusar receber, injustificadamente, o preço que o dono da obra se dispõe a pagar.

1.3. Cumprimento defeituoso

Com a celebração de um contrato de empreitada, o empreiteiro fica adstrito a uma obrigação de resultado: a realização da obra de acordo com o convencionado e sem vícios que excluam ou reduzam o seu valor, ou a sua aptidão para o uso ordinário ou previsto no contrato (art. 1208.º). Quando tal não aconteça, isto é, quando haja uma discrepância qualitativa entre a prestação devida e a que foi realizada (e não uma deficiência meramente quantitativa²⁴), estamos perante um cumprimento defeituoso (também designado imperfeito ou inexato), que segue o regime previsto nos arts. 1218.º e ss. e as regras obrigacionais gerais compatíveis.

A obra será considerada defeituosa se padecer de vícios ou de desconformidades²⁵. Vícios são quaisquer deficiências objetivas²⁶ da obra que excluam ou reduzam o seu valor normal de mercado e/ou a sua aptidão para a sua função normal ou para a finalidade estabelecida no contrato. As desconformidades correspondem a desvios relativamente ao projeto convencionado²⁷, independentemente do impacto que estes tenham no valor ou no grau de aptidão da obra.

Para que o empreiteiro possa ser responsabilizado pela existência de um defeito, a sua origem deverá preceder a entrega da obra (ainda que a sua deteção seja ulterior). Essa anterioridade presume-se (art. 799.º/1), cabendo ao empreiteiro ilidi-la²⁸.

Romano Martinez²⁹ considera que o cumprimento inexato depende da verificação cumulativa de quatro requisitos: violação do princípio da pontualidade (art. 406.º); ter o comitente aceitado a prestação desconhecendo o defeito ou, conhecendo-o, apondo

²³ V. Brandão Proença, 2019, pp. 255 e ss.; Galvão Telles, 1989, pp. 306 e ss.

²⁴ Segundo Albuquerque & Raimundo, 2019, p. 411: “O incumprimento parcial consubstancia-se na falta de elementos que exercem uma função própria na obra, uma função individualizada e autónoma no âmbito global dessa obra; porém, se a falta de determinado material (ou determinada qualidade dele) se dilui no conjunto dos materiais constitutivos da obra, sem papel específico, estamos perante um defeito”.

²⁵ Albuquerque & Raimundo, 2019, pp. 408-409; Cura Mariano, 2020, pp. 54 e ss.; Menezes Leitão, 2016, p. 536; Romano Martinez, 2022, p. 150.

Diferentemente, Sá Gomes, 1998, pp. 597-599, exclui as desconformidades do conceito de defeitos.

²⁶ Aferidas em face das regras da arte aplicáveis.

²⁷ São consideradas alterações da iniciativa do empreiteiro (art. 1214.º/1).

²⁸ Cura Mariano, 2020, pp. 55-57; Romano Martinez, 2022, p. 293. V. também o ac. do TRL de 1-7-2014.

²⁹ Romano Martinez, 2022, pp. 119-125.

uma reserva; ser o defeito grave (decorrência do princípio da boa-fé – art. 762.º/2)³⁰; terem ocorrido danos típicos (distintos daqueles que o credor poderia sofrer em caso de incumprimento definitivo ou de mora)³¹.

A propósito do segundo requisito, assumem relevância duas classificações de defeitos: a distinção entre defeitos conhecidos e desconhecidos; e entre defeitos aparentes e ocultos.

Conhecidos são os defeitos (aparentes ou ocultos) percebidos pelo dono da obra, ou aqueles em relação aos quais havia um dever de conhecimento, equivalendo o desconhecimento culposo ao conhecimento³². Nestes casos, a aceitação da obra sem reserva conduz à desresponsabilização do empreiteiro pela sua ocorrência (art. 1219.º/1)³³.

Os defeitos desconhecidos, por seu lado, podem também ser aparentes ou ocultos. Os primeiros – que o art. 1219.º/2 presume serem do conhecimento do dono da obra³⁴ – são detetáveis por um *bonus pater familias* colocado na situação concreta a apreciar, pelo que recai sobre o comitente, a seu respeito, um dever de conhecimento. Quanto aos segundos, não se exige ao credor que os conheça, pois não seriam detetáveis mediante um exame diligente³⁵. Em ambas as categorias, o padrão de diligência adequado variará consoante o grau de conhecimento exigível à pessoa que realizou a verificação da obra e o grau de profundidade exigível nessa verificação³⁶.

Apesar da distinção, no plano teórico, entre defeitos conhecidos e defeitos aparentes, ambos têm como consequência prática a exclusão da responsabilidade do empreiteiro, exceto se este houver garantido a sua inexistência ou atuado dolosamente no seu encobrimento, caso em que a negligência do comitente será irrelevante³⁷.

Romano Martinez procede, ainda, à distinção entre defeitos de Direito – quando incidem determinados ónus sobre a obra transmitida – e defeitos da coisa – desvios à qualidade corpórea devida³⁸. A relevância da distinção prende-se com o regime aplicável às diferentes categorias, que é objeto de discórdia doutrinal. Ao passo que, para Cura Mariano³⁹, é de aplicar a ambas o regime dos arts. 1218.º e ss., Romano Martinez⁴⁰ e

³⁰ Segundo Romano Martinez, 2022, pp. 291-296, o ónus de provar os defeitos e a sua gravidade (inaptidão ou perda de valor da obra) corre por conta do comitente.

³¹ Pinto Oliveira, 2011, pp. 409-410, rejeita este requisito.

³² Para Romano Martinez, 2022, p. 403, basta um desconhecimento negligente.

³³ Albuquerque & Raimundo, 2019, pp. 412-413. Para Pinto Oliveira, 2011, p. 415, cabe ao empreiteiro provar que o dono da obra conhecia os defeitos aquando da aceitação sem reserva.

³⁴ A presunção é ilidível.

³⁵ Segundo Albuquerque & Raimundo, 2019, pp. 414-415, não é de admitir a desresponsabilização do empreiteiro por defeitos ocultos, porquanto tal violaria o art. 809.º.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Romano Martinez, 2022, pp. 166 e 405.

³⁸ *Ibidem*, pp. 175 ss. e 403-405.

³⁹ Cura Mariano, 2020, p. 60.

⁴⁰ Romano Martinez, 2022, p. 178.

Albuquerque & Raimundo⁴¹ entendem serem aplicáveis aos defeitos de Direito na empreitada os arts. 905.º e ss.

Perante a realização defeituosa da obra, o comitente tem à sua disposição diversos meios de reação. Primeiramente, e em alternativa à aceitação com reserva, pode recusar-se a recebê-la⁴². Esta recusa, embora tenha cariz potestativo, carece de justificação e pressupõe o exercício simultâneo ou posterior de algum dos direitos previstos nos arts. 1221.º e ss. (salvo o de redução do preço, dado que pressupõe a manutenção do interesse do dono na obra defeituosa). A recusa obsta à transferência da propriedade da obra, se esta pertencer ao empreiteiro (art. 1212.º), com as implicações em matéria de risco daí decorrentes (art. 1228.º)⁴³.

Recusada justificadamente a obra, ou aceite com reserva, pode o seu dono fazer atuar os direitos previstos nos arts. 1221.º e 1222.º, que podem ser cumulados com uma indemnização complementar (art. 1223.º) se não lograrem a reparação integral dos danos⁴⁴. Em adição, pode lançar mão da *exceptio non rite adimpleti contractus*⁴⁵.

⁴¹ Albuquerque & Raimundo, 2019, pp. 384-386.

⁴² De acordo com Albuquerque & Raimundo, 2019, p. 421, esta faculdade de recusa decorre do princípio da integralidade do cumprimento (art. 763.º/1).

⁴³ Cura Mariano, 2020, pp. 112-113.

⁴⁴ A escolha do concreto meio a exercer não é, contudo, totalmente livre, dado que a lei impõe uma sequência legal entre os mesmos. A este respeito, v. Albuquerque & Raimundo, 2019, pp. 421 e ss.; Cura Mariano, 2020, pp. 111 e ss.; Menezes Leitão, 2016, pp. 539 e ss.

⁴⁵ V. capítulo 2.3.3.

2. A exceção de não cumprimento no contrato de empreitada

2.1. Conceito e pressupostos

A *exceptio non adimpleti contractus* (arts. 428.^o e ss.) é um instituto de caráter geral⁴⁶, com eficácia inter partes⁴⁷, que atribui à parte que a invoca⁴⁸ o direito de, num contrato bilateral, recusar a sua prestação (de facto ou de coisa) enquanto a outra parte não realizar ou não oferecer a realização simultânea da contraprestação. Tem como efeito principal a suspensão da obrigação do *excipiens*⁴⁹, que passa a poder recusar licitamente o cumprimento, sem incorrer em mora.

Visa pressionar o contraente inadimplente a cumprir e a preservação do contrato (não a sua destruição, como acontece na resolução), pelo que os seus efeitos são temporários. Por essa razão, é-lhe atribuída uma dupla função: a compulsória ou coercitiva, de cariz preponderante⁵⁰, e que visa compelir a contraparte a cumprir; e a de garantia, que permite ao credor reforçar os meios de satisfação do seu crédito⁵¹.

2.1.1. Existência de um contrato bilateral/sinalagmático

Os contratos bilaterais são aqueles de que resultam obrigações para ambas as partes. Distinguem-se dos contratos unilaterais – geradores de obrigações para uma das partes⁵² –, dos contratos bilaterais imperfeitos ou acidentalmente bilaterais – que originam, à partida, obrigações para uma das partes, podendo, posteriormente, surgir obrigações para a contraparte, sem que exista uma relação de interdependência e corresponsabilidade entre ambas – e dos contratos plurilaterais – em que mais de duas

⁴⁶ É uma exceção material dilatória (invocável judicial ou extrajudicialmente), porquanto o *excipiens* não coloca em causa a sua obrigação, mas apenas pretende que lhe seja reconhecido o direito a recusar a sua prestação até receber a contraprestação. Cfr. Abrantes, 2018, pp. 124 e ss.; Calvão da Silva, 1995, p. 334; Fonseca, 2019, pp. 235 e ss. e 256 e ss.

Na doutrina espanhola, v. Moreno, 2004, pp. 81 e ss.

⁴⁷ Relativamente a terceiros, só é oponível aos que, no contrato, venham a substituir os contraentes (art. 431.^o).

⁴⁸ Exige-se a sua efetiva invocação. Cfr. Abrantes, 2018, p. 115, nota 171; Pinto Oliveira, 2011, p. 802.

Diferentemente, para Pereira & Múrias, 2008, p. 222, basta que os pressupostos da *exceptio* estejam reunidos, não carecendo a *exceptio* de ser expressamente invocada.

⁴⁹ Fonseca, 2019, p. 243; Gomes, 2009, p. 56, nota 5; Pinto Oliveira, 2011, p. 802. Na doutrina francesa, v. Ghestin, 2001, pp. 24-25. Na italiana, v. Realmonte, 1965, pp. 234-235.

Diversamente, entendem que há lugar à suspensão da exigibilidade da prestação: Abrantes, 2018, p. 115; Galvão Telles, 1989, p. 455. Na doutrina italiana, v. Geri, 1974, p. 209.

⁵⁰ Nomeadamente, porque não pode ser afastada mediante a prestação de garantia (art. 428.^o/2).

⁵¹ V. Abrantes, 2018, p. 180; Brandão Proença, 2019, pp. 185 e ss.; Calvão da Silva, 1995, pp. 336 e ss.; Fonseca, 2019, pp. 267 e ss., para quem a *exceptio*, apesar de não conduzir a um reforço da massa patrimonial executável pelo credor, conserva uma função de garantia, ainda que atípica e menos notória, por permitir ao devedor conservar em seu poder a prestação devida até que a contraprestação seja realizada ou oferecida; Menezes Leitão, 2019, pp. 309-310; Pestana de Vasconcelos, 2017, p. 633. Na doutrina espanhola, v. Moreno, 2004, p. 38.

Negando que a *exceptio* desempenhe uma função de garantia, v. Costa Gomes, 2000, pp. 18-19 e 79.

Pereira & Múrias, 2008, pp. 230-236, por seu lado, negam à *exceptio* ambas as funções, por entenderem que o instituto tutela a posição do *excipiens*, não enquanto credor, mas enquanto devedor.

⁵² Por exemplo: doação, comodato e mútuo e mandato gratuitos.

partes assumem obrigações para a prossecução de um fim comum⁵³.

Alguma doutrina critica a nomenclatura “contratos bilaterais” empregue no art. 428.º por se prestar a equívocos com a classificação dos negócios jurídicos em bilaterais e unilaterais, dado que os contratos, enquanto negócios que pressupõem o acordo de duas ou mais vontades, são sempre bilaterais ou plurilaterais. Por essa razão, a terminologia tradicional “contratos bilaterais e unilaterais” deve ser substituída pela dicotomia “contratos sinalagmáticos e não sinalagmáticos”⁵⁴.

Nos contratos sinalagmáticos, as obrigações de ambas as partes nascem – sinalagma genético – e permanecem – sinalagma funcional – numa relação de interdependência e corresponsabilidade, sendo cada uma delas a razão de ser da outra e cada uma das partes simultaneamente credora e devedora da outra. É esse vínculo de sinalagmaticidade – em que a obrigação assumida por cada contraente se assume como contrapartida ou como equivalente⁵⁵ da assumida pelo outro –, associado ao propósito de realização da justiça comutativa, que serve de fundamento à previsão legal da *exceptio*, na defesa da ideia de que nenhum dos devedores tem de cumprir sem que o outro igualmente o faça⁵⁶. Por essa razão, o conceito de sinalagma integra a noção de contrato bilateral, para efeitos do art. 428.º/1⁵⁷.

No contrato de empreitada, as obrigações principais de pagamento do preço e de realização da obra nascem e mantêm-se unidas pelo sinalagma, sendo permitido ao seu credor recorrer à *exceptio*, reunidos que estejam os demais pressupostos⁵⁸.

Todavia, atendendo a que a empreitada gera uma relação obrigacional complexa, importa saber se os deveres secundários e acessórios (por exemplo, o de entrega da obra) estão abrangidos pelo sinalagma para efeitos da invocação da *exceptio*⁵⁹. Pese embora a posição tradicional da doutrina seja a de restringir o sinalagma às prestações principais ou típicas do contrato – dessa forma afastando o funcionamento da *exceptio* quando esteja em causa o não cumprimento de um dever de prestação secundário ou de um dever acessório de conduta⁶⁰ –, a generalidade dos autores considera não haver razão para se

⁵³ Fonseca, 2019, pp. 101 e ss.; Pinto Oliveira, 2011, pp. 125 e ss.

⁵⁴ Abrantes, 2018, p. 17, nota 3 e pp. 39 e ss.; Almeida Costa, 2019, p. 360; Galvão Telles, 1989, p. 77; Menezes Cordeiro, 2016, p. 198.

Na doutrina espanhola, v. Moreno, 2004, p. 46, para quem as expressões contratos bilaterais e sinalagmáticos são equivalentes.

Na doutrina italiana, v. Trabucchi, 1991, p. 808, para quem a distinção entre contratos unilaterais e bilaterais é feita no âmbito dos negócios jurídicos bilaterais.

⁵⁵ Segundo Abrantes, 2018, p. 41, exige-se uma equivalência subjetiva – traduzida na convicção dos contraentes de que a contraprestação será compensação suficiente para a sua prestação – e não uma equivalência real.

⁵⁶ Sobre o fundamento da *exceptio*, v. Abrantes, 2018, pp. 157 e ss.

⁵⁷ Abrantes, 2018, pp. 39-40; Fonseca, 2019, pp. 101 e ss.

⁵⁸ Albuquerque & Raimundo, 2019, p. 239.

⁵⁹ V. capítulo 2.2.1.

⁶⁰ Abrantes, 2018, pp. 42-43; Antunes Varela, 1986, p. 346.

Na jurisprudência, v. os acs. do TRL de 6-2-1981 e do STJ de 27-3-2003.

rejeitar a possibilidade de invocação da *exceptio* nestes casos, desde que se conclua pela existência de uma relação de corresponsabilidade e interdependência entre as prestações⁶¹. Da nossa parte, sufragamos o entendimento da doutrina majoritária, admitindo a possibilidade de invocação da *exceptio* perante o incumprimento de quaisquer deveres contratuais, desde que, por um lado, seja possível concluir (mormente, mediante a interpretação do enunciado contratual) que as prestações em causa se encontram ligadas por um nexo de interdependência e corresponsabilidade e, por outro lado, o exercício da *exceptio* se pautar por critérios de proporcionalidade, em respeito pelo princípio da boa-fé. Circunscrever o âmbito da *exceptio* aos deveres de prestação principais implicaria, no nosso entender, descuidar a autonomia privada e a concreta realidade de cada relação contratual, podendo conduzir a situações de desequilíbrio entre as partes.

2.1.2. Inexistência de uma obrigação de cumprimento prévio por parte do *excipiens*

Da previsão de que não podem existir prazos diferentes para o cumprimento das obrigações (art. 428.º/1) retira-se a presunção de que, nos contratos sinalagmáticos, o oferecimento das prestações corresponsáveis deve ser efetuado em simultâneo, como forma de salvaguarda do equilíbrio contratual. Assim, estando em causa uma obrigação pura (art. 777.º/1), ou tendo os contraentes fixado uma data comum para o cumprimento das prestações corresponsáveis, pode a parte a quem é exigido o cumprimento recusar a sua prestação enquanto a contraparte não cumprir ou não oferecer o cumprimento simultâneo da contraprestação⁶².

A regra da execução simultânea pode, contudo, ser afastada através da previsão convencional de prazos diferentes para o cumprimento, ou se a própria lei ditar, por recurso a uma disposição supletiva, que uma das prestações deva ser efetuada em primeiro lugar. É o que se verifica no contrato de empreitada, em que, devido à impossibilidade de oferecimento simultâneo de cada uma das prestações⁶³, o preço deve ser pago no ato de aceitação da obra, salvo disposição ou uso em contrário (art. 1211.º/2).

Nestes casos, e apesar da aparente exigência de inexistência de prazos diferentes

⁶¹ Cfr. Brandão Proença, 2019, pp. 191-192; Calvão da Silva, 1995, p. 333, nota 602, referindo que o nexo de interdependência e corresponsabilidade entre prestações poderá ser aferido através da interpretação da vontade das partes ou como resultado da dinâmica da relação contratual; Fonseca, 2019, pp. 116 e ss. e 129 e ss., referindo ser esta a solução adotada pela maioria da jurisprudência e que a relação de corresponsabilidade tem de ser aferida por via da interpretação do contrato, não sendo possível estabelecer um critério objetivo; Gomes, 2009, pp. 60-61; Pinto Oliveira, 2011, pp. 794-795, embora defendendo que, perante a desconformidade da conduta com um dever acessório ou lateral, a *exceptio* deva e possa ser aplicada indiretamente, por analogia; Ribeiro de Faria, 1990, pp. 228-229.

Na doutrina italiana, v. Bianca, 1994, pp. 332-333; Geri, 1974, pp. 16 e ss.; Realmonte, 1965, pp. 224-226; Saturno, 1995, pp. 111 e ss.

⁶² Fonseca, 2019, p. 183.

⁶³ *Ibidem*, pp. 183-184.

para o cumprimento imposta pelo art. 428.º/1, deve entender-se que a *exceptio* continua a poder ser exercida pelo contraente obrigado a cumprir em segundo lugar. Impõe-se, portanto, uma interpretação corretiva da referida norma, que terá tão-só pretendido impedir o recurso à *exceptio* pela parte obrigada a cumprir em primeiro lugar⁶⁴.

No âmbito do contrato de empreitada, o não afastamento da regra supletiva do art. 1211.º/2 ditará que, em regra, a invocação da *exceptio* esteja reservada ao dono da obra, enquanto contraente obrigado a prestar em segundo lugar. As partes podem, todavia, acordar que o preço seja total ou parcialmente pago previamente à aceitação da obra. É o que frequentemente ocorre nas empreitadas de bens imóveis de elevado valor, em que o preço é pago faseadamente, em função do trabalho realizado, evitando-se dessa forma que seja o empreiteiro a financiar a obra⁶⁵. Nestes casos, este poderá lançar mão da *exceptio* para suspender a execução dos trabalhos até que o preço seja pago nos termos devidos⁶⁶.

Discute-se se o contraente obrigado a cumprir em primeiro lugar, já em mora, poderá, ainda assim, invocar a *exceptio* se a contraparte não tiver realizado a sua prestação no momento devido. De acordo com Fonseca, a doutrina alemã admite essa possibilidade nos casos em que cada uma das prestações se vence numa determinada data, independentemente de a primeira ter sido efetuada, embora a rejeite naqueles em que a prestação devida em segundo lugar só se torna exigível após a realização da primeira. Para a doutrina portuguesa, necessário será que a prestação devida pela contraparte seja exigível; que o contraente que estava em mora tenha oferecido a sua prestação e a correspondente indemnização moratória; e que o credor tenha, injustificadamente, recusado aceitá-las – momento a partir do qual ele próprio entrará em mora, havendo lugar à purgação da mora debitória⁶⁷.

A exceção de insegurança (art. 429.º) constitui um desvio ao princípio do cumprimento simultâneo, ao atribuir ao contraente obrigado a cumprir em primeiro lugar o direito de recusar a sua prestação enquanto a contraparte não cumprir ou não der garantias de cumprimento se, após celebração do contrato, se verificar alguma das circunstâncias que implicam a perda do benefício do prazo. Contrariamente ao previsto no art. 428.º/2 para a exceção de incumprimento, a exceção de insegurança pode ser afastada mediante a prestação de garantia, uma vez que “(...) através dela, não se

⁶⁴ Cfr. Abrantes, 2018, pp. 66 e ss.; Almeida Costa, 2019, p. 365; Calvão da Silva, 1995, p. 332; Fonseca, 2019, p. 185 refere que, nestas situações a *exceptio* “(...) não visa garantir (...) o cumprimento simultâneo das prestações, mas o respeito pela ordem legal ou contratualmente estabelecida para a sua realização”; Pires de Lima & Antunes Varela, 1987, p. 405.

Na jurisprudência, v. os acs. do TRC de 6-7-1982, do STJ de 17-4-2007 e do STJ de 26-10-2010.

⁶⁵ Segundo Albuquerque & Raimundo, 2019, p. 282, o pagamento pode ser feito em proporção da quantidade de trabalho efetuado, medido em momentos temporais pré-determinados, ou em função da conclusão de partes especificadas da obra.

⁶⁶ V. capítulo 2.2.2.

⁶⁷ Fonseca, 2019, pp. 185-187.

pretende compelir ao cumprimento simultâneo das prestações emergentes de um contrato sinalagmático, mas proteger aquele que se obrigou a cumprir em primeiro lugar do risco de incumprimento da contraparte”⁶⁸.

O âmbito de aplicação da exceção de insegurança constitui matéria controvertida. De acordo com uma interpretação porventura mais literal do preceito, sustentada no elemento histórico⁶⁹ e na defesa da segurança jurídica, o art. 429.º remete somente para as situações de perda do benefício do prazo previstas no art. 780.º.⁷⁰ Uma parte considerável da doutrina advoga, porém, a extensão do alcance do art. 429.º também a outras circunstâncias que ponham em sério risco o cumprimento da contraprestação⁷¹. É esta a opinião de Fonseca, para quem a restrição do âmbito de aplicação da exceção de insegurança às situações do art. 780.º acabaria por desprover de sentido útil o art. 429.º, porquanto, nesses casos, o credor poderia invocar a perda do benefício do prazo estabelecido a favor do devedor e exigir o cumprimento simultâneo das prestações com base no art. 428.º⁷².

A aplicação do art. 429.º ao contrato de empreitada permite concluir que, apesar de o empreiteiro estar, em regra, obrigado a cumprir em primeiro lugar, este pode, perante a insolvência do comitente, lançar mão da exceção de insegurança para suspender a execução da obra enquanto aquele não cumprir ou não der garantias de cumprimento. Na eventualidade de ser acordado o pagamento antecipado do preço, a insolvência do empreiteiro permitirá ao dono da obra recusar a sua prestação nos mesmos termos.

2.1.3. Não cumprimento ou não oferecimento do cumprimento simultâneo da contraprestação

A *exceptio* visa evitar que o devedor seja obrigado a efetuar a sua prestação sem que a contraprestação respetiva seja cumprida ou oferecida. Tal implica que a exceção não possa ser oposta ao devedor que já tenha cumprido ou oferecido o cumprimento simultâneo da sua prestação⁷³.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 187. No mesmo sentido, Abrantes, 2018, p. 76.

⁶⁹ Não consta da versão final do CC a proposta de Vaz Serra, 1957b, p. 163 (art. 5.º), que aludia à deterioração patrimonial da contraparte.

⁷⁰ Cfr. Abrantes, 2018, pp. 73 e ss.; Antunes Varela, 1986, p. 401; Gomes, 2009, pp. 66-67, nota 49; Menezes Leitão, 2017, p. 258; Pires de Lima & Antunes Varela, 1987, p. 407; Soares, 2020, pp. 252-253.

⁷¹ Cfr. Brandão Proença, 2019, pp. 194-195, embora admitindo que tal não resulta da letra da lei; Calvão da Silva, 1995, p. 333, nota 601; Fonseca, 2018, pp. 128-129, para quem a exceção de insegurança é invocável, não apenas em face da deterioração patrimonial (não devida ao agravamento da conjuntura geral) da parte obrigada a cumprir em segundo lugar, mas sempre que haja um perigo objetivo e sério de que a contraprestação não venha a ser realizada; Fonseca, 2019, pp. 190 e ss.; Pinto Oliveira, 2011, p. 792, defende uma aplicação analógica do art. 429.º aos casos em que o devedor declara que não quer ou que não pode cumprir e àqueles em que haja um perigo evidente de que este não venha a cumprir; Vaz Serra, 1972-1973, pp. 279 e ss.

⁷² Fonseca, 2018, p. 128; Fonseca, 2019, pp. 188 e ss.

⁷³ Abrantes, 2018, p. 78; Fonseca, 2019, pp. 199-200.

A oferta idónea a impedir o exercício da *exceptio* pela contraparte deverá reunir os requisitos previstos no art. 813.º para que, caso o credor não a aceite, incorra em mora *accipiendi*. Assim, a atitude pela qual este recuse injustificadamente a contraprestação, não preste a colaboração necessária ao seu recebimento, ou declare antecipadamente que não irá aceitar a prestação que venha a ser oferecida ou que não realizará a contraprestação que lhe compete, será violadora do princípio da boa-fé, obstando ao exercício da *exceptio* e conduzindo, simultaneamente, à purgação da mora do devedor⁷⁴.

Não obsta à invocação da *exceptio* o facto de o incumprimento ou não oferecimento da prestação não ser imputável ao devedor a título de culpa “(...) pois, através desta recusa de cumprimento, o devedor visa assegurar que as obrigações que se encontram unidas por uma relação de sinalagmaticidade sejam cumpridas simultaneamente e não sancionar o incumprimento da outra parte”⁷⁵.

A *exceptio* não depende, tampouco, da liquidez do crédito, bastando que este exista e seja judicialmente exigível⁷⁶, e pode ser invocada mesmo após a prescrição do crédito do *excipiens* (art. 430.º), ainda que tal não interrompa, nem suspenda, a contagem do prazo de prescrição⁷⁷.

2.1.4. Não contrariedade à boa-fé

O princípio da boa-fé assume capital relevo no Direito das Obrigações, abrangendo a constituição (art. 227.º), a execução (art. 762.º/2) e a cessação dos contratos (art. 437.º).

Decorre de tal circunstância que o exercício da *exceptio* deve necessária obediência ao princípio da boa-fé, ainda que o art. 428.º não lhe faça alusão⁷⁸. Tal é unanimemente sufragado pela doutrina e pela jurisprudência⁷⁹, mormente a propósito do cumprimento defeituoso ou parcial⁸⁰, pese embora alguns autores não acolham expressamente a boa-fé como pressuposto específico da *exceptio*, preferindo configurá-la como um limite ao

⁷⁴ Fonseca, 2019, pp. 201-203.

Os acs. do STJ de 2-10-2007 e do STJ de 27-5-2008 consideraram violadora do princípio da boa-fé a invocação da *exceptio* pelo dono da obra incorrido em mora creditória.

⁷⁵ Abrantes, 2018, pp. 80-81; Fonseca, 2019, p. 208; Vaz Serra, 1957b, p. 31.

Na jurisprudência, v. os acs. do STJ de 25-3-2004 e do TRC de 14-7-2010.

⁷⁶ Fonseca, 2019, p. 208.

⁷⁷ Abrantes, 2018, pp. 116-117; Fonseca, 2018, pp. 129-130; Fonseca, 2019, pp. 244-245; Vaz Serra, 1957b, p. 85. Na doutrina estrangeira, v. Moreno, 2004, p. 92. Por seu lado, Geri, 1974, p. 48, defende a interrupção do prazo de prescrição.

⁷⁸ O Anteprojeto de Vaz Serra, 1957b, p. 162, fazia depender a *exceptio* da observância do princípio da boa-fé, correndo por conta do *excipiens* o ónus de provar essa não contrariedade.

Sobre a relevância da boa-fé no exercício da *exceptio* no ordenamento italiano (expressamente referida pelo art. 1460.º/2 do CCIt.), v. Galgano, 2010, pp. 588 e ss.

⁷⁹ A propósito de um contrato de empreitada, v. o ac. do STJ de 17-11-2015, sublinhando a importância de se atender a todas as circunstâncias do caso concreto para se aferir se o exercício da *exceptio* é contrário à boa-fé.

⁸⁰ V. capítulo 2.3.3.

seu exercício, decorrente do princípio geral do art. 762.º/2⁸¹.

O controlo *ex bona fide* no exercício do nosso meio de defesa resume-se, no essencial, à imposição da observância de um critério de proporcionalidade e adequação entre a inexecução do devedor e a reação do *excipiens*, que permita contrabalançar os interesses em jogo e evitar a produção de prejuízos desnecessários à contraparte. O incumprimento deste dever acessório de lealdade, por qualquer uma das partes, conduzirá a que a invocação da exceção seja ilegítima, podendo consubstanciar um abuso de direito (art. 334.º).

2.2. Âmbito de aplicação

2.2.1. Prestações secundárias e acessórias

Tendo presente que ambas as partes podem, perante a não realização ou realização inexata da contraprestação, excepcionar o cumprimento das suas obrigações principais (realização da obra/pagamento do preço) e das secundárias ou acessórias que se encontrem numa relação de corresponsabilidade e interdependência (sempre em observância do princípio da boa-fé)⁸², cumpre agora concretizar quais dessas prestações, em concreto, são abrangidas pelo sinalagma.

Encarado pela doutrina como instrumental e acessório da obrigação do empreiteiro de realizar a obra⁸³, o dever de entrega da obra desempenha um papel fundamental, não só por satisfazer o direito do comitente à sua aquisição, mas também pelas variadas consequências jurídicas que desencadeia⁸⁴. Saber se, perante o não pagamento do preço nos termos devidos, o empreiteiro pode invocar a *exceptio* para recusar a entrega da obra já realizada é uma questão debatida na doutrina (com especificidades nas situações em que o comitente fornece o substrato⁸⁵) e cujo esclarecimento se revela fulcral no âmbito do presente trabalho. Ao que nos parece, e de acordo com a melhor doutrina, não existe, salvo acordo expresso ou tácito das partes, relação sinalagmática entre as duas prestações, pelo que restará ao empreiteiro recorrer ao direito de retenção⁸⁶.

Igual solução é de aplicar à obrigação de restituição de materiais não utilizados,

⁸¹ Cfr.: Almeida Costa, 2019, pp. 362 e ss.; Fonseca, 2019, pp. 218-220; Menezes Cordeiro, 2015a, p. 847, referindo-se à *exceptio* como uma “concretização histórica da boa-fé”; Menezes Cordeiro, 2017, pp. 289 e ss.; Menezes Leitão, 2017, pp. 257 e ss.; Pires de Lima & Antunes Varela, 1987, p. 406. Diferentemente, Abrantes, 2018, p. 106 e ss., inclui a não contrariedade à boa-fé no elenco de pressupostos da *exceptio*.

⁸² Embora alguns autores, como vimos, restrinjam o âmbito do sinalagma às prestações principais (v. capítulo 2.1.1.).

⁸³ Romano Martinez, 2010, p. 385.

⁸⁴ Cfr. os arts. 1217.º, 1224.º/2 e 1225.º/1.

⁸⁵ Nos casos em que a obra não pertence ao empreiteiro na sua totalidade, Pereira & Múrias, 2008, p. 238, nota 81, aceitam que o direito de retenção coexista com a *exceptio*.

⁸⁶ Fonseca, 2019, p. 127; Romano Martinez, 2017, p. 133 e nota 271.

pertencentes ao dono da obra, quando este não haja pago o preço⁸⁷. Contudo, se, terminada a obra, o empreiteiro incumprir a sua obrigação de restituir ao comitente objetos deste recebidos para a sua realização, deve ser concedido a este último o uso da *exceptio* até que tais objetos lhe sejam devolvidos⁸⁸.

Quanto aos deveres acessórios relacionados com a segurança a cargo do empreiteiro, não lhe é legítimo, perante o não pagamento atempado do preço nos termos convencionados, valer-se da *exceptio*, porquanto tal poria em risco bens jurídicos de cariz pessoal (a vida e a integridade física ou psicológica dos seus trabalhadores, do comitente ou de terceiros)⁸⁹.

No caso de empreitada de construção de imóveis, a não disponibilização do terreno ao empreiteiro, pelo comitente, permite ao primeiro invocar a *exceptio*, atenta a relação de corresponsabilidade existente com a obrigação de realizar a obra⁹⁰.

Se, após concluída a obra, o empreiteiro inobservar o seu dever de entrega de documentos importantes relacionados com a obra (manuais de instruções, licenças de utilização de *software*, livro de obra), o comitente poderá recusar-se a pagar o preço, dado que o seu interesse foi gravemente lesado⁹¹.

Quanto ao incumprimento dos deveres de informação e de custódia da coisa por conta do empreiteiro, as respostas são díspares. Se, no primeiro caso, existe corresponsabilidade entre as prestações (estando em causa a possibilidade de exercício dos direitos de verificação e de fiscalização da obra por parte do comitente⁹²), no segundo cenário o dono da obra não poderá excepcionar o pagamento de uma das parcelas do preço (quanto tal haja sido convencionado), dado que o empreiteiro goza de autonomia na execução da obra. Restará àquele exigir uma indemnização nos termos gerais⁹³.

2.2.2. Obrigações resultantes de contratos de execução fracionada ou duradouros

Discute-se se a empreitada é um contrato de execução instantânea ou de execução continuada. A maioria dos autores subsume-a à categoria intermédia de contrato de execução instantânea, mas prolongada, argumentando que, apesar de a execução da obra se poder prolongar por um período considerável, o tempo não conforma o conteúdo das prestações, porquanto a satisfação integral do interesse do comitente se dá apenas com

⁸⁷ Fonseca, 2019, p. 118.

⁸⁸ Soares, 2020, pp. 341-342.

⁸⁹ Fonseca, 2019, p. 124, nota 413; Soares, 2020, p. 341.

⁹⁰ Soares, p. 340.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² O ac. do STJ de 8-3-2001 entendeu que a não colocação da obra à disposição do comitente para verificação legitimava que este invocasse a *exceptio*.

⁹³ Soares, pp. 342-343.

a execução e entrega da obra na sua totalidade, e não com cada ato parcelar de execução, ainda que autônomo em termos materiais⁹⁴.

Esta qualificação está, contudo, longe de ser absoluta, devido à possibilidade de celebração de contratos de empreitada de execução periódica ou continuada (por exemplo, as empreitadas de manutenção ou de fabrico de determinados objetos por tempo indeterminado), ou de prestações unitárias fracionadas, estes últimos deveras comuns em virtude do recente fenómeno de emparcelamento das obras de bens imóveis por fases, temporalmente determinadas, e que originam verificações, aceitação e entregas parciais, com os correspondentes pagamentos parcelares⁹⁵.

Imaginemos um contrato de empreitada em que as partes convencionaram que o preço seria pago em seis prestações iguais e sucessivas, e a obra entregue na totalidade. Face ao não pagamento de uma delas, o empreiteiro poderá invocar a *exceptio* para suspender a realização da obra até que lhe sejam pagas todas as prestações em falta, incluindo as vincendas, nos termos do art. 781.º, por se tratar de uma dívida de prestação unitária fracionada⁹⁶.

Diferentemente, se o contrato previr pagamentos parcelares do preço em função da execução e entrega de partes da obra, estamos perante prestações fracionadas recíprocas, pelo que é legítimo a cada um dos contraentes invocar a *exceptio* para exigir as prestações em falta, se tal não for contrário à boa-fé. Assim, se o preço for devido antes do início de cada fase de execução da obra, não sendo pago, o empreiteiro pode recusar-se a começar os trabalhos correspondentes. Inversamente, se o preço for devido aquando da entrega da fase respetiva da obra, enquanto esta não estiver executada, pode o comitente excecionar o pagamento da parcela correspondente⁹⁷.

Este raciocínio é aplicável a contratos duradouros de execução continuada ou periódica. Se o empreiteiro se obrigar, por tempo indeterminado, a efetuar a manutenção da frota de táxis pertencente ao comitente mediante pagamentos mensais, faltando este a um dos pagamentos, aquele poderá suspender a manutenção até que o preço correspondente àquele mês lhe seja pago, se este for devido antes da manutenção. Se o

⁹⁴ Albuquerque & Raimundo, 2019, pp. 240-244 [242], criticam a jurisprudência que qualifica a empreitada como contrato de duração continuada pelo facto de a execução da obra se prolongar no tempo, afirmando que essa circunstância se deve a uma necessidade de ordem prática e concluindo que "(...) instantânea, em sentido juridicamente relevante, não é a prestação que demora pouco tempo a cumprir (...), mas a que é cumprida de uma única vez, num único ato, ainda que dilatado no tempo"; Menezes Leitão, 2016, p. 504; Romano Martinez, 2010, p. 363; Romano Martinez, 2017, p. 225.
Na doutrina italiana, v. Stolfi, 1958, pp. 637 e ss.

⁹⁵ Albuquerque & Raimundo, pp. 243-244; Vaz Serra, 1965, pp. 347 e 351.

Para Menezes Leitão, 2016, p. 504, nota 1055, mesmo as empreitadas de manutenção têm cariz instantâneo, pois o fator relevante é, não o tempo, mas a obra realizada.

⁹⁶ Abrantes, 2018, p. 77; Fonseca, 2019, p. 171; Soares, 2020, p. 351.

⁹⁷ Cfr. Calvão da Silva, 1995, p. 331, nota 599, embora considere que a obrigação do empreiteiro tem natureza continuada; Fonseca, 2019, p. 171.

Os acs. do STJ de 16-6-2015 e do STJ de 26-9-2017 julgaram legítima a suspensão da execução da obra pelo empreiteiro até que o dono da obra pagasse o preço correspondente à parte já executada.

preço for devido após a manutenção, o comitente poderá recusar o pagamento até que esta seja efetuada⁹⁸.

Em ambas as modalidades contratuais referidas, a invocação da *exceptio* é também legítima perante o incumprimento de prestações anteriores, dado que o incumprimento de uma delas põe em causa o contrato como um todo. Prosseguindo com o último exemplo, tendo as partes convencionado que o preço seria pago no dia 1 de cada mês, devendo a manutenção ter lugar no dia 15, o comitente, apesar de obrigado a cumprir em primeiro lugar, pode recorrer à *exceptio* para recusar o pagamento se a manutenção do mês anterior – entretanto já paga – ainda não tiver sido realizada. Em sentido contrário, se o preço for devido ulteriormente, no dia 15, devendo a manutenção ter lugar no dia 1, o empreiteiro pode invocar a *exceptio* para se recusar a realizar a execução de um determinado mês pelo facto de ainda não lhe ter sido pago o preço relativo ao mês anterior⁹⁹.

2.3. Relação com as modalidades de não cumprimento

2.3.1. Incumprimento definitivo

Enquanto meio de defesa que pressupõe a vontade de manutenção do vínculo contratual e a possibilidade de realização da prestação, a invocação da *exceptio* só é, à partida, admissível perante uma situação de incumprimento temporário, enquanto não for certa a impossibilidade da prestação. Em face de um incumprimento definitivo culposo¹⁰⁰, o meio de reação mais adequado à disposição do credor é a resolução, que visa a destruição do contrato¹⁰¹.

Assim, se as partes acordarem uma data final para a entrega da obra enquanto termo essencial para o comitente e o empreiteiro incumprir a sua obrigação, restará ao comitente resolver o contrato. O mesmo se diga na eventualidade de o empreiteiro abandonar definitivamente a obra, manifestando a sua vontade de incumprir o contrato (o que equivalerá ao incumprimento antes do termo, dispensando a interpelação admonitória¹⁰²). Do mesmo modo, se o dono da obra declarar, de forma categórica e ilegítima, que não procederá ao pagamento do preço na data acordada, ou recusar reiteradamente o pagamento dentro do prazo admonitório entretanto fixado, o empreiteiro poderá dar o contrato como resolvido.

⁹⁸ Abrantes, 2018, p. 57; Fonseca, 2019, p. 171; Soares, 2020, p. 352.

⁹⁹ Abrantes, 2018, p. 58, nota 40; Fonseca, 2019, pp. 171-172; Soares, 2020, p. 353.

Esta solução é defendida, a propósito de contratos de fornecimento, pelos acs. do STJ de 4-12-2008 e do TRP de 20-5-2013.

¹⁰⁰ Perante uma impossibilidade não culposa, a recusa da prestação do credor funda-se na inexistência da própria obrigação e não na *exceptio*.

¹⁰¹ Abrantes, 2018, p. 79; Gomes, 2009, p. 61.

Na jurisprudência, v. os acs. do STJ de 20-11-2012 e do TRP de 19-12-2012.

¹⁰² V. os acs. do STJ de 4-2-2010 e do STJ de 4-12-2014.

Deve, não obstante, admitir-se o exercício da *exceptio* enquanto a indemnização substitutiva da prestação definitivamente incumprida por facto imputável ao devedor não for paga, dado que o laço sinalagmático que unia as duas prestações originárias se mantém¹⁰³. Assim, perante um incumprimento definitivo do empreiteiro, o comitente, ao invés de resolver o contrato, pode exigir a dita indemnização, recusando-se a pagar o preço da empreitada enquanto aquela não lhe for entregue.

2.3.2. Mora

Enquanto o incumprimento se mantiver temporário, continuando a prestação a ser possível e suscetível de satisfazer o interesse do credor, situamo-nos no campo privilegiado de aplicação da *exceptio*¹⁰⁴.

A suscetibilidade de invocação do nosso meio de defesa perante o incumprimento temporário das obrigações principais não suscita dúvidas. Salientamos, contudo, que tal unanimidade não se estende aos casos de mora no cumprimento de deveres secundários ou acessórios¹⁰⁵, pelo que entendemos ser a invocação da *exceptio* admissível nestes casos, desde que se conclua pela existência de sinalagma entre as prestações e se observem os ditames impostos pela boa-fé.

No que concerne à possibilidade de invocação da *exceptio* quando esteja em falta o pagamento da uma indemnização moratória, Fonseca¹⁰⁶ pronuncia-se favoravelmente, ao passo que Pereira & Múrias¹⁰⁷ parecem rejeitar tal hipótese. A questão assume particular relevância na eventualidade de as partes terem convencionado pagamentos parcelares do preço, impondo-se indagar se o empreiteiro, perante o não pagamento de uma das parcelas, poderá, mesmo após ter recebido o preço em falta, manter a suspensão dos trabalhos, até que lhe sejam satisfeitos os juros moratórios. Por sua vez, a mora creditícia (por exemplo, a mora do comitente por não prestar ao empreiteiro a colaboração necessária para a eliminação dos defeitos) pode implicar que o credor fique impedido de lançar mão da *exceptio*, por tal ser contrário à boa-fé¹⁰⁸.

2.3.3. Cumprimento inexato: a *exceptio non rite adimpleti contractus*

A *exceptio non rite adimpleti contractus* (ou exceção de não cumprimento exato do contrato) é uma manifestação especial da exceção de não cumprimento, que permite

¹⁰³ Fonseca, 2018, p. 124; Fonseca, 2019, pp. 119 e ss. e 209; Pereira & Múrias, 2008, p. 202, nota 25.

¹⁰⁴ Romano Martinez, 2017, p. 132.

¹⁰⁵ V. capítulo 2.2.1.

¹⁰⁶ Fonseca, 2019, p. 119.

¹⁰⁷ Pereira & Múrias, 2008, p. 202, nota 25.

¹⁰⁸ V. os acs. suprarreferidos na nota 74.

ao credor recusar a sua prestação perante um cumprimento parcial ou defeituoso da contraparte¹⁰⁹. A compatibilização da figura com o princípio da boa-fé constitui um dos problemas mais delicados em matéria de *exceptio*, sobre o qual a doutrina e a jurisprudência mais se debruçam, pelo que importa abordar algumas das questões gerais mais relevantes a este propósito.

Note-se que a *exceptio non rite* só pode ser exercida após o credor ter denunciado os defeitos e determinado qual o direito que pretende exercer. Não poderá, pois, ser invocada se já tiver decorrido o prazo de caducidade para exigir a reparação do vício¹¹⁰.

Sendo devida uma indemnização complementar porque a expurgação do defeito não logrou reparar todos os danos, questiona-se se a *exceptio* poderá ser invocada até que aquela seja paga. Após proceder à distinção entre danos *extra rem* (causados ao credor na sua pessoa ou no seu património, ou a terceiros que aquele tenha de indemnizar) e *circa rem* (todos os demais), Romano Martinez circunscreve a admissibilidade da *exceptio* a este último tipo, com o argumento de que “(...) a indemnização por danos *extra rem*, sendo delitual, não se pode considerar como correspetiva do pagamento do preço”¹¹¹. Se a reparação do defeito já não for possível (pela natureza das coisas ou por perda objetiva do interesse do credor), Antunes Varela defende que este deve, ainda assim, conservar o direito de recusar a sua prestação até que lhe seja paga a indemnização pelos danos causados pela prestação imperfeita, dado existir uma relação de sinalagmaticidade entre ambas¹¹². Menezes Cordeiro, por seu lado, nega a presença de sinalagma nesses casos¹¹³.

Relativamente à questão da não contrariedade à boa-fé, impõe-se a resposta a três perguntas de capital relevância: perante um cumprimento parcial ou defeituoso de parca importância, pode o credor recusar essa prestação? E invocar a *exceptio*? Diante de um cumprimento parcial (e assumindo que o objeto é divisível)¹¹⁴ ou defeituoso, pode o credor recusar a totalidade da sua prestação, ou só parte dela?

Quanto à primeira problemática, decorre do princípio da integralidade do cumprimento (art. 763.º/1) que o credor pode não aceitar a prestação inexata (sem incorrer em mora), salvo se regime diferente resultar da lei, dos usos ou de convenção das partes¹¹⁵. A estas situações adiciona a doutrina a circunstância de a recusa ser

¹⁰⁹ Abrantes, 2018, p. 84.

¹¹⁰ Abrantes, 2018, p. 229; Fonseca, 2019, p. 212; Romano Martinez, 2022, p. 268.

¹¹¹ Fonseca, 2019, p. 213; Romano Martinez, 2022, p. 269.

Foi este o entendimento dos acs. do STJ de 10-12-2009 e do STJ de 16-6-2015.

¹¹² Antunes Varela, 1987, p. 33 e ss. No mesmo sentido, v. Fonseca, 2019, p. 214.

Esta posição foi sufragada pelos acs. do TRP de 21-11-1996, do TRP de 18-1-1999, do STJ de 17-4-2007 e do STJ de 10-12-2009.

¹¹³ Menezes Cordeiro, 1987, p. 47.

Foi este o entendimento do ac. do TRL de 17-10-1995.

¹¹⁴ Para Abrantes, 2018, p. 112 e Fonseca, 2019, p. 227, se o objeto for indivisível, o credor poderá recusar a totalidade da sua prestação, desde que não provoque danos desproporcionados ao outro contraente.

¹¹⁵ Para Gomes, 2009, p. 63, a recusa não é um pressuposto necessário para a invocação da *exceptio*.

contrária à boa-fé, o que poderá acontecer defronte de um cumprimento parcial de objetiva parca importância para o credor¹¹⁶.

No que toca à segunda interrogação, destacam-se três correntes de pensamento. A primeira, maioritária, responde negativamente, invocando a aplicação analógica do art. 802.º/2 (que impede a resolução se a parte incumprida revestir escassa importância) para sustentar que tal seria contrário à boa-fé¹¹⁷. Diversamente, Pereira & Múrias sustentam que o exercício da *exceptio* não deve ser excluído, mas apenas limitado à recusa de uma fração proporcional à da contraprestação incumprida¹¹⁸. Outros autores defendem não poder ser aplicado o art. 802.º/2 por analogia, em razão da significativa dessemelhança entre os institutos da resolução e da exceção¹¹⁹. Parece ter razão Fonseca quando afirma que, para se aferir a boa-fé da invocação da *exceptio*, não é necessário nem suficiente atender ao critério da escassa importância, sendo essencial ter também em conta, nomeadamente, as consequências do exercício da *exceptio* para ambas as partes, a duração do incumprimento e a importância de cada uma das prestações para os respetivos credores. Para a autora, o princípio da boa-fé obsta ao exercício discricionário do direito de recusa da contraprestação e da *exceptio*, devendo esta ser excluída apenas quando provoque uma desproporção entre o interesse do *excipiens* e o prejuízo da contraparte¹²⁰.

Na resposta à terceira questão, a maioria da doutrina¹²¹ e da jurisprudência¹²² entende que o credor só poderá recusar a sua prestação proporcionalmente ao incumprimento da contraparte, ou seja, à parte em falta ou à desvalorização da obra provocada pelo defeito. Fonseca, por seu lado, considera que a boa-fé não impõe um critério de proporcionalidade estrita entre os valores das duas prestações, mas apenas que o exercício da *exceptio* não seja abusivo. Para a autora, não se afigura possível enunciar uma regra geral que permita aferir da proporcionalidade da recusa de cumprimento, pelo que caberá ao juiz decidir em face das circunstâncias do caso

¹¹⁶ Almeida Costa, 2019, pp. 997-998; Fonseca, 2019, p. 221, nota 712.

¹¹⁷ Impõe-se, portanto, que o incumprimento seja minimamente grave. Neste sentido, v. Almeida Costa, 2019, p. 998; Antunes Varela, 1986, p. 348; Menezes Leitão, 2017, p. 258; Pinto Oliveira, 2011, p. 796. Na jurisprudência, v. o ac. do STJ de 10-12-2009.

¹¹⁸ Pereira & Múrias, 2008, pp. 227-228.

¹¹⁹ Brandão Proença, 2019, p. 197; Fonseca, 2019, pp. 223 e ss.; Gomes, 2009, p. 63, afirmando que a *exceptio* não exige um incumprimento tão grave como o que justifica a resolução.

¹²⁰ Fonseca, 2019, pp. 219 e ss.

Na doutrina italiana, v. Realmonte, 1965, pp. 230 e ss.

¹²¹ Almeida Costa, 1986, pp. 144 e ss.; Brandão Proença, 2019, p. 197; Cura Mariano, 2020, pp. 165 e ss.; Gomes, 2009, p. 65, notas 39 e 42; Menezes Cordeiro, 2017, p. 297; Menezes Leitão, 2017, p. 259; Pinto Oliveira, 2011, p. 796.

Na doutrina italiana, cfr. Roppo, 2006, pp. 453 e ss.

Entre os autores franceses, v. Ghestin, 2001, pp. 43 e ss. Malecki, 1999, pp. 293 e ss., por sua vez, rejeita o critério da proporcionalidade.

¹²² Cfr., por exemplo, os acs. do STJ de 4-2-2010, do TRG de 22-3-2011 (afirmando ser abusiva a retenção da totalidade do preço pelo dono da obra se os defeitos tiverem escassa importância), do TRG de 20-2-2014, do TRE de 11-6-2015, do TRL de 13-10-2015 e do STJ de 17-11-2015.

concreto¹²³.

Ilustrando o que acabámos de dizer, tomemos como exemplo um contrato de empreitada no qual A se obriga a fabricar e a entregar uma máquina industrial destinada à empresa de B, tendo sido convencionado que o preço seria pago aquando da entrega. Se, no momento da entrega da máquina, B der conta de que faltam os manuais de instruções, sem os quais, devido ao nível de sofisticação da máquina, esta não pode ser utilizada, pode recusar recebê-la ou aceitá-la com reserva, invocando a *exceptio non rite* para reter a totalidade do preço enquanto o empreiteiro não cumprir a sua obrigação acessória de entrega dos manuais. Se, pelo contrário, a não entrega dos manuais não impedisse a utilização das máquinas, ao comitente apenas seria lícito recusar parte do preço, que poderia não ser estritamente proporcional ao valor da desvalorização da máquina, segundo parte da doutrina. Optando B por aceitar a obra sem reservas apesar de se aperceber da falta dos manuais, não poderia opor a *exceptio*, por estar em causa um defeito visível e presumido do seu conhecimento (art. 1219.º)¹²⁴.

3. O direito de retenção no contrato de empreitada

3.1. Conceito e requisitos

O direito de retenção (arts. 754.º e ss.) é um direito real de garantia, com eficácia *erga omnes*, que atribui ao devedor adstrito à restituição de certa coisa, e que disponha de um crédito contra o seu credor, a faculdade de recusar licitamente a entrega (sem incorrer em mora), mantendo a coisa em seu poder, até que este efetue uma prestação conexa com a obrigação do retentor¹²⁵.

Desempenha, à semelhança da *exceptio*, uma dupla função, de garantia e de coerção¹²⁶. A função de garantia traduz-se na faculdade de o retentor executar a coisa retida nos termos do credor pignoratício (art. 758.º) ou hipotecário (art. 759.º/1) e se fazer pagar pelo seu valor com preferência aos demais credores (art. 604.º/2), ainda que, tratando-se de um bem imóvel, sobre este recaia uma hipoteca registada anteriormente (art. 759.º/2)¹²⁷. A função coercitiva consiste na prerrogativa de recusar, licitamente, a entrega da coisa retida, enquanto a contraparte não cumprir a obrigação decorrente de

¹²³ Fonseca, 2019, pp. 227 e ss., afirma que “(...) o facto de o valor da prestação recusada ser superior ao da prestação incumprida constitui um forte estímulo ao cumprimento simultâneo das prestações (...)”, o que se coaduna com a função coercitiva do *exceptio*. Foi este o entendimento do ac. do TRP de 2-10-2014.

¹²⁴ V. o ac. do TRC de 11-7-2012.

¹²⁵ Antunes Varela, 1999, p. 579; Fonseca, 2019, pp. 285 e ss.; Sapuile, 2011, p. 178; Vaz Serra, 1957a, p. 103.

¹²⁶ Antunes Varela, 1999, p. 578; Brandão Proença, 2019, p. 198; Calvão da Silva, 1995, pp. 345-347; Fonseca, 2019, p. 389 e ss.; Menezes Cordeiro, 2015b, p. 840; Pires, 2019, p. 84; Romano Martinez & Fuzeta da Ponte, 2006, p. 227.

Na jurisprudência, v. o ac. do STJ de 14-12-2016.

¹²⁷ É, a par da *exceptio*, uma exceção material dilatatória, invocável judicial ou extrajudicialmente. Porém, a execução da coisa terá, em regra, de ser feita em ação executiva, salvo se, tratando-se de coisa móvel, as partes tiverem acordado na execução extraprocessual (art. 675.º/1 *ex vi* art. 758.º).

um crédito conexo, atuando, dessa forma, como meio de pressão sobre o devedor, cuja eficácia será, tal como na *exceptio*, tanto maior quanto maior for a diferença entre o valor da coisa retida e o crédito em causa¹²⁸.

Ao contrário da *exceptio* (art. 428.º/2), o direito de retenção pode ser afastado mediante a prestação de caução (art. 756.º/d))¹²⁹, o que permite concluir pelo seu cariz predominantemente garantístico, assumindo a função compulsória um papel de menor intensidade¹³⁰.

3.1.1. Detenção lícita de uma coisa que deva ser entregue a outrem

Constitui requisito essencial do direito de retenção que o seu titular esteja adstrito à entrega de uma coisa certa (arts. 754.º e 755.º), não sendo admitida a retenção de direitos¹³¹. Assim, é necessário que o retentor detenha a coisa (ainda que por intermédio de outrem¹³²) para posteriormente a poder reter, não sendo exigida uma posse propriamente dita, mas um mero poder de facto¹³³.

Retida a coisa, discute-se se o retentor assume a qualidade de possuidor ou de mero detentor. Para a doutrina que restringe a posse aos direitos reais de gozo, o retentor é um mero detentor¹³⁴. Os que entendem que o âmbito da posse abrange os direitos reais de garantia consideram o retentor um verdadeiro possuidor¹³⁵. Apesar do interesse teórico, a questão não assume relevância no plano prático, dado que, ainda que seja considerado um mero detentor, o retentor gozará das ações destinadas à defesa da posse (art. 670.º/a) *ex vi* arts. 758.º e 759.º/3) e, mesmo que seja tido como possuidor, tal não lhe permitirá adquirir o direito real por usucapião (art. 1287.º), porque a retenção não é um direito real de gozo¹³⁶.

Quanto à questão de saber se a detenção tem de ser exclusiva, Fonseca¹³⁷, servindo-

¹²⁸ De acordo com Fonseca, 2019, p. 390, “(...) só em casos excepcionais, em que a desproporção entre o valor da coisa retida e do crédito conexo seja considerada contrária à boa-fé, poderá o exercício do direito de retenção ser excluído”.

¹²⁹ Por essa razão, à semelhança da *exceptio*, tem de ser efetivamente invocado pelo seu titular. *Ibidem*, p. 363.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 391.

¹³¹ O § 273/1 do BGB admite a retenção de qualquer tipo de prestação, desde que ela seja suscetível de garantir a contraprestação do devedor.

¹³² Carneiro Pacheco, 1911, p. 163; Fonseca, 2019, p. 287; Gomes, 2005, p. 10.

¹³³ Carneiro Pacheco, 1911, p. 161; Fonseca, 2019, pp. 286-287; Gomes, 2005, p. 10; Sapuile, 2011, pp. 178-179.

Na doutrina espanhola, v. Rada, 2003, p. 1776.

Na jurisprudência, v. o ac. do TRL de 7-5-2009.

¹³⁴ Carvalho Fernandes, 2009, pp. 294-296; Sapuile, 2011, pp. 179, 275-276.

¹³⁵ Galvão Telles, 1988, p. 18 e ss.; Menezes Cordeiro, 2014, p. 71; Oliveira Ascensão, 2000, pp. 65 e ss.; Romano Martinez, 2010, p. 378; Vieira, 2018a, pp. 599 e ss.; Vieira, 2018b, p. 295.

Na jurisprudência, v. os acs. do TRL de 18-10-2012 e do STJ de 29-1-2014.

¹³⁶ Fonseca, 2019, p. 287; Sapuile, 2011, p. 274.

¹³⁷ Fonseca, 2019, p. 288.

se de um exemplo de um contrato de empreitada em que o empreiteiro ainda não entregou a obra, mas o comitente conserva um duplicado das chaves que lhe dão acesso àquela, afirma existir uma detenção suficiente para haver retenção, por aplicação analógica do art. 669.º/2 (que permite a constituição do penhor pela compossão do credor), desde que o poder material exercido sobre a coisa retida seja suficientemente efetivo. A posição da autora suscita dúvidas a Soares¹³⁸, que, para além de rejeitar a aplicação analógica do referido preceito, argumentando que o livre acesso à obra pelo seu dono não o impede de dela dispor, entende só poder existir retenção se o acesso à obra pelo comitente estiver dependente de um ato concomitante do empreiteiro.

O direito de retenção depende, também, de que a detenção seja lícita ou de que o retentor desconhecesse a ilicitude aquando da aquisição (art. 756.º/a)), sob pena de a sua atuação ser tida como abusiva (art. 334.º). Assim, atuará de má-fé, não se podendo prevalecer deste direito real de garantia o empreiteiro que tenha obtido a coisa retida através de furto, roubo, ou extorsão, ou que tenha privado o comitente do acesso à obra através da mudança das fechaduras¹³⁹.

No que respeita às características da coisa objeto da retenção, terá de ser corpórea (dado que o direito de retenção pressupõe um domínio material)¹⁴⁰ e suscetível de penhora (para poder servir de garantia do crédito numa eventual ação executiva – art. 756.º/c))¹⁴¹, embora se questione se poderá ser fungível. Conquanto a doutrina maioritária se pronuncie negativamente¹⁴², Fonseca¹⁴³ admite essa possibilidade nos casos em que a coisa retida e o crédito tenham por objeto coisas fungíveis de espécie ou qualidades diferentes¹⁴⁴.

¹³⁸ Soares, 2020, pp. 405-406. O autor perflha o pensamento de Pires de Lima & Antunes Varela, 1987, pp. 688-689, também plasmado no ac. do TRL de 7-5-2009.

¹³⁹ Fonseca, 2018, pp. 1014-1015; Fonseca, 2019, pp. 289-290; Menezes Cordeiro, 2015b, pp. 838-839; Menezes Leitão, 2018b, p. 500; Sapuile, 2011, p. 180.

A mudança da fechadura pelo empreiteiro foi considerada esbulho pelo ac. do TRL de 7-5-2009.

¹⁴⁰ Carneiro Pacheco, cit., 163; Fonseca, 2019, p. 293.

Na doutrina italiana, v. Basso, 2010, p. 70; Geri, 1974, p. 149.

Contrariamente, Vaz Serra, 1957a, pp. 163-164, defendia que a *retentio* não se restringe a coisas corpóreas.

¹⁴¹ Fonseca, 2019, p. 294; Sapuile, 2011, p. 183. Para Pires de Lima & Antunes Varela, 1987, p. 779, a “(...) impossibilidade de execução da coisa retiraria ao direito de retenção o seu valor de garantia”.

Gomes, 2005, p. 5 e nota 13, diz que esta restrição aos bens penhoráveis leva apenas em conta a função de garantia do direito de retenção, olvidando a sua função coercitiva.

Diferentemente, para Pereira & Múrias, 2008, pp. 193 e ss., o art. 756.º/c) apenas impede a constituição de um direito real de retenção, pelo que, nas situações do art. 755.º, sendo o bem impenhorável, é de reconhecer um direito obrigacional de retenção.

¹⁴² Barba, 1989, pp. 1378-1379; Basso, 2010, pp. 69-70; Geri, 1974, p. 142, nota 9.

¹⁴³ Cfr. Fonseca, 2019, pp. 301-303. Segundo a autora, se ambos os créditos tiverem por objeto coisas fungíveis da mesma espécie, o recurso ao direito de retenção deverá ser interpretado como uma declaração de compensação.

¹⁴⁴ Tenha-se presente o exemplo oferecido por Soares, 2020, p. 410, de um contrato de empreitada em que o comitente, após entregar ao empreiteiro mil sacos de cimento para a realização de uma obra, dela desiste, podendo o empreiteiro retê-los até que lhe seja paga a indemnização devida nos termos do art. 1229.º, acrescida das despesas em que tenha incorrido para guardar o cimento.

3.1.2. Reciprocidade dos créditos

O titular do direito de retenção tem de ser credor daquele a quem é obrigado a entregar a coisa retida¹⁴⁵. Esta regra comporta, no entanto, alguns desvios, que permitem que a *retentio* seja oposta a terceiros.

Desde logo, o facto de o direito de retenção constituir um direito real, dotado de eficácia *erga omnes* e das características da prevalência e da sequela, determina que continue a poder ser oposto ao terceiro adquirente da coisa retida, conservando o retentor a faculdade de a executar, desde que a transmissão da propriedade se tenha dado após a constituição do direito de retenção¹⁴⁶. Assim, se o comitente vender a obra retida pelo empreiteiro, este continuará a poder opor o direito de retenção contra o novo proprietário até que aquele lhe pague o preço da obra realizada.

Outros desvios à regra da reciprocidade verificam-se na cessão de créditos e no contrato a favor de terceiro, aplicando-se à sub-rogação (legal, ou efetuada pelo credor) o exposto em relação à cessão de créditos.

Se o credor da restituição da coisa ceder o seu crédito a terceiro, o retentor pode opor o seu direito ao cessionário até que seja satisfeito o crédito que detém sobre o cedente, apesar de este já não ser seu devedor, desde que, no momento do conhecimento da cessão, a relação jurídica da qual deriva o contracrédito já existisse (art. 585.º) e este fosse judicialmente exigível (ou, não sendo exigível, se estiver verificada alguma das circunstâncias que importam a perda do benefício do prazo – art. 757.º/1)¹⁴⁷.

Na eventualidade de o cedente ser o retentor, decorre do art. 582.º/1 que a transmissão do direito de retenção – intimamente ligado à pessoa do cedente – está dependente de um acordo expresso entre cedente e cessionário, sob pena de a garantia caducar. Para tal conclusão concorre, ainda, o facto de o art. 760.º não determinar a transmissão automática do direito de retenção com o crédito por ele garantido, mas apenas impedir a transmissão autónoma deste (ao contrário do previsto em relação ao penhor – art. 676.º – e à hipoteca – art. 727.º)¹⁴⁸. A transmissão depende, também, da entrega da coisa ao cessionário, por aplicação do art. 582.º/2 *ex vi* arts. 758.º e 759.º/3, pese embora a retenção possa ser exercida pelo cedente (ou por outrem) em nome do cessionário¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Fonseca, 2019, pp. 303 e ss.; Pires de Lima & Antunes Varela, 1987, p. 773; Sapuile, 2011, pp. 184 e ss.

¹⁴⁶ Carvalho Fernandes, 2009, p. 164; Fonseca, 2019, p. 304; Gomes, 2005, p. 13, referindo que “(...) o débito “segue” a coisa, como se fosse ela a devedora”. Menezes Leitão, 2018a, p. 241, nota 531.

Na jurisprudência, v. os acs. do STJ de 12-3-2015 e do STJ de 14-12-2016.

¹⁴⁷ Fonseca, 2019, pp. 304-305; Menezes Leitão, 2005, pp. 374-375.

¹⁴⁸ Antunes Varela, 1999, p. 324; Fonseca, 2019, p. 306; Menezes Leitão, 2005, p. 331, defendendo ser necessário um acordo expresso, não porque o direito de retenção está intimamente ligado à pessoa do cedente, mas porque é imposto unilateralmente pelo beneficiário da garantia, ao contrário do que sucede no penhor e na hipoteca.

¹⁴⁹ Cfr. Fonseca, 2019, pp. 306-307; Gomes, 2005, p. 21, nota 65; Soares, 2020, pp. 416-417; Vaz Serra, 1957a, pp. 210-211, nota 167.

Celebrado um contrato de empreitada a favor de terceiro, o empreiteiro (promitente retentor) poderá reter a obra, recusando a sua entrega ao terceiro beneficiário, até que o promissário pague o preço devido (art. 449.º)¹⁵⁰.

A atribuição do direito de retenção depende da exigibilidade judicial do crédito do retentor, ou da verificação de alguma das circunstâncias que importam a perda do benefício do prazo (arts. 757.º/1 e 780.º), mas não da sua liquidez (art. 757.º/2)¹⁵¹. Assim, se as partes acordarem que o preço será pago trinta dias após a entrega da obra, o empreiteiro só poderá retê-la se o dono da obra se tornar insolvente ou se diminuïrem as garantias por ele prestadas.

Encontrando-se o contracrédito prescrito, pese embora o CC nada preveja, Fonseca defende ser aplicável, por analogia, o regime previsto para a *exceptio* (art. 430.º) e para a compensação (art. 850.º), podendo o direito de retenção ser exercido se, aquando da prescrição, pudesse ser invocado, sem que, contudo, tal determine a suspensão ou interrupção do prazo de prescrição do crédito¹⁵².

3.1.3. Conexão entre os créditos

A atribuição do direito de retenção depende, ainda, da existência de uma relação de conexão entre os créditos em presença, que pode ser material (art. 754.º) ou jurídica (art. 755.º).

A conexão material (ou causal) traduz-se na existência de uma ligação objetiva e direta da coisa ao crédito do retentor, fruto de despesas feitas por causa dela e/ou de danos por ela causados¹⁵³, atribuindo o art. 754.º um direito de retenção de caráter geral, segundo o princípio *debitum cum re junctum*. Ficam, assim, excluídas outras relações jurídicas estabelecidas entre os sujeitos¹⁵⁴, pelo que, por exemplo, o empreiteiro não poderá reter a obra pela falta de pagamento do preço de outro contrato de empreitada celebrado com o mesmo comitente.

Quanto ao conceito de despesas, alguns autores entendem que este deve ser interpretado restritivamente, de modo a circunscrever o direito de retenção àquelas que tenham contribuído para conservar ou aumentar o valor da coisa¹⁵⁵. Para outros, despesas são todas aquelas que o detentor tenha realizado em virtude da coisa, ainda que

¹⁵⁰ Fonseca, 2019, p. 307.

¹⁵¹ Pires de Lima & Antunes Varela, 1987, p. 780. Para Fonseca, 2019, p. 308, não bastará a existência de um fundado receio de não receber o crédito de que é titular em virtude da deterioração patrimonial da contraparte (como propugnava Vaz Serra, 1957a, pp. 166 e 255), porque inexistente sinalagma entre as prestações.

¹⁵² Fonseca, 2019, pp. 309-310.

¹⁵³ Fonseca, 2019, p. 314, faz caber no âmbito do art. 754.º também as situações em que as coisas causam danos em virtude da ação de um sujeito.

¹⁵⁴ V. o ac. do STJ de 2-3-2010.

¹⁵⁵ Madaleno, 2008, pp. 92 e ss.; Sapuile, 2011, p. 190.

não tenham qualquer repercussão sobre a mesma¹⁵⁶. Em todo o caso, necessário será que tenham sido realizadas de boa-fé, em observância dos deveres de cuidado e de diligência para com o credor da restituição (art. 756.º/b)).

A par da mencionada cláusula geral, estão previstos no art. 755.º e em legislação avulsa¹⁵⁷ casos especiais de direito de retenção. Nestes, a coisa não é causa do crédito, mas a garantia justifica-se porque a obrigação de entrega e o contracrédito resultam da mesma relação jurídica¹⁵⁸.

3.2. Âmbito de aplicação

3.2.1. Subjetivo

Ao contrário do que acontece com a *exceptio*, que pode ser invocada por ambas as partes de um contrato sinalagmático, mas apenas perante situações de incumprimento não definitivo, o exercício do direito de retenção é apenas atribuído ao empreiteiro, enquanto contraente adstrito à entrega de uma coisa, como forma de reação perante qualquer tipo de incumprimento por parte do dono da obra. É, pois, neste aspeto que reside a particularidade do direito de retenção no contrato de empreitada, e não na sua relação com as diferentes modalidades de incumprimento contratual.

Notáveis juristas, como Pires de Lima & Antunes Varela¹⁵⁹, rejeitam que o empreiteiro possa reter a obra como garantia do pagamento do preço da empreitada, argumentando com a excecionalidade dos casos especiais de retenção previstos no art. 755.º/1; com o facto de, na 2.ª revisão ministerial do anteprojeto de Vaz Serra, ter sido eliminada a disposição que atribuía o direito de retenção ao devedor que tivesse um crédito contra o seu credor, quando ambos os créditos resultassem da mesma relação jurídica, apontando-se o contrato de empreitada como exemplo dessa situação; e com a impossibilidade de subsunção do preço da empreitada ao conceito de despesas feitas com a coisa ou de danos por esta causados (art. 754.º). Para Antunes Varela, “As despesas efetuadas pelo empreiteiro na execução da obra não são despesas feitas por causa da coisa, visto que a coisa (obra realizada) ainda não existe (...). Elas não são determinadas ou provocadas pela coisa que se pretende reter, embora possam ser efetuadas para que a coisa (a obra) venha a existir”¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Fonseca, 2019, pp. 311-313; Menezes Cordeiro, 2015b, p. 839; Soares, 2020, pp. 423-424, defendendo poder o empreiteiro reter os materiais fornecidos pelo comitente para a realização da obra, se este se recusar pagar a indemnização devida pela desistência (art. 1229.º).

¹⁵⁷ Sobre os casos previstos em legislação avulsa, v. Menezes Cordeiro, 2015b, pp. 834-835; Sapuile, 2011, pp. 223 e ss.

¹⁵⁸ Segundo Menezes Cordeiro, 2015b, p. 842, a retenção conferida pelo art. 755.º tem por base, não despesas ocasionadas pela coisa, mas despesas com ela conexas.

¹⁵⁹ Pires de Lima & Antunes Varela, 1986, pp. 799-800.

Esta posição foi seguida pelos acs. do TRL de 5-6-1984 e do STJ de 8-4-1997.

¹⁶⁰ Antunes Varela, 1999, p. 580. No mesmo sentido, v. Costa, 2015, p. 177.

A esta posição minoritária contrapõe-se a generalidade da doutrina¹⁶¹ e da jurisprudência¹⁶², que atribuem o direito de retenção ao empreiteiro ao abrigo do art. 754.º, por entenderem que o preço da empreitada corresponde ao produto final das despesas feitas por si por causa da coisa (gastos com os materiais e utensílios, e pagamento aos trabalhadores) – sendo, por essa razão, irrelevante a sua não previsão no elenco do art. 755.º/1, bem como o elemento histórico invocado. Argumenta-se, ainda, não resultar do art. 754.º a exigência de que a despesa seja posterior à existência da coisa que deu origem àquela. Com efeito, não faria sentido limitar-se o direito de retenção aos empreiteiros que modifiquem ou reparem um objeto já existente, deixando de parte aqueles que criem uma coisa nova, até porque, como realça Soares¹⁶³, pode acontecer que estas duas situações coexistam no mesmo contrato, tendo o empreiteiro a obrigação de reparar uma casa e de nela construir novas divisões, o que resultaria, adotando-se a perspectiva de Antunes Varela, na possibilidade de recurso à *retentio* sobre a parte reparada, mas não sobre a parte nova construída.

3.2.2. Objetivo

É por vários aceitos que a empreitada pode ter como objeto uma obra incorpórea ou intelectual, desde que se exteriorize num suporte material, passível de ser entregue ao comitente¹⁶⁴. Adotamos este entendimento e, como tal, entendemos que o direito de retenção pode recair sobre qualquer tipo de obra objeto de um contrato de empreitada, desde que esteja corporizada numa coisa suscetível de domínio material. Assim, por exemplo, se o comitente encarregar o empreiteiro de criar um *software* para o seu estabelecimento comercial, este poderá recusar a entrega do suporte digital no qual o *software* se encontra materializado, alegando despesas feitas por causa da coisa, enquanto o preço devido não lhe for pago.

A retenção poderá dar-se mesmo antes de a obra estar concluída, como forma de garantir as despesas já efetuadas¹⁶⁵. Destarte, desistindo o comitente da obra (art. 1229.º), o empreiteiro pode reter a parte realizada da obra, enquanto não for ressarcido das despesas efetuadas e do proveito que poderia retirar da obra. No que

¹⁶¹ Albuquerque & Raimundo, 2019, pp. 298 e ss.; Almeida Costa, 2019, p. 975, nota 2; Calvão da Silva, 1995, pp. 342 e ss.; Ferrer Correia & Sousa Ribeiro, 1986, p. 21; Fonseca, 2019, pp. 312-313; Galvão Telles, 1988, pp. 21 e ss.; Gomes, 2005, pp. 18 e ss.; Guedes, 1997, p. 320; Madaleno, 2008, pp. 241 e ss.; Menezes Cordeiro, 2015b, pp. 841-842; Menezes Cordeiro, 2020, pp. 897 e ss. e 962; Menezes Leitão, 2019, p. 236; Pereira & Múrias, 2008, pp. 195-196, nota 15; Pestana de Vasconcelos, 2017, pp. 361 e ss.; Romano Martinez, 2010, pp. 376 e ss.; Sapuile, 2011, pp. 407 e ss.; Soares, 2020, pp. 456 e ss.; Vaz Serra, 1957a, p. 139.

¹⁶² Por exemplo, os acs. do TRP de 16-9-2013 e do STJ de 29-1-2014.

¹⁶³ Soares, 2020, pp. 459-460. Para o autor, o facto de o art. 25.º do DL n.º 201/98, de 10/07, atribuir ao construtor de navio o direito de retenção sobre o mesmo para garantia dos créditos emergentes da sua construção abona a favor do reconhecimento do direito de retenção ao empreiteiro.

¹⁶⁴ Sobre a questão da delimitação do conceito de obra, que não reúne consenso na doutrina, v. Albuquerque & Raimundo, 2019, pp. 153 e ss.

¹⁶⁵ Ferrer Correia & Sousa Ribeiro, 1986, p. 20.

concerne aos créditos que podem ser garantidos pelo direito de retenção, a doutrina divide-se. Para alguns autores, somente são garantidas as despesas feitas por causa da coisa, mas não o lucro do empreiteiro¹⁶⁶. Outra parte da doutrina, alertando para o facto de o art. 754.º fazer alusão ao crédito de despesas feitas por causa da coisa, defende que o direito de retenção garante a totalidade do preço, incluindo o lucro do empreiteiro, dado que este tem a sua causa na coisa e nas despesas com ela feitas¹⁶⁷. Parece-nos ser esta a melhor solução, sob pena de se afetar de forma injustificada a função coercitiva da *retentio*. Com efeito, como salienta Soares¹⁶⁸, a limitação do direito de retenção às despesas poderá conduzir a resultados inaceitáveis, especialmente no caso de empreitadas de obras intelectuais ou incorpóreas, em que, não raras vezes, existe uma manifesta desproporção entre, por um lado, o valor dos gastos com os salários dos trabalhadores e os materiais utilizados (papel, impressão, etc.) e, por outro lado, o lucro pretendido.

3.2.2.1. Retenção sobre coisa de terceiro

A questão de se saber se a coisa retida pode pertencer a um terceiro que não seja o credor da restituição da coisa é frequentemente estudada a propósito do contrato de subempreitada, procurando-se esclarecer se o subempreiteiro pode reter coisas pertencentes ao dono da obra para garantir o crédito que detém sobre o empreiteiro. Não obstante, os argumentos utilizados na resposta a essa problemática são aplicáveis à questão geral relacionada com a possibilidade de retenção de coisa de terceiro.

A ausência de regulação legal específica pode, em larga medida, explicar a querela doutrinal existente a propósito desta matéria.

Vários autores, acompanhados de uma parte significativa da jurisprudência, embora reconheçam a eficácia *erga omnes* do direito de retenção, rejeitam que esta permita ao subempreiteiro reter a obra propriedade do comitente, por inexistir um vínculo contratual entre ambos¹⁶⁹.

A doutrina maioritária, por seu lado, sustenta que o direito de retenção pode ser

¹⁶⁶ Cfr. Ferrer Correia & Sousa Ribeiro, 1986, p. 21; Fonseca, 2018, p.1008, apesar de reconhecer que o construtor de navio goza do direito de retenção dos créditos emergentes da construção, incluindo os lucros (art. 25.º do DL n.º 201/98, de 10/07); Fonseca, 2019, p. 313; França, 2003, p. 109, nota 93, embora reconhecendo que esta solução pode gerar injustiças; Gomes, 2005, p. 19.

¹⁶⁷ Calvão da Silva, 1995, p. 343; Pestana de Vasconcelos, 2017, p. 364; Rocha, 2010, pp. 588-589, indica quatro razões para a inclusão do lucro no conceito de despesas feitas por causa da coisa: a conexão material do crédito à coisa, a dificuldade em separar as despesas do lucro, a indivisibilidade do direito de retenção e a eficácia da sua função coercitiva.

Foi este o entendimento do ac. do STJ de 29-1-2014.

¹⁶⁸ Soares, 2020, pp. 464-465.

¹⁶⁹ Carvalho Fernandes, 1998, p. 102; Cunha, 1991, p. 208; Fonseca, 2019, pp. 298 e ss., diz que a eficácia *erga omnes* do direito de retenção só permite a sua oponibilidade aos terceiros adquirentes da coisa após a constituição desse direito, mas não aos que já anteriormente eram proprietários e não são devedores do crédito conexo; Gomes, 2005, pp. 15-16; Pires de Lima & Antunes Varela, 1986, pp. 803-804.

Na jurisprudência, v. os acs. do STJ de 28-5-1981, do TRL de 3-7-2007 e do TRP de 31-11-2007.

exercido sobre coisa propriedade de terceiro, admitindo, conseqüentemente, que o subempreiteiro possa reter a obra para garantia do crédito que detém sobre o empreiteiro, desde que a coisa seja detida legitimamente. Contudo, o retentor (empreiteiro/subempreiteiro) carecerá de legitimidade para exigir o pagamento do preço diretamente ao proprietário (terceiro/dono da obra), por não lhe assistir qualquer pretensão perante este¹⁷⁰. A favor desta tese, Romano Martinez¹⁷¹ invoca como argumentos principais o facto de o art. 754.º não distinguir entre coisa do devedor ou coisa de terceiro; a circunstância de a análise dos casos especiais de direito de retenção do art. 755.º, nomeadamente, o do albergueiro relativamente às coisas que as pessoas albergadas hajam trazido para a pousada, demonstrar que as coisas possam não pertencer à pessoa albergada; e ainda o argumento de que, se assim não se entendesse, estar-se-ia a dar abrigo a situações fraudulentas, porquanto bastaria ao devedor proprietário alienar a coisa a terceiro, extinguindo-se a retenção, e readquiri-la posteriormente a esse terceiro.

3.2.2.2. Retenção sobre coisa própria

A questão de saber se o direito de retenção pode ser exercido sobre coisa própria assume particular relevância nos casos de empreitada de construção de coisa móvel com materiais fornecidos, no todo ou em maior parte, pelo empreiteiro, dado que, nestas situações, a propriedade da obra permanece na sua esfera até à aceitação pelo comitente (art. 1212.º/1).

O pensamento jurídico dominante rejeita esta hipótese, argumentando, no essencial, que seria redundante atribuir-se um direito de retenção sobre uma coisa em relação à qual o retentor já tem um direito real maior e que a retenção de coisa própria destituiria o direito de retenção da sua função de garantia¹⁷²⁻¹⁷³.

Parte da doutrina considera, porém, não haver razões para se excluir a retenção

¹⁷⁰ Albuquerque & Raimundo, 2019, pp. 300-305, alertando, contudo, que a jurisprudência nacional não aderiu convictamente a esta posição e afirmando que o proprietário pode responsabilizar o dono da obra por quaisquer prejuízos que a sua conduta inadimplente lhe tenha causado; Madaleno, 2008, pp. 85 e 259; Menezes Leitão, 2016, p. 516; Rocha, 2010, p. 629; Romano Martinez, 2010, pp. 378 e ss. e 418; Vaz Serra, 1957a, pp. 232-233.

¹⁷¹ Romano Martinez, 2010, pp. 378 e ss. e 418.

¹⁷² Antunes Varela, 1999, p. 579; Calvão da Silva, 1995, p. 342, nota 622; Carvalho Fernandes, 1998, p. 101; França, 2003, p. 107; Galvão Telles, 1988, pp. 21-22; Madaleno, 2008, p. 121; Rocha, 2010, pp. 630 e ss.; Romano Martinez, 2010, p. 379; Sapuile, 2011, p. 183.

Neste sentido, v. os acs. do STJ de 17-4-2007 e do STJ de 29-1-2014.

Na doutrina espanhola, v. Rada, 2003, p. 1779.

Na doutrina italiana, v. Basso, 2010, pp. 69-70.

¹⁷³ Gomes, 2005, pp. 5-6 e 10, parece concordar com a posição maioritária, mas admite a hipótese de retenção de coisa própria nos casos em que o nu proprietário realiza benfeitorias necessárias na ausência do usufrutuário, ou em que o vendedor de um automóvel com reserva de propriedade é simultaneamente o garagista a que o adquirente recorreu para reparações, embora entenda que estas situações se podem reconduzir à *exceptio*.

sobre coisa própria¹⁷⁴. Entre os argumentos invocados por Menezes Leitão, contam-se o facto de o regime do construtor de navios atribuir ao empreiteiro o direito de retenção sobre o navio que é, regra geral, sua propriedade (arts. 16.º e 25.º do DL n.º 201/98, de 10/07); a possibilidade de reunião na mesma pessoa das qualidades de credor e de proprietário da coisa hipotecada e empenhada (art. 871.º/4) deve estender-se ao direito de retenção por via da equiparação legal feita pelos arts. 758.º e 759.º; e o facto de o direito de retenção ser, além de uma garantia legal, uma causa legítima de não cumprimento, pelo que deve abranger as coisas propriedade do credor. Fonseca, apesar de conceder que, nos casos em que a coisa pertence ao retentor, o direito de retenção assume uma função predominantemente coercitiva, diz que este continuará a exercer, acessoriamente, uma função de garantia, traduzida no direito de não entregar a coisa sem que a contraprestação seja realizada (embora sem atribuir ao retentor o direito de ser pago com preferência em relação aos restantes credores, pelo valor da coisa retida), nada obstando a que o direito de retenção desempenhe as suas funções em proporções diferentes. A adoção deste entendimento parece-nos sensata, pois permitirá ao empreiteiro, no âmbito de uma empreitada de coisa móvel com materiais por si fornecidos no todo ou na maior parte, recusar a entrega da coisa parcialmente executada se o comitente desistir da empreitada, até que lhe seja paga a indemnização a que alude o art. 1229.º.

3.3. Extinção

O direito de retenção extingue-se pelas mesmas causas por que cessa o direito de hipoteca, e ainda pela entrega da coisa (art. 761.º). Assim, nos termos do art. 730.º, determinam a extinção do direito de retenção: a extinção da obrigação a que serve de garantia (pagamento do preço); a prescrição a favor de terceiro adquirente; o perecimento da obra realizada, sem prejuízo do disposto nos arts. 692.º e 701.º¹⁷⁵; e a renúncia do retentor.

A cessação do direito pela entrega da obra ao comitente justifica-se, dado que o poder de facto sobre a coisa é pressuposto necessário para a constituição e exercício do direito de retenção. Para o entendimento dominante, porém, só uma entrega voluntária poderá causar a extinção da retenção, pelo que, em caso de esbulho, o retentor poderá usar das ações destinadas à defesa da posse, mesmo contra o proprietário, para retomar o exercício do direito de retenção (relativamente ao mesmo crédito) logo que a coisa lhe

¹⁷⁴ Albuquerque & Raimundo, 2019, p. 305; Fonseca, 2019, pp. 294 e ss.; Menezes Leitão, 2016, p. 520; Soares, 2020, pp. 478-479.

Na doutrina italiana, v. Barba, 1989, p. 1379.

¹⁷⁵ Para Fonseca, 2018, p. 1027, é duvidosa a aplicação adaptada do art. 701.º, porquanto, pressupondo o direito de retenção uma conexão entre a coisa retida e o crédito, não pode ser exigido o seu reforço ou substituição.

seja restituída (art. 670.º/a) *ex vi* arts. 758.º e 759.º)¹⁷⁶. Posição inversa é defendida por aqueles que consideram que o direito de retenção se extingue mesmo perante a perda involuntária da coisa, para efeitos de proteção de terceiros adquirentes de boa-fé¹⁷⁷.

A prestação de caução suficiente pelo comitente conduzirá, igualmente, à extinção do direito de retenção sobre a obra (além de prefigurar um pressuposto negativo de atribuição do direito de retenção), ficando o empreiteiro obrigado proceder à sua entrega (art. 756.º/d)¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Almeida Costa, 2019, p. 983; Fonseca, 2018, p. 1026; Sapuile, 2011, p. 306; Carvalho Fernandes, 2009, p. 164; Gomes, 2005, pp. 24-25; Pires de Lima & Antunes Varela, 1987 p. 784; Vaz Serra, 1957a, p. 243.

¹⁷⁷ Menezes Leitão, 2019, p. 240; Oliveira Ascensão, 2000, pp. 548 e ss.; Pestana de Vasconcelos, 2017, p. 384.

¹⁷⁸ V. o ac. do TRP de 12-10-2009.

Conclusões

A exceção de não cumprimento e o direito de retenção são mecanismos de autotutela privada (exceções materiais dilatórias invocáveis judicial ou extrajudicialmente) que legitimam o não cumprimento temporário de uma prestação devida quando a contraparte não cumpre a sua obrigação.

Desempenham uma dupla função – coercitiva e de garantia –, sendo a função compulsória preponderante na *exceptio* e a função de garantia predominante no direito de retenção.

Relativamente a terceiros, a *exceptio* só é oponível aos que, no contrato, substituírem os contraentes originários nos seus direitos e obrigações, ao passo que o direito de retenção, sendo um direito real de garantia, é oponível *erga omnes* e permite ao retentor executar a coisa retida nos termos do credor pignoratício ou hipotecário e fazer-se pagar pelo seu valor, ocupando posição de preferência.

Por ser um meio de defesa que pressupõe a manutenção do contrato, a *exceptio* só pode ser invocada perante situações de incumprimento não definitivo, enquanto o direito de retenção pode ser exercido perante qualquer modalidade de não cumprimento.

A *exceptio* pode ser invocada pelo empreiteiro e pelo dono da obra, desde que não estejam obrigados a cumprir em primeiro lugar, para recusar o cumprimento das suas obrigações principais (realização da obra / pagamento do preço) e das secundárias ou acessórias ligadas por um vínculo sinalagmático. O direito de retenção está reservado ao empreiteiro, enquanto contraente adstrito à entrega de uma coisa.

Para recusar a entrega da obra realizada, o empreiteiro terá de recorrer ao direito de retenção e não à *exceptio*, pois inexistente sinalagma entre as obrigações de pagamento do preço e de entrega da obra.

Bibliografia

- ABRANTES, J. J. (2018). *A exceção de não cumprimento do contrato*, 3.^a ed. Coimbra: Almedina.
- ALBUQUERQUE, P. & RAIMUNDO, M. A. (2019). *Direito das obrigações. Contratos em especial*, vol. II, *Contrato de empreitada*, 2.^a ed. Coimbra: Almedina.
- ALMEIDA COSTA, M. J. (1986). Anotação ao acórdão do STJ de 11-12-1984. *RLJ*, pp. 141 e ss.
- ALMEIDA COSTA, M. J. (2019). *Direito das obrigações*, 12.^a ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina.
- ANTUNES VARELA, J. M. (1986). *Das obrigações em geral*, vol. I, 4.^a ed. Coimbra: Almedina.
- ANTUNES VARELA, J. M. (1987). Cumprimento imperfeito do contrato de compra e venda. A exceção do contrato não cumprido, *CJ*, tomo IV, pp. 33 e ss.
- ANTUNES VARELA, J. M. (1999). *Das obrigações em geral*, vol. II, 7.^a ed. Coimbra: Almedina.
- BARBA, A. (1989). Ritenzione. In *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, pp. 1373 e ss. Milano: Giuffrè.
- BASSO, P. (2010). *Il diritto di ritenzione*. Milano: Giuffrè.
- BIANCA, M. (1994). *Diritto civile*, vol. V, *La responsabilità*. Milano: Giuffrè.
- BRANDÃO PROENÇA, J. C. (2019). *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, 3.^a ed. Porto: Universidade Católica Editora.
- CALVÃO DA SILVA, J. (1995). *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 2.^a ed. Coimbra: Universidade de Coimbra.
- CALVÃO DA SILVA, J. (1996). *Sinal e contrato-promessa (Do Decreto-Lei n.º 236/80 ao Decreto-Lei n.º 376/86)*, 5.^a ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina.
- CARNEIRO PACHECO, A. (1911). *Do direito de retenção na legislação portuguesa*. Coimbra: Imprensa da Universidade.
- CARVALHO FERNANDES, L. (1998). Da subempreitada. *DJ*, vol. XII, tomo I. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.
- CARVALHO FERNANDES, L. (2009). *Lições de direitos reais*, 6.^a ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora.
- COSTA, S. (2015). *O concurso de credores. Áreas comum, fiscal e da insolvência*, 5.^a ed. Coimbra: Almedina.
- COSTA GOMES, M. J. (2000). *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*. Coimbra: Almedina.
- CUNHA, M. (1991). *Alguns aspectos do direito de retenção*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.
- CURA MARIANO, J. (2020). *Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra*, 7.^a ed. Coimbra: Almedina.
- FERREIRA DE ALMEIDA, C. (1995). Recusa de cumprimento declarada antes do vencimento (Estudo de direito comparado e de direito civil português). In *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, pp. 291 e ss. Lisboa: LEX.
- FERRER CORREIA, A. & SOUSA RIBEIRO, J. (1986). Direito de retenção. Empreiteiro. *CJ*, Ano XIII, tomo I, pp. 17-26.

- FONSECA, A. T. (2018). Anotação aos artigos 428.º, 429.º, 430.º, 754.º, 756.º e 761.º. In Brandão Proença, J. (coord.), *Comentário ao Código Civil. Direito das obrigações. Das obrigações em geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- FONSECA, A. T. (2019). *Da recusa de cumprimento da obrigação para tutela do direito de crédito – Em especial na exceção de não cumprimento, no direito de retenção e na compensação*, reimp. Coimbra: Almedina.
- FRANÇA, M. A. (2003). Direito de retenção. (Algumas das) suas implicações na acção executiva. *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, n.º 11, pp. 85 a 164.
- GALGANO, F. (2010). *Trattato di diritto civile*, vol. II, 2.ª ed. Padova: Cedam.
- GALVÃO TELLES, I. (1988). O direito de retenção no contrato de empreitada. *O Direito*, pp. 13-34.
- GALVÃO TELLES, I. (1989). *Direito das obrigações*, 6.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- GERI, L. B. (1974). *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. II. Milano: Giuffrè.
- GHESTIN, J. (2001). L'exception d'inexécution. Rapport français. In Fontaine, M. & Viney, G. (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit compare*. Bruxelas/Paris: Bruylant/LGDJ.
- GOMES, J. (2005). Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...), *CDP*, n.º 11, pp. 3-25.
- GOMES, J. (2009). Da excepção de não cumprimento parcial e da sua invocação de acordo com a boa-fé, *CDP*, n.º 25, pp. 51 e ss.
- GUEDES, A. (1997). A responsabilidade do construtor no contrato de empreitada. In Pinto Monteiro, A. (coord.), *Contratos: actualidade e evolução*, pp. 315-330. Porto: Universidade Católica Portuguesa
- MADALENO, C. (2008). *A vulnerabilidade das garantias reais. A hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MALECKI, C. (1999). *L'exception d'inexécution*. Paris: L.G.D.J.
- MENEZES CORDEIRO, A. (1987). Cumprimento imperfeito do contrato de compra e venda. A compensação entre direitos líquidos e ilíquidos. A excepção do contrato não cumprido, *CJ*, Tomo IV (pp. 39 e ss.).
- MENEZES CORDEIRO, A. (1991). *Direito das obrigações*, vol. III, 2.ª ed. Lisboa: AAFDL.
- MENEZES CORDEIRO, A. (1994). *Direito das obrigações*, vol. II, reimp. Lisboa: AAFDL.
- MENEZES CORDEIRO, A. (2014). *A posse: Perspectivas dogmáticas actuais*, 3.ª ed. Coimbra: Almedina.
- MENEZES CORDEIRO, A. (2015a). *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina.
- MENEZES CORDEIRO, A. (2015b). *Tratado de direito civil, X. Direito das obrigações, Garantias*. Coimbra: Almedina.
- MENEZES CORDEIRO, A. (2016). *Tratado de direito civil, VII, Direito das obrigações, Contratos, Negócios unilaterais*. Coimbra: Almedina.
- MENEZES CORDEIRO, A. (2017). *Tratado de direito civil, IX, Direito das obrigações, Cumprimento e não-cumprimento, transmissão, modificação e extinção*, 3.ª edição. Coimbra: Almedina.

- MENEZES CORDEIRO, A. (2020). *Tratado de direito civil, XII, Contratos em especial (2.ª parte), Parceria pecuária, comodato, mútuo, prestação de serviço, mandato, depósito, empreitada, rendas, jogo e aposta e transação*. Coimbra: Almedina.
- MENEZES LEITÃO, L. (2005). *Cessão de créditos*. Coimbra: Almedina.
- MENEZES LEITÃO, L. (2016). *Direito das obrigações*, vol. III, *Contratos em especial*, 11.ª ed. Coimbra: Almedina.
- MENEZES LEITÃO, L. (2017). *Direito das obrigações*, vol. II, *Transmissão e extinção das obrigações*, 11.ª ed. Coimbra: Almedina.
- MENEZES LEITÃO, L. (2018a). *Direito das obrigações*, vol. I, *Introdução, Da constituição das obrigações*, 15.ª ed. Coimbra: Almedina.
- MENEZES LEITÃO, L. (2018b). *Direitos reais*, 7.ª ed. Coimbra: Almedina.
- MENEZES LEITÃO, L. (2019). *Garantias das obrigações*, 6.ª ed. Coimbra: Almedina.
- MORENO, M. C. (2004). La “*exceptio non adimpleti contractus*”. Valencia: Tirant lo Blanch.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, J. (2000). *Direito civil. Reais*, 5.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- PEREIRA, M. L. & MÚRIAS, P. (2008). Os direitos de retenção e o sentido da exceção de não cumprimento, *RDES*, n.ºs 1-4, pp. 187-239.
- PESSOA JORGE, F. (1975/1976). *Direito das obrigações*, vol. I. Lisboa: AAFDL.
- PESTANA DE VASCONCELOS, L. M. (2017). *Direito das garantias*, 2.ª ed. Coimbra: Almedina.
- PINTO OLIVEIRA, N. (2011). *Princípios de direito dos contratos*. Coimbra: Coimbra Editora.
- PIRES, C. M. (2019). *Contratos, I, Perturbações na execução*. Coimbra: Almedina.
- PIRES DE LIMA, F. & ANTUNES VARELA, J. M. (1986). *Código Civil anotado*, vol. II, 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- PIRES DE LIMA, F. & ANTUNES VARELA, J. M. (1987). *Código Civil anotado*, vol. I, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- RADA, T. E. (2003). En torno al derecho de retención. In Sánchez, A. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, pp. 1765 e ss. Madrid: Thomson, Civitas.
- REALMONTE, F. (1965). Eccezione di inadempimento. In *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIV, pp. 222 e ss. Milano: Giuffrè.
- RIBEIRO DE FARIA, J. (1990). *Direito das obrigações*, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.
- ROCHA, F. (2010). Da retenção sobre coisa de terceiro e sobre coisa própria. *RFDUL*, vol. LI, n.ºs 1 e 2, pp. 573 a 644.
- ROMANO MARTINEZ, P. (2010). *Direito das obrigações (Parte especial) – Contratos*, 2.ª ed. Coimbra: Almedina.
- ROMANO MARTINEZ, P. (2017). *Da cessação do contrato*, 3.ª ed. Coimbra: Almedina.
- ROMANO MARTINEZ, P. (2022). *Cumprimento defeituoso, em especial na compra e venda e na empreitada*, 4.ª reimp. Coimbra: Almedina.
- ROMANO MARTINEZ, P. & FUZETA DA PONTE, P. (2006). *Garantias de cumprimento*, 5.ª ed. Coimbra: Almedina.
- ROPPO, V. (2006). *Trattato del contratto*, vol. V. Milano: Rime di – 2.

- SÁ GOMES, R. (1998). Breves notas sobre o cumprimento defeituoso no contrato de empreitada. In *Ab Vno ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, pp. 587 e ss. Coimbra: Coimbra Editora.
- SAPUILE, B. (2011). *Do direito de retenção. Elementos históricos e jurídico-comparatísticos. Algumas questões problemáticas*. Porto: Edições Ecopy.
- SATURNO, A. (1995). *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*. Napoli: Scientifiche Italiane.
- SOARES, R. F. (2020). *Exceção de não cumprimento e direito de retenção no contrato de empreitada*. Praia: Livraria Pedro Cardoso.
- STOLFI, M. (1958). Appalto (contratto di). In *Enciclopedia del Diritto*, vol. II, pp. 629-672. Milano: Giuffrè.
- TRABUCCHI, A. (1991). *Istituzioni di diritto civile*, 32.^a ed. Padova: Cedam.
- VAZ SERRA, A. P. S. (1955). Mora do devedor, *BMJ*, n.º 48.
- VAZ SERRA, A. P. S. (1957a). Direito de retenção, *BMJ*, n.º 65, pp. 103 e ss.
- VAZ SERRA, A. P. S. (1957b). Exceção de contrato não cumprido, separata do *BMJ*, n.º 67.
- VAZ SERRA, A. P. S. (1965). Empreitada, separata do *BMJ*, n.ºs 145 e 146. Lisboa.
- VAZ SERRA, A. P. S. (1972-1973). Anotação ao acórdão do STJ de 19-11-1971, *RLJ*, Ano 105, pp. 279 e ss.
- VIEIRA, J. A. (2018a). *A Posse. Estudo sobre o seu objecto e extensão. Perspetiva histórica e de Direito português*. Coimbra: Almedina.
- VIEIRA, J. A. (2018b). *Direitos reais*, 2.^a ed. Coimbra: Almedina.

Índice de jurisprudência

Os números entre parênteses remetem para as notas de rodapé onde os arestos são citados. Salvo indicação em contrário, podem ser consultados em “www.dgsi.pt”.

Supremo Tribunal de Justiça

- 28-5-1981 (Abel de Campos), *BMJ*, n.º 307, 1981, pp. 266 e ss. (169).
- 8-4-1997 (Herculano Lima), proc. 96A849 (159).
- 8-3-2001 (Oliveira Barros), *CJ (STJ)*, 2001, Tomo I, pp. 147 e ss. (92).
- 27-3-2003 (Ferreira Girão), proc. 03B31 (60).
- 25-3-2004 (Azevedo Ramos) proc. 04A398 (75).
- 17-4-2007 (Alves Velho), proc. 07A480 (172).
- 17-4-2007 (Gil Roque), proc. 06B4773 (64, 112).
- 2-10-2007 (Fonseca Ramos), proc. 07A2533 (74).
- 27-5-2008 (João Camilo), proc. 08A1461 (74).
- 4-12-2008 (João Bernardo), proc. 08B3415 (99).
- 9-12-2008 (Nuno Cameira), proc. 08A965 (9).

10-12-2009 (Serra Baptista), proc. 163/02.0TBVCD.S1 (111, 112, 117).
4-2-2010 (Oliveira Rocha), proc. 491/05.5TBNG.P1.S1 (9, 102, 122).
2-3-2010 (Urbano Dias), proc. 5331/06.3TBMAL.P1.S1 (154).
26-10-2010 (Urbano Dias), proc. 571/2002.P1.S1 (64).
9-12-2010 (Álvaro Rodrigues), proc. 3803/06.9TB AVR.C1.S1 (9).
20-11-2012 (Fonseca Ramos), proc. 114/09.1.TBMTR.P1.S1 (101).
30-1-2013 (Lopes Do Rego), proc. 2573/09.3TBBCD-A.P1.S1 (9).
29-1-2014 (João Bernardo), proc. 1407/09.3TBAMT.E1.S1 (135, 162, 167, 172).
4-12-2014 (Maria Beleza), proc. 5240/07.9TVLSB.L1.S1 (102).
12-3-2015 (Pinto de Almeida), proc. 1775/11.7TBOLH.E1.S1 (146).
16-6-2015 (Fonseca Ramos), proc. 3309/08.1TJVNF.G1.S1 (97, 111).
17-11-2015 (Maria Clara Sottomayor), proc. 2545/10.5TVLSB.L1.S1 (79, 122).
14-12-2016 (António Piçarra), proc. 662/09.3TVPRT.P1.S1 (126, 146).
26-9-2017 (Manuel Capelo), proc. 849/04.5TBCNT.C3 (97).

Tribunal da Relação de Coimbra

6-7-1982 (Manuel Silva), *CJ*, 1982, Tomo IV, pp. 35 e ss. (64).
14-7-2010 (Fonte Ramos), proc. 142115/09.2YIPRT.C1 (75).
11-7-2012 (Carlos Querido), proc. 3166/08.8TBVIS.C1 (124).

Tribunal da Relação de Évora

11-6-2015 (Cristina Cerdeira), proc. 408/05.5TBALR.E1 (122).

Tribunal da Relação de Guimarães

22-3-2011 (Antero Veiga), proc. 27256/09.0YIPRT.G1 (122).
20-2-2014 (Jorge Teixeira), proc. 3730/11.8TBVCT-F.G1 (122).

Tribunal da Relação de Lisboa

6-2-1981 (João Almeida), *CJ*, 1981, Tomo I, pp. 223 e ss. (60).
5-6-1984 (José Saraiva), *CJ*, 1984, Tomo III, pp. 137 e ss. (159).
17-10-1995 (Joaquim Dias), proc. 0093081 (113).
3-7-2007 (Isabel Salgado), proc. 4638/2007-7 (169).
7-5-2009 (Teresa Soares), proc. 749/08.0TVLSB.L1-6 (133, 138, 139).
18-10-2012 (Maria Ameixoeira), proc. 8881/11.6TBCSC-A.L1-8 (135).
1-7-2014 (Pedro Brighton), proc. 11463/09.9THLSB.L1-1 (28).
13-10-2015 (Maria Domingos), proc. 28576/11.0T2SNT.L1-1 (122).

Tribunal da Relação do Porto

21-11-1996 (Custódio Montes), proc. 9630489, *CJ*, 1996, Tomo IV, pp. 192 e ss. (112).

18-1-1999 (Fonseca Ramos), proc. 9851341, *CJ*, 1999, Tomo I, pp. 186 e ss. (112).

31-11-2007 (Madeira Pinto), proc. 0637138 (169).

12-10-2009 (Sampaio Gomes), proc. 2379/09.0TBMTS.P1 (178).

19-12-2012 (Maria Areias), proc. 2279/08.0TJPRT.P1 (101).

20-5-2013 (Anabela Carvalho), proc. 48972/11.1YIPRT.P1 (99).

16-9-2013 (Carlos Querido), proc. 127/11.3TYVNG-B.P1 (162).

2-10-2014 (Aristides Almeida), proc. 362/10.8YIPRT.P1. (123)

A due diligence e a proteção do adquirente
no âmbito dos *share deals*

Ricardo Manuel Costa Miranda Cardoso de Menezes

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria de Fátima Silva Ribeiro

À memória do meu bisavô Manuel,
primeiro jurista da família.
À memória das minhas avós.

“Overall, the due diligence process, when done properly, can be tedious, frustrating, time consuming, and expensive. Yet it is a necessary prerequisite to a well-planned acquisition, and it can be quite informative and revealing in its analysis of the target company and its measures of the costs and risks associated with the transaction”.
(Andrew J. Sherman & Milledge A. Hart, *Mergers and Acquisitions from A to Z*, 2.^a ed., New York: Amacom, 2006, p. 64)

Resumo

No contexto das operações de transmissão de empresas, a realização de uma *due diligence* pelo potencial adquirente, na fase de negociação que antecede a celebração do negócio, corresponde a uma etapa cada vez mais comum. No entanto, e apesar do seu carácter eminentemente prático, esta figura tem suscitado o interesse da doutrina, que tem vindo a colocar diversas questões sobre esta operação de recolha e análise de informação e, em particular, quanto ao seu enquadramento jurídico. Com o presente trabalho, procurámos oferecer uma resposta a algumas dessas questões, e em especial determinar, por um lado, em que medida é que a administração de uma sociedade que pretenda adquirir uma empresa estaria sujeita ao dever de promover a realização de uma *due diligence* antes da conclusão do negócio e, por outro lado, se se poderia qualificar a realização de uma auditoria legal como um ónus jurídico que recairia sobre a própria sociedade adquirente. Para isso, procedemos a uma análise das principais funções e finalidades tipicamente desempenhadas pela auditoria legal, designadamente quanto ao cumprimento do ónus de autoinformação do adquirente, e à determinação do âmbito e da amplitude dos deveres de informação do alienante. Apesar de essa análise nos ter demonstrado que a realização de uma *due diligence* assumirá um papel de grande relevo para a tutela da posição do adquirente no contexto da transmissão de empresas, concluímos que, por um lado, a afirmação da existência de um dever de realização de uma auditoria legal pela administração da sociedade adquirente dependerá, necessariamente, das circunstâncias de cada caso e, por outro lado, que ao contrário do que tem sido defendido pela doutrina e pela jurisprudência maioritárias, não se deverá qualificar a realização de uma *due diligence* como verdadeiro ónus jurídico que recai sobre quem pretenda adquirir uma empresa.

Palavras-chave: aquisição de empresas; *share deals*; *due diligence*; deveres de informação; dever de cuidado dos administradores.

Abstract

The existence of a due diligence process conducted by the potential buyer in the negotiation phase preceding the acquisition of a company has become an increasingly common stage within the context of this type of transactions. However, and despite its eminently practical nature, this figure has generated interest and raised questions among legal scholars regarding, in particular, the legal framework applicable to it. The present thesis seeks to offer an answer to some of these questions, and, in particular, to determine the extent to which the board of directors of a company intending to acquire another company is subject to the duty to carry out a due diligence investigation before concluding the transaction, and whether the performance of such an investigation could be classified as a legal burden that falls on the acquiring company itself. For those purposes, we have analysed the main functions and purposes typically pursued within the context of legal due diligence, namely in what concerns the purchaser's self-information burden and the determination of the scope and extent of the seller's information duties. While our analysis has showed that a due diligence investigation may play a crucial role in protecting the buyer's position within the acquisition of companies, we have concluded that the assertion of the existence of a legal obligation of the board of directors of the acquiring company to carry out due diligence will necessarily depend on the circumstances of each case, and that, contrary to what has been advocated by the majority of the legal scholars and case law, the performance of a due diligence should not be qualified as a true legal burden on the potential acquirers of a company.

Keywords: company acquisitions; share deals; due diligence; information duties; company directors' duty of care.

Lista de siglas e abreviaturas

al. / als.	Alínea / alíneas
art. / arts.	Artigo / artigos
CC	Código Civil, Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, mais recentemente alterado pela Lei n.º 3/2023, de 16 de janeiro
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CSC	Código das Sociedades Comerciais, Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro, mais recentemente alterado pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro
<i>DD</i>	<i>Due diligence</i>
ed.	Edição
<i>Loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i> (no lugar citado)
n.	Nota
n.º	Número
NRAU	Novo Regime do Arrendamento Urbano, Lei n.º 6/2006 de 27 de fevereiro, mais recentemente alterada pela Lei n.º 2/2020, de 31 de março
p. / pp.	Página / páginas
S.l.	<i>Sine loco</i>
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
V.	Ver
vol. / vols.	Volume / volumes

Advertência

Na presente dissertação, as citações das obras consultadas serão indicadas em nota de rodapé, de acordo com o sistema “autor, data, página”. A data referida em cada indicação corresponderá à data da edição da obra citada que tenhamos consultado. Quando tenham sido consultadas reimpressões de uma mesma edição, faremos essa referência na Bibliografia final, identificando o respectivo ano de reimpressão.

Caso seja citado mais do que um texto que possua o mesmo autor e a mesma data de publicação, será acrescentada uma letra à data do texto, de modo a facilitar a distinção (por exemplo, “2007a” e “2007b”).

As referências completas das fontes citadas ao longo do presente trabalho serão apresentadas na Bibliografia.

Índice

1. Introdução	9
2. Os <i>share deals</i>	10
2.1. A transmissão de participações sociais como forma de transmissão indireta da empresa	10
2.2. Especificidades do processo negocial	13
3. A <i>due diligence</i> no âmbito dos <i>share deals</i>	14
3.1. Âmbito material e funções	14
3.2. A prestação de informação no âmbito de uma <i>due diligence</i>	18
4. A <i>due diligence</i> e o dever de cuidado da administração da sociedade adquirente	23
5. A qualificação jurídica da <i>due diligence</i>	30
6. Conclusões	32
Bibliografia	34

1. Introdução

A realização de uma *due diligence*¹ corresponde a uma etapa cada vez mais frequente no âmbito das operações de transmissão de empresas² e que, apesar de corresponder a uma realidade eminentemente prática, tem levantado questões no âmbito da doutrina jurídica³. Com o presente trabalho, procuraremos oferecer uma resposta a algumas dessas questões.

Nesse sentido, procederemos, em primeiro lugar, a uma análise do fenómeno dos *share deals* em geral, ou seja, dos negócios sobre participações sociais, enquanto principal forma de transmissão de empresas na atualidade⁴⁻⁵.

De seguida, avançaremos para um estudo mais aprofundado da *DD*, procurando determinar o seu âmbito material típico e as funções e finalidades que se associam à sua realização no âmbito da transmissão indireta de uma empresa.

Procederemos, também, a uma análise do relevo deste processo, não só para o cumprimento do ónus de autoinformação do adquirente, como também para a determinação do âmbito e da amplitude dos deveres de informação do alienante, atendendo, em particular, à especificidade de, nos *share deals*, estarem em causa informações relativas não a qualquer uma das partes do negócio, mas sim a uma outra pessoa jurídica – a sociedade cujas participações serão transmitidas.

Para além disso, procuraremos determinar se, atendendo ao impacto que a realização de uma *DD* poderá ter na modelação dos regimes tipicamente convocados para proteger o adquirente no âmbito dos *share deals* (destacando-se, em particular, os regimes da *culpa in contrahendo* e da compra e venda de bens onerados e de coisas defeituosas), os administradores de uma sociedade que pretenda adquirir uma empresa por esta via terão, por força do dever geral de cuidado que sobre eles impende, a obrigação de promover, antes da celebração do negócio, a realização de uma auditoria à sociedade cujas participações serão transmitidas.

¹ Utilizaremos, doravante, também a abreviatura *DD*.

² Assim, entre outros, Russo, 2011, pp. 13-14, ou Ferreira Gomes, 2022, p. 199.

³ V., nesse sentido, a título de exemplo, Engrácia Antunes, 2008, p. 754 ou Russo, 2011, pp. 13-14.

⁴ Como refere expressivamente Costa, 2007a, p. 511, “[...] hoje praticamente não se trespassam empresas. Antes se transmitem as participações de domínio ou de controlo das sociedades que exploram as empresas”. O “sucesso” dos *share deals* na prática negocial explica-se, por um lado, pelas vantagens que este modelo proporciona, por comparação com as formas diretas de transmissão da empresa, como apontam, entre outros, Ferreira Gomes, 2022, pp. 33-35, e Simões Cortez, 2022, pp. 32-34, n. (5), e, por outro lado, como nota Engrácia Antunes, 2002, pp. 31-49, pelo facto de ao longo do último século a própria estrutura jurídica da exploração de empresas se ter transformado, abandonando-se o paradigma da empresa explorada por pessoas singulares em favor do modelo da empresa explorada por pessoas jurídicas e em especial, por sociedades comerciais. Para um balanço das vantagens e desvantagens das formas diretas e indiretas de transmissão da empresa, v. Gaughan, 2017, pp. 24-28.

⁵ Importa notar, desde já, que teremos apenas em conta os negócios sobre participações sociais de sociedades de capitais (sociedades por quotas e em especial, sociedades anónimas) “fechadas”, não sendo abordadas questões relativas à transmissão de ações de sociedades cotadas, de sociedades civis ou de sociedades comerciais de outros tipos. Também não teremos em conta os problemas que se levantem a propósito de transmissões *mortis causa* de participações sociais.

Por fim, uma vez concluído este percurso, realizaremos uma breve análise ao enquadramento jurídico desta figura e, em especial, à sua qualificação como ónus do comprador pela doutrina e pela jurisprudência maioritárias.

2. Os *share deals*

2.1. A transmissão de participações sociais como forma de transmissão indireta da empresa

São diversos os mecanismos pelos quais se pode proceder à transmissão de uma empresa⁶⁻⁷. De todo o modo, a doutrina e a jurisprudência têm reconduzido essas múltiplas possibilidades de negociação sobre o estabelecimento comercial a duas categorias fundamentais: *asset deals* e *share deals*⁸.

Sumariamente, no primeiro caso estarão em causa hipóteses em que se procede à transmissão direta da titularidade jurídica da própria empresa enquanto unidade jurídico-económica, de forma temporária ou definitiva⁹. Já no segundo caso estarão em causa negócios que têm por objeto imediato participações sociais que permitam ao seu adquirente ser investido numa posição de domínio sobre uma sociedade comercial titular

⁶ A determinação do conceito de empresa é uma verdadeira *vexata quaestio*, no âmbito do Direito Comercial, que não temos a ambição de resolver com a elaboração deste trabalho. Ainda assim, situando-se o objeto desta dissertação no âmbito da temática da aquisição de empresas, é conveniente que se proceda, desde já, a algumas clarificações sobre alguns conceitos fundamentais. Muito embora tenhamos consciência de que são várias as aceções jurídicas elencadas pela doutrina quanto ao conceito de empresa, ao longo do presente trabalho utilizaremos este conceito na sua aceção objetiva, seguindo, para estes efeitos, e sem proceder a desenvolvimentos quanto a esta matéria que não poderão ter aqui lugar por razões de economia, a definição proposta por Fontes da Costa, 2017, p. 37, de acordo com a qual a empresa se caracteriza por “[...] consistir numa organização intencional de meios (pessoas e bens), apta à promoção do exercício relativamente estável e autónomo de uma atividade de produção de um resultado consubstanciador de valor económico próprio suscetível de troca no mercado, predominantemente com finalidade lucrativa”. Por outro lado, cabe também assinalar, desde já, que tomaremos por equivalentes os conceitos de empresa, na sua aceção objetiva, e de estabelecimento comercial, subscrevendo integralmente, quanto a este ponto, a posição de Coutinho de Abreu, 2022, pp. 207-212.

⁷ Enumerando diferentes formas de negociação e alienação do estabelecimento comercial incluindo, a esse nível, algumas operações de Direito Societário, v., entre outros, Soveral Martins, 2007, pp. 415-438, e Engrácia Antunes, 2008, pp. 717-744.

⁸ Sobre esta distinção destacam-se Engrácia Antunes, 2008, pp. 715-793, e Ferreira Gomes, 2022, pp. 33-63. Na jurisprudência destaca-se, quanto a esta matéria, o acórdão do STJ de 26/11/2014 (processo n.º 282/04.9TB AVR.C2.S1). Este acórdão, bem como as demais decisões de tribunais portugueses que sejam citadas sem indicação expressa da sua fonte ao longo deste trabalho, encontram-se disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

⁹ Se, tipicamente, a transmissão definitiva do estabelecimento ocorrerá a título de trespasse e a transmissão temporária ocorrerá a título de locação do estabelecimento, são muitos outros, como lembra Engrácia Antunes, 2008, pp. 722-723, os mecanismos negociais de que as partes se podem servir para estes efeitos. Tendo em conta o carácter deste trabalho e o facto de o seu objeto se encontrar mais diretamente relacionado com os *share deals*, limitamo-nos a remeter, no que respeita aos negócios de transmissão direta do estabelecimento comercial em geral, para os estudos de Orvalho de Carvalho, 1967, em especial pp. 351-686, e, mais recentemente, de Gravato Morais, 2005, em especial pp. 77-154.

de uma empresa (sociedade essa que é denominada, na gíria, de *target*¹⁰) e, desse modo, obter o controlo sobre a atividade dessa mesma empresa¹¹.

Se a distinção entre *share deals* e *asset deals* pode ser enquadrada, de forma simples (ainda que breve), nos termos em que o fizemos, mais problemática é a questão de determinar em que hipóteses é que uma transmissão de participações sociais poderá ser equiparada a uma transmissão de empresa, nomeadamente para efeitos de tutela do adquirente¹².

Hoje, a maioria da doutrina portuguesa aceita a equiparação entre *share deals* e *asset deals*, aderindo ao entendimento que Ferrer Correia e Almeno de Sá sustentavam já em 1993: saber se se quis “[...] tão-só a aquisição de direitos de participação ou se, para além disso, se pretendeu, através da compra de tais direitos, a compra da empresa [...] são questões que só podem ser adequadamente decididas com base na interpretação do contrato [...]”¹³.

De facto, nem todas as aquisições de participações sociais corresponderão a uma forma de aquisição indireta de uma empresa¹⁴. Assim, revela-se necessário avançar para a interpretação da concreta relação negocial entre as partes e compreender, através de

¹⁰ Utilizando esta expressão com este sentido em Portugal, v., entre outros, Jéssica Ferreira, 2018, p. 170, e Cunha, 2020, p. 274. Utilizaremos também a expressão “sociedade-alvo” com o mesmo significado.

¹¹ Expondo de forma breve os termos desta distinção, v., entre outros, Engrácia Antunes, 2008, p. 723. Note-se que, apesar de ser com este sentido que usaremos os termos *asset deal* e *share deal* ao longo deste trabalho, estas expressões, como refere o mesmo autor, *ibidem*, p. 718, n. (7), adquirem significados diferentes nas obras de diferentes juristas, havendo quem considere que a primeira expressão abrange também os negócios que tenham por objeto apenas partes da empresa ou até elementos empresariais avulsos (v., por exemplo, Ferreira Gomes, 2022, pp. 33, 34 e 36), e que a segunda expressão inclui negócios de mera transmissão de participações sociais que não tenham em vista a transmissão da empresa detida pelo *target*.

¹² Como aponta Coutinho de Abreu, 1996, pp. 344-345, esta equiparação não será absoluta, sendo estabelecida apenas para determinados efeitos, tais como a aplicação do regime da compra e venda de bens onerados ou de coisas defeituosas, do regime previsto atualmente no art. 1112.º, n.º 4 do CC quanto ao direito de preferência do senhorio sobre o estabelecimento, ou quanto à existência de uma obrigação de não concorrência para o alienante quando se transmite a empresa (v. o mesmo autor, *ibidem*, pp. 349-358). No mesmo sentido, Peixoto Pereira, 2009, pp. 71-74.

¹³ Ferrer Correia & Sá, 1995, p. 271. Seguindo claramente esta perspetiva, v., na doutrina, entre outros, Calvão da Silva, 1996, pp. 177-179, Engrácia Antunes, 2008, pp. 731-734, ou Ferreira Gomes, 2022, p. 51. Se, como dissemos, o reconhecimento da equiparação entre *share deals* e *asset deals* é hoje amplamente maioritário na doutrina, o critério seguido para esses efeitos diverge. Destaca-se, a este propósito, uma posição que defende o enquadramento desta questão no âmbito da desconsideração da personalidade jurídica, figura que permitiria atribuir aos sócios vendedores, nas palavras de Coutinho de Abreu, 2021, p. 177, “[...] a venda de um bem que somente à sociedade caberia efetuar”. Seguindo esta posição, v., também, Mesquita, 1994, pp. 219-220, e Cassiano dos Santos, 2007, pp. 304-306. Esta perspetiva encontrou eco, ao nível da jurisprudência, nos acórdãos do STJ de 11/03/2010 (processo n.º 4056/03.6TBGDM.S1), do TRL de 27/06/2006 (processo n.º 2968/2006-1), e do TRC de 15/11/2016 (processo n.º 970/14.1TBCLD.C1). A nossa leitura é, no entanto, diferente. Em nosso entender, o recurso à desconsideração da personalidade jurídica deverá assumir sempre natureza subsidiária, pelo que, estando em causa uma questão que possa ser enquadrada com recurso a “[...] quadros jurídicos mais precisos e rigorosos [...]”, tais como a interpretação do negócio ou até a mera aplicação da lei positiva, seria “[...] metodologicamente incorreto recorrer a quadros de pensamento de contornos mais fluidos [...]”, como escreveu eloquentemente Baptista Machado, 1982, p. 199. No mesmo sentido v., entre outros, Ribeiro, 2009, pp. 125-126, n. (109), e Pinto Monteiro & Mota Pinto, 2009, p. 706. Sobre a desconsideração da personalidade jurídica em geral, matéria que, pela sua amplitude e complexidade, não poderemos abordar desenvolvidamente neste trabalho, remetemos para Maria de Fátima Ribeiro, *ibidem*, *passim* e, em especial, pp. 76-350.

¹⁴ Pinto Monteiro & Mota Pinto, 2009, p. 692.

uma análise necessariamente casuística, se, numa determinada hipótese, se encontram verificados pelo menos dois requisitos que se nos afiguram essenciais.

Em primeiro lugar, terá de estar em causa a transmissão de participações que permitam ao adquirente assumir o controlo de gestão da empresa detida pelo *target*¹⁵. De entre os índices relevantes para a determinação das hipóteses em que ocorrerá essa mesma transmissão de controlo, destaca-se, desde logo, a aquisição de participações que lhe atribuam, pelo menos, a maioria dos direitos de voto no âmbito da sociedade-alvo¹⁶.

Com efeito, apesar de existirem autores que, a este nível, salientam a relevância da transmissão de participações que correspondam a uma maioria do capital do *target*¹⁷, não nos parece ser este o melhor critério a seguir. Por um lado, a aquisição de participações maioritárias, ou até da totalidade do capital de uma sociedade, nem sempre se traduzirá na aquisição de uma empresa¹⁸. Por outro lado, verificadas determinadas circunstâncias, a detenção de uma posição minoritária de capital poderá investir o seu titular no domínio da sociedade¹⁹.

Em segundo lugar, assumirá relevo a identificação da concreta vontade das partes subjacente ao negócio celebrado sobre as participações sociais. Através da ponderação de fatores como as negociações entre as partes ou a própria estrutura do contrato²⁰, dever-se-á averiguar se as partes tinham em vista, com aquele negócio, a transmissão de uma empresa ou se, na verdade, pretendiam apenas realizar uma simples transferência de participações sociais²¹.

Por fim, importa ainda referir que, como sustenta Engrácia Antunes, nesta operação hermenêutica se deverá ter sempre em conta o regime legal aplicável, uma vez que, por vezes, são as próprias normas legais que, para determinados efeitos, estabelecem uma equiparação entre *share deals* e *asset deals*²².

¹⁵ Seguimos, entre outros, Engrácia Antunes, 2008, pp. 724 e ss., e Ferreira Gomes, 2022, pp. 52 e ss.

¹⁶ Neste sentido, Coutinho de Abreu, 1996, p. 351, n. (911). Sublinhamos, contudo, que este fator assumirá um carácter meramente indiciário. Relevante será que haja lugar a uma transmissão do domínio sobre a sociedade-alvo e, por essa via, do controlo sobre a empresa por ela detida, sendo que, como aponta a este propósito Ferreira Gomes, 2022, p. 52, o conceito de “transmissão de domínio” não é unívoco. A determinação da existência, ou não, dessa mesma transmissão dependerá, assim, como dissemos, da interpretação do contrato, atendendo a múltiplos critérios.

¹⁷ V., entre outros, Pinto Monteiro & Mota Pinto, 2009, p. 704.

¹⁸ Remetemos, nomeadamente, para os casos que apontamos *infra*, na n. (21).

¹⁹ Apontando diversos cenários nos quais se poderá verificar a existência de domínio sobre uma sociedade com base numa participação minoritária no capital, v., desenvolvidamente, Engrácia Antunes, 2002, pp. 487-508, em particular, pp. 498 e 505-507.

²⁰ São dois dos vários exemplos apontados por Engrácia Antunes, 2008, pp. 732-733, e Ferreira Gomes, 2022, pp. 51-56, de fatores-índice que poderão assumir relevância nesta sede.

²¹ Nomeadamente quando o negócio tenha por objeto a própria estrutura jurídico-societária, sem qualquer empresa associada (*shell company*), traduzindo-se numa “compra de capa” (*mantelkauf*). Sobre a “compra de capa”, v., entre outros, Coutinho de Abreu, 1996, p. 351, n. (922), e Engrácia Antunes, 2008, pp. 733, n. (38). Para mais desenvolvimentos sobre as *shell companies*, remetemos para o interessante artigo de Nougayrede, 2022, pp. 347-367.

²² Engrácia Antunes, 2008, pp. 733-734.

2.2. Especificidades do processo negocial

Como acabámos de referir, o estabelecimento da equiparação entre *asset deals* e *share deals* dependerá, em cada caso, da interpretação da vontade das partes que se encontre vertida no contrato de transmissão das participações sociais de controlo.

Com efeito, determinar se, através de um contrato sobre quotas ou ações, as partes pretenderam, na verdade, transmitir a empresa detida pelo *target*, dependerá da análise de diversos “subsídios interpretativos”²³, entre os quais se inclui o próprio processo negocial que tenha levado à sua celebração²⁴.

Apesar de não existir um modelo único de contratação que seja universalmente seguido ao nível dos *share deals*²⁵, estarão em causa contratos que, conforme reconhece a doutrina, possuem tipicidade social²⁶, pelo que, se não se pode falar da existência de uma estrutura única aplicável a todas as transmissões indiretas de empresas, é possível apontar algumas práticas que, neste âmbito, são adotadas com maior frequência pelas partes.

A este propósito, a doutrina refere-se tipicamente a um “modelo analítico” de negociação, no âmbito do qual se podem identificar, como aponta Engrácia Antunes²⁷, três fases essenciais.

As operações de aquisição de empresas iniciam-se, de uma maneira geral, com uma fase preparatória, na qual é frequente a celebração de acordos preliminares entre as partes, que podem assumir as mais variadas feições²⁸. Segue-se a celebração do contrato de compra e venda propriamente dito, no qual as partes regularão, de forma detalhada e exaustiva, as suas obrigações, prevendo-se também, com muita frequência, cláusulas de declarações e garantias²⁹.

Contudo, a celebração do contrato de compra e venda das participações sociais não corresponde, em regra, à conclusão do processo negocial, uma vez que, por norma, as partes não lhe atribuem efeitos translativos imediatos, sujeitando a produção desses mesmos efeitos à verificação de condições suspensivas (ou à não verificação de condições

²³ A expressão é de Engrácia Antunes, 2008, p. 732.

²⁴ Entre outros, Pinto Monteiro & Mota Pinto, 2009, p. 705, e Ferreira Gomes, 2022, p. 54.

²⁵ Encontrando-se as partes no âmbito da autonomia privada e sendo livres de conformar o *iter* negocial a seguir, de acordo com uma multiplicidade de fatores, como lembram Câmara & Brito Bastos, 2011, p. 19.

²⁶ *Idem, loc. cit.*, e Ferreira Gomes, 2022, p. 231.

²⁷ Engrácia Antunes, 2008, pp. 747-750. Propondo um elenco alternativo, v. Teixeira de Abreu, 2013, pp. 223-225.

²⁸ Incluem-se, entre os documentos mais comuns nesta fase, as cartas de intenção, os acordos de base (*heads of agreement*) ou os memorandos de entendimento (*memorandums of understanding*). Sobre a fase do planeamento da compra e venda da empresa, v. Ferreira Gomes, 2022, pp. 65-76. Quanto à matéria dos acordos preliminares em geral, destacamos os estudos de Santos Júnior, 1997, pp. 565-604, ou de Menezes Leitão, 2000, pp. 53-67, e, no âmbito dos *share deals* em particular, o estudo de Teixeira de Abreu, 2013, pp. 229-237.

²⁹ Ferreira Gomes, 2022, pp. 228-229. Sobre as cláusulas de declarações e garantias, remetemos para os estudos de Russo, 2010, pp. 115-136, e de Simões de Almeida, 2020, pp. 243-272. Para uma análise das figuras das *representations* e das *warranties* no Direito inglês, v. Beatson, 2002, em especial, e, respetivamente, pp. 127-130 e 134-139.

resolutivas)³⁰. A transferência das participações sociais (e do controlo da empresa), para o adquirente, ocorrerá apenas com a chamada fase de execução, na qual, após a obtenção de um consenso sobre o preenchimento dos requisitos necessários para que se encerre o negócio, as partes procederão ao cumprimento das formalidades necessárias para que haja lugar à produção dos efeitos pretendidos³¹.

Por força da existência destas duas etapas distintas, a primeira relativa à celebração do contrato e a segunda relativa à sua execução, fala-se, neste tipo de operações, de um *two step model*³², apelidando-se, na gíria, a primeira fase de *signing* e a segunda de *closing*³³.

3. A *due diligence* no âmbito dos *share deals*

3.1. Âmbito material e funções

Dissemos, no subcapítulo anterior, que o processo negocial seguido pelas partes, no âmbito de um negócio de transmissão de participações sociais, corresponde a um dos fatores que poderá assumir relevo na qualificação desse mesmo negócio como verdadeira forma de transmissão indireta da empresa. No âmbito desse processo negocial é cada vez mais comum e importante a realização de uma *DD*. É sobre esta etapa do processo de aquisição de uma empresa que nos pronunciaremos agora.

Como refere Fábio Russo³⁴, de um ponto de vista literal, a expressão “*due diligence*” significa, em português, “diligência devida”. No entanto, o sentido que este conceito assume hoje, e, em particular, no âmbito dos *share deals*, é diverso, sendo a *DD* entendida como um processo complexo que visa a recolha e análise de informação

³⁰ Câmara & Brito Bastos, 2011, p. 22, e José Ferreira Gomes, 2022, p. 76.

³¹ Engrácia Antunes, 2008, p. 749.

³² Câmara & Brito Bastos, 2011, pp. 22-23.

³³ Neste sentido, Subramanian & Petrucci, 2021, p. 1411, e Ferreira Gomes, 2022, p. 76. Como refere Engrácia Antunes, 2008, pp. 749-750, no âmbito do *closing*, as partes procedem, frequentemente, à elaboração e assinatura de um *closing document* ou acordo de execução, documento pelo qual reconhecem que estão reunidas as condições para concluírem o negócio e regulam a fase de produção dos efeitos de transmissão da empresa adquirida, tendo em conta as condições estipuladas ao nível do *signing*.

³⁴ Russo, 2011, p. 14.

relativa às diversas dimensões da atividade da sociedade-alvo e ao seu património, permitindo que se execute uma avaliação do objeto do negócio³⁵⁻³⁶.

Uma *DD* pode assumir diversas configurações e modalidades, o que dependerá, desde logo, dos interesses de quem tome a iniciativa de a realizar. No entanto, tendo em conta o objeto desta dissertação, focar-nos-emos essencialmente naquela que corresponde à situação mais comum – a da auditoria promovida pelo comprador (*buyer's DD*) e levada a cabo no período que antecede a celebração do contrato (*preliminary DD*)³⁷.

Enquadrada desta forma, a *DD* pode ser definida, de acordo com Engrácia Antunes³⁸, como “[...] a operação complexa e pré-contratual de exame da empresa negociada, levada a cabo pelo comprador (com a ajuda dos seus colaboradores ou peritos³⁹ [...]), que visa recolher uma informação exaustiva sobre os mais variados aspetos [...] da empresa negociada”.

Assim, a *DD* poderá considerar-se um verdadeiro instrumento de tutela voluntária do adquirente⁴⁰. De facto, é a ideia de proteção do comprador que se encontra subjacente às funções que a doutrina tipicamente associa à realização de uma *DD*.

³⁵ Seguimos, aqui, Jéssica Ferreira, 2018, pp. 195-196. Em sentido próximo, v., também, Gambaro, 2006, p. 898. Como nota Menezes Cordeiro, 2006, p. 448, n. (10), se, do ponto de vista literal a que aludimos, a expressão “*due diligence*” se aproxima do conceito de “gestor criterioso e ordenado” do art. 64.º, n.º 1 do CSC, hoje ela é usada para “[...] significar uma cuidada auditoria da sociedade [...]”. Para isso contribuiu, historicamente, como lembram autores como Russo, 2011, p. 15, ou Ferreira Gomes, 2022, p. 200, o surgimento da chamada “*due diligence defense*” no âmbito do *Securities Act* norte-americano de 1933, e mais especificamente do § 3 da sua *section 11(b)*. De forma muito sumária, esta disposição permite, no âmbito de ações de responsabilidade civil pelo prospeto, o afastamento da responsabilidade dos intermediários financeiros (entre outros sujeitos) pela não divulgação de informações ou pela prestação de informações falsas aos investidores, quando aqueles provem que, após terem conduzido uma “investigação razoável” (*reasonable investigation*) ao emitente de valores mobiliários, tinham fundadas razões para confiar na veracidade e na completude das informações contidas no prospeto. Sobre a evolução histórica do significado do termo *due diligence*, v., também, Lajoux & Elson, 2010, pp. 3-6.

³⁶ Para além da expressão *due diligence*, é comum, na doutrina, a utilização da expressão “auditoria legal” com um sentido próximo, embora não inteiramente coincidente. Autores como Roldão & Teixeira, 2011, pp. 108-109, ou Monteiro Pires, 2018, p. 32, preferem a utilização desta última expressão. No entanto, e apesar de reconhecermos a relevância das precisões apontadas por estes autores, utilizaremos indistintamente as duas expressões para nos referirmos a este processo de obtenção e análise de informação.

³⁷ Monteiro Pires, 2018, p. 32, identifica esta hipótese como uma das mais comuns na prática. No entanto, como lembra Russo, 2011, pp. 18-19, a *DD* poderá também resultar de uma iniciativa do próprio vendedor ou realizar-se num momento temporal posterior ao da celebração do contrato. Quando a *DD* seja levada a cabo após o *signing* (ou, nalgumas situações, mesmo após o *closing*), desempenhará, como aponta Francesco, 2006, p. 898, funções bastante diferentes, podendo a informação nela obtida servir de base, por exemplo, a uma revisão do preço do contrato.

³⁸ Engrácia Antunes, 2008, p. 753.

³⁹ De entre os quais se destacam os advogados.

⁴⁰ Nesse sentido, v. Cunha, 2020, p. 282. A importância da realização de uma *DD*, para efeitos de proteção da posição do comprador, é, no entanto, menor nos sistemas da *Civil Law* do que nos sistemas da *Common Law*, nos quais, na fase pré-contratual, releva o princípio *Caveat Emptor*, como aponta José Ferreira Gomes, 2022, p. 203. De facto, apesar de nos ordenamentos civilísticos se defender também, como veremos melhor *infra*, a existência de um ónus de autoinformação do adquirente em relação ao objeto do negócio, o ponto de partida é o da atuação segundo as regras da boa-fé, da qual decorrem deveres laterais de conduta para o alienante e, em particular, deveres de informação. Já nos ordenamentos da *Common Law*, o princípio *Caveat Emptor* adquire uma outra amplitude, como refere Giacomo Grezzana, 2019, pp. 30-32, uma vez que o ponto de partida é o inverso, ou seja, o vendedor estará sujeito a um dever de informar o comprador apenas em situações excecionais, pelo será ao adquirente que caberá atuar diligentemente no sentido de examinar a coisa que pretende adquirir, não podendo, em regra, responsabilizar o alienante pelos vícios de que a

Seguindo o elenco proposto por Engrácia Antunes⁴¹, destacamos como mais importante a função formativa: a auditoria legal permite às partes, e em especial ao comprador, obterem informação sobre a operação de aquisição em causa, contribuindo para uma correta e livre formação da sua vontade negocial⁴².

No entanto, como lembra Fábio Russo⁴³, a informação recolhida no âmbito de uma *DD* não assume relevo em abstrato, sendo obtida em função de determinadas finalidades concretas, que, reiteramos, serão definidas de acordo com os objetivos de quem tome a iniciativa de a realizar.

De facto, como refere Rita Cunha⁴⁴, ao optar por avançar com uma auditoria legal, o comprador poderá pretender que se efetue um “estudo mais exaustivo” do *target*, ou, pelo contrário, poderá contentar-se com uma “análise mais superficial” (*high level due diligence*), ou até mesmo com a mera identificação das questões mais problemáticas (*red flag due diligence*).

mesma eventualmente padeça e que não tenham sido por ele identificados no âmbito da sua análise. Sobre o princípio *Caveat Emptor*, v., entre outros, McCamus, 2003, pp. 97-119, ou Lee, 2018, pp. 90-93, e, para uma perspetiva comparada entre os ordenamentos da *Civil Law* e da *Common Law* no regime aplicável à formação dos contratos, o clássico artigo de Friedrich Kessler & Edith Fine, 1964, pp. 401-449.

⁴¹ Engrácia Antunes, 2008, p. 753. De acordo com o autor, para além da já referida função formativa, relevam três outras funções: i) uma função garantística, possibilitando que o comprador identifique potenciais vícios ou riscos que afetem a empresa negociada; ii) uma função valorativa, permitindo a análise de informações que influenciem a determinação do preço e; iii) uma função probatória, possibilitando que as partes demonstrem quais os factos e as informações que foram, ou não, revelados no âmbito da auditoria, servindo de ponto de partida para a análise das pretensões que possam eventualmente surgir não só entre as sociedades envolvidas na operação, mas também quanto a questões relativas à sua estrutura interna (destacando-se, por exemplo, os problemas relacionados com a eventual responsabilidade civil dos seus administradores neste contexto). Sobre esta última função, v. também Russo, 2011, pp. 17-18 e Ferreira Gomes, 2022, p. 202.

⁴² Significa isto, de um ponto de vista prático, que os resultados da *DD*, como aponta Soveral Martins, 2017, p. 171, poderão originar, desde logo, quando assumam gravidade suficiente, o “desinteresse” do adquirente, sendo determinantes para a sua decisão de contratar ou de não contratar. No entanto, quando o interesse do adquirente no *target* se mantenha, as questões que surjam por força da *DD* poderão, em alternativa, levar a um atraso na conclusão do negócio, à sua celebração sob condição (de eliminação dos problemas identificados, por exemplo) ou à renegociação do seu conteúdo. Em relação a este último aspeto, destacam-se as cláusulas de declarações e garantias, como apontam Picone, 2004, p. 255, ou Russo, 2010, p. 123. A realização de uma auditoria legal permite, assim, como refere *idem*, 2011, pp. 18-19, que se ultrapasse a assimetria informativa que tipicamente se verifica a favor do alienante, e com prejuízo para o adquirente, no âmbito das operações de aquisição de empresas. Ainda assim, é importante notar que existem situações em que a parte com maiores conhecimentos sobre a empresa poderá ser o adquirente – pense-se, por exemplo, nas situações de *management buy-out*. Sobre esta específica modalidade de aquisição de empresas e, em particular, no âmbito das sociedades cotadas e do Direito norte-americano, v. Lowenstein, 1985, pp. 730-784. Procedendo a uma breve análise desta figura entre nós, v. Engrácia Antunes, 2008, pp. 735-737.

⁴³ Russo, 2011, pp. 16-17.

⁴⁴ Cunha, 2020, p. 289. A delimitação do âmbito da *DD* poderá resultar, entre outros fatores, como aponta a autora, da estrutura e do nível de complexidade da operação, do grau de conhecimento que o adquirente possua já sobre o *target* ou da limitação dos recursos financeiros disponíveis, uma vez que a realização de uma auditoria legal corresponde a um processo dispendioso. Por essa razão, e quando se pretenda que o objeto da *DD* seja mais contido, poder-se-á estabelecer que a informação relativa, por exemplo, a contratos ou a ações judiciais cujo valor seja inferior a um determinado montante de referência fixado (*threshold*), não seja analisada. Para além disso, é também comum a fixação de limites temporais ou materiais (circunscrevendo-se, por exemplo, uma análise sobre os recursos humanos da empresa a um grupo restrito de trabalhadores selecionados com base em critérios pré-definidos) ao âmbito da auditoria, de modo a evitar a análise de toda a informação disponibilizada, o que, em determinadas hipóteses, poderá ser inoportuno. Referindo outros fatores que poderão influenciar a determinação do escopo de uma *DD*, v., também, Lajoux & Elson, 2010, pp. 8-11.

O objeto e o âmbito material da *DD* serão também variáveis de acordo com as circunstâncias de cada hipótese. Ainda assim, na generalidade dos casos é possível identificar um “conteúdo mínimo” de situações que serão, em regra, objeto de análise⁴⁵.

Uma *DD* incluirá, assim, tipicamente: i) uma auditoria financeira, destacando-se, a este nível, a análise dos documentos de prestação de contas do *target*; ii) uma auditoria jurídica, tendo por objeto, entre muitos outros⁴⁶, os aspetos relacionados com a estrutura da sociedade-alvo (nomeadamente os respeitantes à sua constituição, às variações no seu capital social ou à transmissibilidade das suas participações) e com os principais contratos de que esta seja parte; iii) uma auditoria fiscal, que poderá contribuir para uma mais eficiente planificação da operação do ponto de vista tributário⁴⁷.

Esta delimitação em concreto das finalidades e do objeto da *DD*, por parte do adquirente, é vertida, geralmente, num documento inicial – a *checklist*⁴⁸. É também nesta fase introdutória que o vendedor procurará regular o acesso à informação pelos potenciais compradores e pelos seus assessores⁴⁹, podendo, para estes efeitos, haver lugar a um acordo⁵⁰ que envolva não só o adquirente e o alienante das participações sociais, mas também o *target*⁵¹. As informações recolhidas serão tipicamente reunidas pelo vendedor no âmbito de uma *data room*⁵².

Terminada a recolha e a análise de informação, os resultados da auditoria serão vertidos num relatório (*due diligence report*), que, muitas vezes, será acompanhado de um anexo com a lista dos documentos cujo acesso foi disponibilizado ao comprador⁵³. É também comum que, neste âmbito, os autores do relatório incluam uma menção quanto

⁴⁵ Nesta exposição seguiremos Russo, 2011, pp. 19-20, e Jéssica Ferreira, 2018, pp. 198-199.

⁴⁶ Não nos sendo possível identificar, neste trabalho, todas as áreas do Direito e todos os elementos informativos tipicamente analisados no âmbito de uma *legal due diligence*, remetemos para o extenso elenco apresentado por Sherman & Hart, 2006, pp. 69-76. Entre nós, v. Roldão & Teixeira, 2011, pp. 118-125.

⁴⁷ Russo, 2011, p. 20. A estes aspetos, acrescem hoje *DD* sobre outras matérias, como aponta Jéssica Ferreira, 2018, pp. 198-199, destacando-se, como referem Emmerich & Norwitz, 2022, pp. 3 e 4, as *DD* relacionadas com questões de *Environmental Social Governance*.

⁴⁸ Neste sentido, v. Lajoux & Elson, 2010, pp. 6-7 e 16-17, e Soveral Martins, 2017, p. 169.

⁴⁹ Ferreira Gomes, 2022, p. 203. É também frequente a celebração, entre as partes, de acordos de confidencialidade em relação à informação que venha a ser divulgada e de acordos de intenções, como referem Roldão & Teixeira, 2011, p. 114. Note-se que, como apontam os mesmos autores, *ibidem*, p. 118, a regulação do âmbito da *DD* e dos factos que serão objeto da auditoria dependerá também, do equilíbrio da força negocial entre as partes.

⁵⁰ Câmara & Brito Bastos, 2011, pp. 28-29 e Ferreira Gomes, 2022, p. 211. Particularmente importante neste âmbito será, como lembram Lajoux & Elson, 2010, pp. 12-14, a redação das *investigation covenants*, cláusulas que preveem, por um lado, o dever de colaboração do vendedor e do *target* no âmbito do processo de auditoria e, por outro, o correspondente dever de confidencialidade do adquirente em relação à informação obtida.

⁵¹ Como veremos *infra*, no subcapítulo 3.2., o facto de, no âmbito dos *share deals*, o comprador pretender obter informações relativas não ao vendedor mas a uma outra pessoa jurídica (a sociedade-alvo), gera problemas com especificidades próprias ao nível do regime aplicável em matéria de deveres de informação.

⁵² A *data room* poderá ser física ou virtual. Neste último caso, a informação será disponibilizada por via eletrónica (o que é cada vez mais frequente). Para um breve balanço sobre as vantagens e desvantagens das auditorias físicas e das auditorias com *data room* virtual, v. Roldão & Teixeira, 2011, pp. 117-118.

⁵³ Ricci, 2008, pp. 27-28 e Ferreira Gomes, 2022, pp. 204-205. No entanto, como refere Soveral Martins, 2017, p. 171, o relatório final pode ser precedido da apresentação de relatórios preliminares.

à sua responsabilidade pela verificação da completude e da veracidade da informação recebida⁵⁴.

3.2. A prestação de informação no âmbito de uma *due diligence*

Tal como concluímos no subcapítulo anterior, a realização de uma *DD* assume um papel muito relevante na livre e correta formação da vontade negocial do comprador, podendo mesmo considerar-se um instrumento de tutela da sua posição jurídica.

Essa importância torna-se ainda mais clara se se tiver em conta que, no ordenamento jurídico português (e em especial, no âmbito do regime da compra e venda), a doutrina tem entendido que recai sobre cada uma das partes um ónus de autoinformação⁵⁵. Caberá, assim, ao comprador, por via de regra, informar-se diligentemente sobre os aspetos que assumam relevo para a formação da sua vontade negocial.

Isto significa que, para que se considere que o vendedor se encontra obrigado a prestar informações ao comprador, será necessário, desde logo, que se prove que o adquirente cumpriu o seu ónus de autoinformação, ou seja, que fez “[...] tudo o que se encontrava razoavelmente ao seu alcance para se autoinformar [...]”, uma vez que, nesse caso, “[...] a sua ignorância é legítima e o seu estado de desconhecimento merece proteção”⁵⁶.

No entanto, o mero cumprimento do ónus de autoinformação (ou a inexigibilidade do seu cumprimento)⁵⁷ não é suficiente para que se afirme a existência de deveres de

⁵⁴ Como lembra Cunha, 2020, pp. 289-290, atendendo à grande quantidade de informação que é tipicamente recolhida e analisada no âmbito de uma *DD*, fará sentido que se inclua um *disclaimer* identificando as limitações a que a realização da auditoria ficou sujeita, designadamente para acautelar a posição dos peritos (e em especial dos advogados) que elaboraram o relatório em eventuais ações de responsabilidade civil. No entanto, como alerta Ferreira Gomes, 2022, p. 205, existe um dever, por parte dos advogados do comprador, de verificarem se existem falhas na prestação de informação pelo vendedor, pelo que, perante a existência de incongruências e de incongruências, terão a obrigação de pedir esclarecimentos ao vendedor e/ou à sociedade-alvo. É importante acrescentar, a este respeito, que, como nota Teixeira de Abreu, 2013, p. 239, n. (79), os advogados, bem como outros peritos, são especificamente contratados para identificarem problemas relacionados com a empresa a adquirir, pelo que, caso não prestem de forma adequada os serviços que aceitaram realizar, estará em causa uma situação de responsabilidade civil contratual, sendo de aplicar a presunção de culpa do art. 799.º do CC.

⁵⁵ Neste sentido, v., entre outros, Fontes da Costa, 2007, p. 381, e Moreira da Silva, 2010, pp. 25-26. Na jurisprudência destacamos os acórdãos do STJ de 18/10/2016 (processo n.º 4220/06.6TCLRS.L1.S1), em *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXIV (2016), Tomo III, pp. 79-86, e mais recentemente, do TRL de 6/06/2019 (processo n.º 15206/18.8T8LSB.L1-6).

⁵⁶ Citamos Moreira da Silva, 2010, p. 26.

⁵⁷ Como lembra a mesma autora, *loc. cit.*, a exigência de observância do ónus de autoinformação poderá ser afastada em determinadas circunstâncias, tais como a impossibilidade ou a dificuldade séria do “credor da obrigação de informação” em obter os elementos relevantes. Nestes casos, e desde que o comprador tenha adotado um grau de diligência de acordo com o critério do bom pai de família em face das circunstâncias de cada caso (art. 487.º, n.º 2 do CC) para procurar obter as informações de que necessita, a sua ignorância, ainda que não tenha cumprido com o ónus de autoinformação, será legítima, pelo que o vendedor se encontrará sujeito a uma obrigação de informar. Em sentido próximo, Monteiro Pires, 2018, p. 34, faz notar que a extensão do ónus de autoinformação dependerá das circunstâncias de cada caso: se o adquirente não poderá desconhecer informações sobre o mercado que sejam públicas ou notórias, já em relação a elementos sobre o *target* cujo acesso seja mais reservado, poderá não ser possível que se informe pelos seus próprios meios.

informação. Para isso, é necessário que se verifiquem outras circunstâncias que, à luz do princípio da boa-fé, “[...] justifiquem a oneração de uma das partes em benefício da outra no processo negocial [...]”⁵⁸.

Sendo este o enquadramento jurídico geral quanto à questão da prestação de informação no âmbito pré-contratual (afirmando-se, do lado do adquirente, a existência de um ónus de autoinformação e, do lado do alienante, de um dever de informação em determinadas circunstâncias), cabe definir o papel que poderá desempenhar a realização de uma *DD* neste contexto e, em especial, no domínio particular da aquisição de empresas.

A determinação das hipóteses em que se pode afirmar a existência de deveres de informação⁵⁹, e a fixação do seu âmbito em cada caso, são questões sobre as quais é difícil encontrar consensos na doutrina⁶⁰.

No entanto, e acompanhando a exposição de José Ferreira Gomes⁶¹, é possível enumerar algumas linhas de orientação que permitem fundamentar, com maior grau de certeza, a imposição de um dever de informação a uma das partes e delimitar o seu âmbito. O vendedor deverá, assim, informar o comprador quando:

(i) estejam em causa informações que conhece ou deva conhecer (e o adquirente não conheça e não tenha o ónus de conhecer)⁶²;

(ii) conheça (ou deva conhecer) que essas informações assumem carácter essencial para o comprador⁶³ e;

⁵⁸ Ferreira Gomes, 2022, p. 168. Em sentido próximo, v. Câmara & Brito Bastos, 2011, pp. 26-27. Pronunciando-se sobre o tema de forma particularmente clara, Ferreira de Almeida, 2022, p. 218, refere que, existindo uma omissão de informação quanto a circunstâncias que a contraparte ignora, mas que poderia conhecer se atuasse diligentemente, “[...] será necessário algum ingrediente adicional, como, por exemplo, o carácter ardiloso da omissão ou a concomitante violação do dever de lealdade [...]”, para que essa omissão seja desconforme com a boa-fé, e se considere existir um dever pré-contratual de informação.

⁵⁹ Como refere Sinde Monteiro, 1989, p. 359, n. (65), é possível distinguir entre deveres de informação, pelos quais uma das partes se obriga a prestar à outra informações que esta tenha previamente requerido, e deveres de esclarecimento, pelos quais se impõe a uma das partes a transmissão de informações à outra de modo espontâneo. Apesar de não ignorarmos essa distinção, ao longo deste trabalho, referir-nos-emos ao dever de informação com base numa aceção ampla, incluindo, nesse âmbito, o dever de esclarecimento. Seguimos, assim, a posição de, entre outros, Moreira da Silva, 2010, p. 22.

⁶⁰ Apontando para essa falta de consenso, v. Mota Pinto, 2008, p. 1382, n. 3897.

⁶¹ Ferreira Gomes, 2022, pp. 169 e 173-193. A formulação proposta pelo autor segue, a este respeito, o entendimento que se encontra consolidado na jurisprudência alemã.

⁶² É no âmbito do primeiro critério que se torna particularmente clara a importância do ónus de autoinformação a que nos referimos *supra*. Daqui se retira claramente que o vendedor não terá o dever de informar o comprador sobre elementos que este já conheça, ou que poderia conhecer se tivesse atuado diligentemente. Por outro lado, este critério permite também delimitar o âmbito do conteúdo do dever de informação do alienante – o vendedor estará obrigado a transmitir ao comprador os elementos que se encontrem na sua posse ou que tenha a possibilidade (e o dever) de vir a obter. De forma mais desenvolvida sobre a questão da possibilidade de aquisição e transmissão da informação por parte do vendedor, e sobre o dever de uma parte se informar para poder informar a contraparte, v., respetivamente, José Ferreira Gomes, 2022, pp. 175-176, e Moreira da Silva, 2010, pp. 33-36. Analisaremos, de seguida, algumas das principais questões relacionadas com este critério no quadro específico da *DD*.

⁶³ Segundo Câmara & Brito Bastos, 2011, p. 27, n. (40), assumirá, para estes efeitos, carácter essencial a informação “[...] referente a factos cujo conhecimento possa ser determinante da vontade do adquirente celebrar o contrato em determinadas condições ou de se abster dessa celebração [...]”. Como refere Moreira da Silva, 2010, pp. 31-32, destacar-se-ão, a este nível, as informações que possam pôr em causa a realização do fim do contrato, a sua validade ou a sua eficácia.

(iii) sobre esses elementos recaia uma legítima expectativa do comprador de ser informado para efeitos da formação da sua vontade negocial⁶⁴⁻⁶⁵.

Sendo estes, em traços gerais, os pressupostos de que dependerá a afirmação da existência de deveres de informação, importa agora compreender de que forma é que se articulam com as especificidades próprias de uma *DD* realizada no âmbito de um processo negocial de aquisição de uma empresa.

De facto, como já referimos anteriormente, ao contrário do que acontece noutros tipos de negócios, no âmbito dos *share deals*, a informação que o comprador pretenderá obter através da *DD* não estará diretamente relacionada com a esfera do vendedor, mas sim com uma outra pessoa jurídica, a sociedade-alvo, que, por sua vez, não estará sujeita a quaisquer deveres de informação perante o adquirente⁶⁶.

Daqui resulta que, em relação aos elementos de informação detidos pelo *target*, só se poderá afirmar que existe um dever de informação do alienante na medida em que este tenha a possibilidade de aceder a essa mesma informação, porque só nessa hipótese estarão em causa informações que poderia (ou deveria) conhecer e, por isso, estará preenchido o primeiro dos pressupostos que enumerámos. Ao lado desta questão surge uma outra com idêntica relevância prática – a de perceber se, obtida a informação, ela poderá, ou não, ser transmitida pelo vendedor⁶⁷.

Encontrar uma solução para estas questões, com base nas normas gerais de Direito Societário, não se afigura simples. É possível, no entanto, e acompanhando a doutrina, ensaiar uma resposta, ainda que em brevíssimos traços.

⁶⁴ Como aponta Moreira da Silva, 2010, p. 28, podem verificar-se diversos fatores, no âmbito de uma relação negocial, que levem a que se gere num dos contraentes a expectativa de ser informado pelo outro. O carácter legítimo dessa expectativa terá de ser avaliado, uma vez mais, com base na boa-fé e, em particular, no princípio da tutela da confiança. Fundamentando já a imposição de deveres de informação no princípio da confiança, v. Baptista Machado, 1991, em especial p. 363. Sobre a tutela da confiança, de forma mais desenvolvida, v., entre outros, para além da última obra citada, Menezes Cordeiro, 1984, pp. 1234-1251. Note-se, contudo, que os três pressupostos que elencámos deverão ser considerados no quadro de um sistema móvel, como sugere Moreira da Silva, 2010, p. 40, o que significa que a falta de verificação de algum deles poderá ser compensada pelo especial peso assumido por outro ou outros dos restantes. Por essa razão, poder-se-á afirmar, em determinadas situações, a existência de uma obrigação de informar na esfera do vendedor, ainda que não se verifique uma relação de confiança entre as partes. Nessas hipóteses, como refere Ferreira Gomes, 2022, pp. 191-193, os deveres de informação encontrarão o seu fundamento no princípio da autodeterminação. Assim, quando se entenda que, tendo em conta a importância do conhecimento da informação em causa e o custo da sua aquisição para o comprador, a tutela da sua autodeterminação negocial prevalece sobre a liberdade genérica de agir do vendedor, dever-se-á considerar que este se encontra sujeito a uma obrigação de informar o adquirente. Estudando desenvolvidamente os princípios da tutela da confiança e da autodeterminação das partes como fundamentos dos deveres de informação, v. Brito Bastos, 2013, pp. 197-237, e, em especial, sobre a ponderação entre liberdade geral de ação do devedor da informação e autodeterminação do credor da informação, pp. 234-237.

⁶⁵ Autoras como Fontes da Costa, 2007, p. 383, ou Moreira da Silva, 2010, pp. 37-40, acrescentam a estes três pressupostos um outro – o da exigibilidade da divulgação da informação detida pela parte informada. Tal transmissão poderá não ser exigível quando possa violar direitos de personalidade ou deveres de segredo, bem como quando a informação em causa tenha sido obtida pela parte informada através do emprego de uma diligência extraordinária.

⁶⁶ Neste sentido, v., entre outros, Câmara & Brito Bastos, 2011, p. 28, Soveral Martins, 2017, p. 165, ou Ferreira, 2018, p. 203.

⁶⁷ Seguiremos, quanto a estas matérias, a exposição de Ferreira Gomes, 2022, pp. 179-189.

No que respeita à questão da possibilidade de acesso, por parte do vendedor, às informações detidas pelo *target*, haverá que procurar determinar que elementos poderão, ou não, ser por ele obtidos através do exercício do seu direito à informação enquanto sócio da sociedade-alvo⁶⁸. Já quanto a saber se, uma vez obtida a informação pretendida, o alienante a poderá transmitir ao adquirente, concordamos com José Ferreira Gomes quando aponta que tal dependerá de uma ponderação que deverá ser realizada, com base no princípio da proporcionalidade, entre o interesse da sociedade na confidencialidade da informação e a prossecução de outras manifestações do interesse social na transmissão das informações que sejam necessárias para o potencial comprador⁶⁹.

Se esta é a solução que decorre da aplicação das normas gerais, na prática, atendendo, entre outros fatores, à complexidade deste regime, é comum, ao nível destas operações, a existência de um acordo entre vendedor, comprador e sociedade-alvo, pelo qual se regulam não só os meios pelos quais o alienante e o adquirente poderão aceder à informação do *target*, como também a própria extensão da informação que poderá ser transmitida ao comprador⁷⁰. Para além disso, será também frequente, neste âmbito, a

⁶⁸ Neste sentido, Monteiro Pires, 2018, pp. 46-62, e Ferreira Gomes, 2022, pp. 180-186 e, em especial, pp. 183-185. Assim, particularmente relevante para determinar se a informação requerida pelo sócio vendedor estará, ou não, na sua disponibilidade e se, conseqüentemente, recairá sobre ele um dever de informação, será verificar se, em relação a esses elementos, se verifica algum dos fundamentos que possibilitem que a administração da sociedade-alvo recuse a sua prestação. Sobre esta matéria v., além do disposto nos arts. 215.º, n.º 1 e 291.º, n.º 4 do CSC, Pinheiro Torres, 1998, pp. 217-240, e, mais recentemente, Menezes Cordeiro & Alves Leal, 2022, pp. 762-767, e Menezes Cordeiro & Perestrelo de Oliveira, 2022, pp. 1013-1015. Na jurisprudência, v., mais recentemente, entre outros, os acórdãos do STJ de 02/04/2019 (processo n.º 304/16.0T8LRA.C1.S1) e do TRE de 30/06/2021 (processo n.º 74/20.8T8SRP-A.E1). Quer o art. 215.º, quer o art. 291.º, n.º 4, possibilitam a recusa da prestação de informações ao sócio quando for de recear que este as utilizará para fins estranhos à sociedade. No entanto, como lembra Ferreira Gomes, 2022, pp. 184-185, a transmissão da informação pelo sócio a potenciais compradores não deve ser entendida, em si mesma, como um uso para um fim estranho à sociedade, devendo sempre haver lugar a uma ponderação em concreto. Aliás, lembrando que será difícil existirem interessados que aceitem adquirir uma participação social sem que, previamente, lhes seja concedido acesso a determinados elementos, o autor faz notar que a adoção de um entendimento diverso equivaleria a impor aos sócios como que um “bloqueio de facto” desproporcional à transmissibilidade das suas participações. Em sentido próximo, v. Tombari, 2008, pp. 72-73.

⁶⁹ Ferreira Gomes, 2022, p. 187. Por isso, como refere o autor, *loc. cit.*, n. (548), o sócio não deverá transmitir aos potenciais adquirentes informação que não seja estritamente necessária para a avaliação da sociedade-alvo e das participações sociais no âmbito do negócio projetado.

⁷⁰ Câmara & Brito Bastos, 2011, pp. 28 e 29, e Ferreira Gomes, 2022, pp. 187-188 e 211-212. Tipicamente, a informação cuja prestação é devida ao abrigo dos deveres de informação acaba por ser divulgada ao adquirente no âmbito da *DD*. Sucede que, como aponta o último autor referido, *ibidem*, p. 188, a informação prestada ao nível de uma *DD* “[...] vai muito além da que o sócio está obrigado a prestar *ex bona fide* tanto em extensão como em densidade”. Por isso mesmo é que poderá ser necessário que haja lugar a um acordo entre as partes envolvidas que permita ultrapassar as limitações legais em matéria de acesso à informação.

estipulação de cláusulas de confidencialidade e de um regime que permita acautelar a posição do *target*, em caso de rutura das negociações⁷¹⁻⁷².

Por outro lado, existindo uma relação de grupo⁷³ entre a sociedade vendedora e a sociedade-alvo, aquela não estará sujeita aos constrangimentos legais estabelecidos pelo CSC quanto à prestação de informações aos sócios⁷⁴, podendo mesmo, aliás, emitir instruções vinculativas à administração desta para que colabore no processo de venda, divulgando todos os elementos necessários⁷⁵. Significa isto que, nestes casos, o acesso à informação levantará menos dificuldades.

No que respeita à aplicação do segundo pressuposto – relativo ao carácter essencial da informação e à cognoscibilidade dessa essencialidade pelo vendedor – levanta-se uma outra questão: a de determinar que influência poderá assumir a *checklist* do adquirente na delimitação dos elementos informativos que lhe terão de ser prestados no âmbito da *DD*.

A não ser que as partes, por acordo, determinem que só assumirão relevo as informações devidamente identificadas pelo comprador ao nível da *checklist*,

⁷¹ A propósito da tutela da posição do *target* na fase negocial, cabe realçar a posição de Monteiro Pires, 2018, pp. 56-57, que defende que o envolvimento da administração da sociedade-alvo no âmbito de uma *DD* exigirá que se tenha já verificado um certo grau de evolução das negociações entre comprador e vendedor. A autora refere-se à existência de acordos preliminares, como cartas de intenções, sobretudo quando associados ao pagamento de uma *break up fee* em caso de rutura das negociações, como exemplos de manifestações da existência de um propósito negocial firme da parte do adquirente e, nessa medida, da tal evolução ao nível das negociações que permitirá que se fundamente juridicamente a colaboração da administração da sociedade-alvo no processo de aquisição.

⁷² Caberá aos administradores do *target* decidir sobre a colaboração da sociedade que gerem no âmbito da *DD* promovida pelo adquirente. Essa decisão dependerá, como apontam Câmara & Brito Bastos, 2011, pp. 31-35, de “[...] um juízo casuístico de ponderação entre as imposições de sigilo e o dever de prossecução de outras manifestações do interesse social [...]”. Defendem, por isso, que a transmissão das informações, pela administração do *target* ao adquirente, poderá ser: i) proibida; ii) permitida; ou até mesmo iii) imposta pelo interesse social da sociedade-alvo. Assim, os autores referem que, caso não estejam “[...] reunidas condições que assegurem a probabilidade da concretização da transação e que acautelem a realização de abusos [...]”, a transmissão da informação deverá ser negada. Elencando e analisando alguns dos fatores que deverão ser tidos em conta pela administração do *target* na tomada desta decisão, v. Picone, 2004, pp. 259-261. Por outro lado, importa assinalar, e acompanhando ainda Câmara & Brito Bastos, *loc. cit.*, que poderão existir situações em que o interesse social poderá impor a transmissão de informação por parte do *target*: pense-se, por exemplo, nas hipóteses em que a operação de aquisição seja essencial para capitalizar a sociedade-alvo e, desse modo, garantir a sua subsistência. Sobre o papel da administração do *target*, no período que antecede a venda das participações da sociedade, v., também Botelho, 2018, pp. 33-48.

⁷³ No âmbito do CSC português, a relação de grupo pode constituir-se quando exista uma situação de domínio total (arts. 488.º a 490.º), um contrato de grupo paritário (art. 492.º) ou um contrato de subordinação (arts. 493.º e ss.). Note-se que o regime aplicável ao contrato de subordinação (onde se inclui o direito de dar instruções desvantajosas à sociedade subordinada, previsto no art. 503.º) vale também, com as necessárias adaptações, para os grupos constituídos por domínio total, por força da remissão operada pelo art. 491.º do CSC.

⁷⁴ Neste sentido, Engrácia Antunes, 2002, pp. 724-725, n. (1405). Em sentido próximo, Monteiro Pires, 2018, pp. 52-53.

⁷⁵ Neste sentido, v. Russo, 2011, p. 20, e Ferreira Gomes, 2022, pp. 182-183 e 210. Note-se, contudo, que, como lembra o último autor, *ibidem*, p. 210, caberá à administração do *target* a avaliação da licitude das instruções emitidas, conforme resulta de uma interpretação *a contrariu sensu* do disposto no art. 504.º, n.º 3 do CSC (sobre esta última disposição legal, v., desenvolvidamente, Engrácia Antunes, 2002, pp. 754-758). Idêntico raciocínio valerá para os casos em que, tratando-se a sociedade-alvo de uma sociedade por quotas, sejam emitidas instruções aos seus gerentes com base no disposto no art. 259.º do CSC (sendo que, nestas hipóteses, bastará que o sócio alienante disponha de maioria para o efeito, não sendo necessário que exista uma relação de grupo).

entendemos que, na delimitação dos elementos que deverão ser divulgados pelo vendedor, se deverá atender aos critérios gerais que elencámos *supra*, não se podendo, assim, excluir, à partida, o dever de informação do alienante em relação aos aspetos que não tenham sido referidos nesse documento⁷⁶.

4. A *due diligence* e o dever de cuidado da administração da sociedade adquirente

Como tivemos já a oportunidade de referir anteriormente⁷⁷, a realização de uma *DD* desempenha, do ponto de vista da tutela da posição da sociedade adquirente, funções de grande relevo no âmbito do processo negocial de aquisição de uma empresa, contribuindo de forma essencial para a modelação do conteúdo do negócio e podendo mesmo ser determinante para a decisão de celebrar, ou não, o contrato.

Tendo isto em consideração, e sabendo que a realização de uma auditoria legal é uma etapa cada vez mais comum no quadro das operações de transmissão de empresas, poder-se-á questionar se os administradores da sociedade adquirente estarão sujeitos a uma verdadeira obrigação de promover a realização de uma *DD* neste contexto, decorrendo essa obrigação do dever geral de cuidado que sobre eles impende.

O dever geral de cuidado encontra consagração legal, no nosso ordenamento jurídico, na al. a) do n.º 1 do art. 64.º do CSC⁷⁸, impondo, como refere Coutinho de Abreu, que os administradores apliquem “[...] nas atividades de organização, decisão e controlo societários o tempo, esforço e conhecimento requeridos pela natureza das funções, as competências específicas e as circunstâncias”⁷⁹.

⁷⁶ Seguimos a perspetiva de Monteiro Pires, 2018, p. 43, e de Câmara & Brito Bastos, 2011, p. 27, n. (40). Estes últimos autores relembram que a principal finalidade da *checklist* é a de proceder a uma enumeração dos aspetos em que “[...] se encontra um maior risco de verificação de contingências depreciativas do valor da empresa adquirida [...]”, o que significa que tanto poderão estar em causa elementos essenciais para a decisão do comprador de contratar como elementos que não revistam essa importância. Logo, caso o alienante tenha conhecimento de factos não referidos pelo adquirente na *checklist*, mas que possam ser essenciais para a sua decisão de contratar, deverá revelá-los ao comprador. Por essa razão, não podemos concordar com Russo, 2011, p. 21, e Ferreira, 2018, p. 201, que sustentam que, através da *checklist*, o comprador indica as informações relevantes para a sua decisão de contratar e afasta a relevância, para efeitos dessa mesma decisão, de tudo o que não tenha sido incluído nesse documento.

⁷⁷ V., em especial, *supra*, capítulo 3.1.

⁷⁸ A atual redação do art. 64.º, n.º 1 do CSC tem origem na reforma levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março. Foi com este diploma que se acolheu de forma expressa, no Direito Societário português, a contraposição entre deveres de cuidado e deveres de lealdade, o que resulta como lembram Menezes Cordeiro, 2006, pp. 478-479 ou Ramos, 2008, pp. 614-615, da influência dos sistemas jurídicos da *Common Law*. Um dos principais eixos desta reforma, como apontou a CMVM, 2006, foi precisamente a “[...] densificação do conteúdo dos deveres fundamentais dos administradores, para permitir uma sindicabilidade mais apurada do seu desempenho”.

⁷⁹ Coutinho de Abreu, 2007, p. 19. A lei enumera, como manifestações dos deveres de cuidado dos administradores, a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções. No entanto, e como refere o mesmo autor, *ibidem*, p. 20, trata-se de um “elenco imperfeito”, na medida em que existem outras manifestações deste dever que poderão ser autonomizadas.

Contudo, e atendendo ao carácter genérico do enunciado legal, torna-se necessária uma operação de “redução dogmática”⁸⁰ que permita a sua concretização em manifestações específicas e, conseqüentemente, a sua operacionalização prática⁸¹.

Nesse sentido, são diversas as formulações da doutrina a respeito da concretização do dever geral de cuidado. Entendemos, no entanto, e acompanhando Bruno Ferreira, que tais manifestações concretas poderão ser, essencialmente, reconduzidas a duas categorias. O autor distingue, assim, os deveres que respeitam à tomada de decisões de gestão dos deveres que se relacionam com o mero acompanhamento da atividade da sociedade⁸².

No quadro específico da aquisição de empresas, a doutrina tem assinalado que os deveres de cuidado assumem especial importância, uma vez que, em regra, estarão em causa operações que implicam investimentos de relevo por parte da sociedade e às quais se associam riscos de ordem diversa⁸³. A este propósito, destacar-se-á, em particular, a primeira das categorias referidas *supra*, ou seja, a dos deveres relativos à tomada de decisões de gestão pela administração e, em concreto, o dever de preparação adequada das decisões de gestão.

O conteúdo do dever de cuidado da administração, neste contexto, traduzir-se-á, essencialmente, na obrigação de obter a informação necessária para possibilitar a tomada de uma decisão razoável⁸⁴, o que, em concreto, como refere a doutrina, poderá corresponder à “preparação de estudos adequados” ou ao “recurso a consultores [...] para consolidação, preparação e tratamento da informação disponível [...]”⁸⁵.

É neste contexto que a decisão de realizar, ou não, uma *DD* e a definição do seu âmbito e profundidade, se liga com a matéria do dever de cuidado, uma vez que, no plano da aquisição de empresas, o modo típico de obtenção de informação sobre o *target* – etapa, como vimos, fundamental, para a preparação da decisão de celebração do negócio pela administração – corresponde à realização de uma *DD*⁸⁶.

⁸⁰ A expressão é de Bruno Ferreira, 2008, p. 29.

⁸¹ Neste sentido, além do último autor citado, v., entre outros, Coutinho de Abreu, 2007, pp. 19-20, e Ricardo Costa, 2011, pp. 167-170.

⁸² Bruno Ferreira, 2008, pp. 29-30. No primeiro grupo incluem-se os deveres de preparação adequada das decisões de gestão, de tomar decisões de gestão racionais e de tomar decisões de gestão razoáveis, enquanto no segundo se incluem os deveres de vigilância e investigação e o dever de disponibilidade. Para uma classificação distinta, ainda que próxima, v., entre outros, Coutinho de Abreu, 2007, p. 20, que distingue entre o dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional, o dever de atuação procedimentalmente correta (para a tomada de decisões) e o dever de tomar decisões substancialmente razoáveis, ou Engrácia Antunes, 2023, pp. 346-347, que distingue entre obrigações de acompanhamento e vigilância da gestão quotidiana dos negócios sociais, de exame e averiguação de circunstâncias ou factos relevantes para a gestão social e de observância de processos adequados tendentes à tomada de decisões.

⁸³ Câmara & Brito Bastos, 2011, pp. 17-18 e 30-31, e Jéssica Ferreira, 2018, p. 199.

⁸⁴ Coutinho de Abreu, 2007, p. 20, e Costa, 2011, p. 169.

⁸⁵ Citamos Bruno Ferreira, 2008, p. 42. Em sentido próximo, Gambaro, 2006, p. 915.

⁸⁶ Neste sentido, por todos, Câmara & Brito Bastos, 2011, p. 30.

A importância da realização de uma *DD* para a tutela do adquirente não se limita, contudo, ao plano da preparação e da formação do negócio. Na verdade, para além de uma função preventiva, a realização de uma auditoria legal poderá contribuir, parecidos, para modelar a aplicação dos regimes que poderão ser convocados pelo comprador, numa perspetiva reativa, quando sofra danos no âmbito do processo negocial ou mesmo após a celebração do contrato⁸⁷.

No capítulo anterior referimo-nos à existência de um ónus de autoinformação do adquirente, de cujo cumprimento dependeria, em regra, a possibilidade de se afirmar a existência de deveres de informação na esfera da contraparte. Muito embora, no contexto de um *share deal*, a ausência de uma auditoria legal não permita afastar, desde logo, a responsabilidade do alienante pela prestação de informações⁸⁸, será bastante mais difícil provar o cumprimento desse mesmo ónus quando não haja lugar à realização de uma *DD*.

Com efeito, a *DD* desempenha também uma função probatória, permitindo a determinação, por um lado, das informações que tenham sido solicitadas pelo adquirente no cumprimento do seu ónus de autoinformação (assumindo, aqui, particular relevo a leitura da *checklist*) e, por outro, das informações que foram efetivamente prestadas pelo alienante (destacando-se, neste âmbito, o relatório da auditoria e, em especial, a lista de documentação disponibilizada na *data room*)⁸⁹.

Encontrando-se corretamente documentados os “fluxos informativos pré-contratuais”⁹⁰ entre as partes envolvidas na operação, será também mais fácil determinar o âmbito concreto dos deveres pré-contratuais de informação do alienante⁹¹

⁸⁷ Como refere Ferreira Gomes, 2022, p. 203, “[a] *due diligence* constitui [...] ponto de partida para a análise, cumprimento ou defesa contra pretensões entre as partes”.

⁸⁸ Encontrando os deveres de informação a sua fonte na boa-fé, existirão hipóteses em que se poderá considerar, perante as especificidades da situação *sub judice*, que, apesar de não se ter realizado qualquer auditoria legal, o vendedor estará, ainda assim, obrigado a prestar determinadas informações ao comprador. Seguimos, assim, a posição de Catarina Monteiro Pires, 2018, p. 37, e afastamo-nos, por isso, da posição de Câmara & Brito Bastos, 2011, p. 29, que defendem a equiparação do desconhecimento de determinados aspetos da empresa negociada ao conhecimento efetivo desses mesmos aspetos, quando essa situação de desconhecimento se fique a dever à não realização de uma *DD*.

⁸⁹ Neste sentido, v. Russo, 2011, pp. 17-18, e Ferreira Gomes, 2022, pp. 202-203.

⁹⁰ A expressão é de Engrácia Antunes, 2008, p. 753.

⁹¹ Podendo afirmar-se, juntamente com Russo, 2011, pp. 22-23, que o dever de informação pré-contratual se intensificará em relação a tudo o que esteja relacionado, ainda que indiretamente, com o objeto da *DD*.

e, consequentemente, responsabilizá-lo com fundamento em *culpa in contrahendo*⁹², caso se verifique o incumprimento desses mesmos deveres⁹³.

Um outro regime cuja aplicação é tipicamente equacionada pela doutrina no âmbito das operações de aquisição de empresas é o da compra e venda de bens onerados e coisas defeituosas⁹⁴⁻⁹⁵. Através da realização de uma *DD* permite-se que o comprador obtenha, precisamente, conhecimento sobre os vícios de que poderá padecer a empresa que pretende adquirir⁹⁶.

Daqui decorre que, aceitando o comprador celebrar o contrato após a conclusão de uma auditoria, não poderá vir a responsabilizar, posteriormente, o vendedor pelos ónus ou defeitos que tenham sido descobertos no seu âmbito, pelo que se poderia afirmar que,

⁹² No específico contexto das operações de aquisição de empresas, e, em particular, no que respeita à fase pré-contratual – momento no qual a *DD* tem geralmente lugar – a *culpa in contrahendo* será geralmente convocada para dar resposta a situações de violação de deveres de informação. No entanto, atendendo ao facto de que o regime da compra e venda de bens onerados e de coisa defeituosa, a que nos referiremos de seguida, oferece um leque de meios de reação mais alargado ao comprador, a aplicação da *culpa in contrahendo*, no âmbito dos *share deals*, terá um carácter essencialmente complementar, assumindo relevo, como apontam Pinto Monteiro & Mota Pinto, 2009, p. 720, quando, por alguma razão, não se possa aplicar aquele regime ou, como refere Engrácia Antunes, 2008, p. 778, quando o mesmo não assegure proteção adequada ao adquirente. Sobre a responsabilidade pré-contratual em geral, no ordenamento jurídico português, v., entre outros, as obras de Ana Prata, 1991, *passim*, ou, mais recentemente, de Ferreira de Almeida, 2022, pp. 205-236.

⁹³ Como já referimos, os deveres de informação não se esgotam nos elementos que tenham sido transmitidos entre as partes no âmbito da *DD* – a boa-fé pode exigir que o alienante esclareça o adquirente sobre aspetos não abrangidos pelo âmbito da auditoria.

⁹⁴ Este regime encontra acolhimento legal, em Portugal, nos arts. 905.º a 922.º do CC. Historicamente, autores como Antunes Varela, 1993, pp. 285-288 e 311-312, ou Almeida Costa, 1993, pp. 150-152, afastavam a possibilidade de aplicação deste regime aos *share deals*, considerando que, no âmbito dos negócios de transmissão de participações sociais, caso se verificasse algum vício na esfera da empresa detida pelo *target*, tal situação poderia apenas ser enquadrada no âmbito dos regimes da *culpa in contrahendo* ou dos vícios da vontade (em particular, do erro sobre a base do negócio). Esta posição baseava-se na leitura adotada pelas primeiras decisões jurisprudenciais sobre esta matéria na Alemanha, que viria, mais tarde, a ser abandonada, acabando os tribunais superiores deste país por reconhecer a equiparação entre transmissão direta e indireta da empresa – v., a este propósito, Nogueira Serens, 2016, pp. 57-58. Hoje, contudo, o consenso na doutrina, como apontámos *supra* no subcapítulo 2.1., é no sentido de estabelecer uma equiparação entre transmissão direta e indireta da empresa, defendendo-se, por isso, a aplicação do regime da garantia edilícia aos *share deals*, ainda que os vícios incidam não sobre o seu objeto direto (as participações sociais) mas sobre o seu objeto indireto (a empresa). Neste sentido, v., entre outros, Engrácia Antunes, 2008, pp. 779-781, Pinto Monteiro & Mota Pinto, 2009, pp. 720-722, ou José Ferreira Gomes, 2022, pp. 483-486.

⁹⁵ A aplicação, em concreto, das disposições legais relevantes às operações de transmissão indireta de empresas dependerá, como lembra Monteiro Pires, 2018, pp. 98-99, das circunstâncias de cada caso, assumindo relevo o regime da compra e venda de coisas defeituosas, quando se verifique um vício de facto na empresa detida pelo *target*, e o regime da compra e venda de bens onerados caso esteja em causa um vício de direito. O mesmo raciocínio será de aplicar, como aponta Engrácia Antunes, 2008, p. 779, aos ónus ou defeitos que afetem as próprias participações sociais em si mesmas (o autor dá como exemplo as hipóteses em que os próprios títulos de ações se encontram danificados ou em que a informação deles constante não corresponde com o disposto nos estatutos sociais).

⁹⁶ Para efeitos da aplicação deste regime no contexto da aquisição de empresas, serão apenas relevantes os vícios que, nas palavras de Romano Martínez & Soares Pereira, 2022, p. 64, tenham implicações “no valor, posição no mercado ou funcionalidade” da empresa como um todo. Significa isto que, em regra, não se poderão ter em conta os vícios que afetem apenas elementos individualmente considerados do estabelecimento, a não ser que os ónus ou defeitos que afetem tais elementos se projetem sobre a unidade a que corresponde a empresa afetando a sua “atividade, aviamento ou valor globais”, tal como refere Engrácia Antunes, 2008, p. 777, n. (136). Exemplos tipicamente apontados neste âmbito correspondem à existência de defeitos materiais ou de ónus ou encargos sobre determinados equipamentos ou sobre as instalações da empresa bem como à falta de licenças ou de autorizações administrativas – v., a este propósito, por todos, Ferreira Gomes, 2022, pp. 480-482.

afinal, a realização de uma *DD* levaria a um enfraquecimento da posição jurídica do adquirente⁹⁷.

Contudo, se é verdade que não se poderá responsabilizar o alienante pelos vícios que tenham sido revelados no decurso da auditoria⁹⁸, parece-nos que, no que respeita aos ónus ou defeitos que não tenham sido descobertos, a realização de uma *DD* poderá acabar por facilitar a aplicação deste regime.

Com efeito, através da descrição completa da situação do *target* e da empresa por ele detida, tipicamente incluída no relatório final da *DD*, será possível determinar, de forma mais clara, as qualidades que a empresa possuía no momento da sua transmissão e que foram aceites pelas partes, sendo que, como aponta Fábio Russo, “[...] uma vez obtido o acordo contratual sobre o que a coisa deve ser, mais facilmente se demonstrará a divergência desse *dever ser* face ao que ela efetivamente é”⁹⁹.

Concluída esta breve referência a alguns dos regimes tipicamente convocados para proteger o adquirente, no quadro dos *share deals*, e à sua relação com a *DD*, poderíamos inclinar-nos para responder afirmativamente à questão que colocámos no início deste capítulo.

Parece-nos, contudo, que seria precipitado defender, em geral, que a administração da sociedade adquirente teria, necessariamente, por força dos deveres de cuidado que sobre ela impendem, a obrigação de realizar uma *DD* antes de decidir sobre a aquisição de qualquer empresa.

Na verdade, conforme refere a doutrina, determinar se um administrador atuou com o cuidado que lhe era exigido por lei no âmbito da tomada de uma decisão é algo que só é possível atendendo às circunstâncias de cada caso e, em particular, a fatores como a natureza e a importância da decisão em causa, o tempo disponível para a tomar,

⁹⁷ V., neste sentido, entre outros, Soveral Martins, 2017, pp. 165-166, Russo, 2011, p. 24, ou Jéssica Ferreira, 2018, pp. 199-200. De facto, como aponta Calvão da Silva, 1999, pp. 191-192, “[...] o vício *conhecido* do comprador no momento da conclusão do contrato exclui a garantia, em virtude de estar convenientemente elucidado e ter aceiteado a coisa defeituosa com conhecimento de causa [...]” (sublinhado do autor). Em sentido próximo, v., também, Mota Pinto, 2000, pp. 245-247.

⁹⁸ Em relação a estes vícios, a proteção da posição do adquirente terá de ser, necessariamente, promovida através de uma via preventiva. De facto, encontrando-se identificadas as principais contingências que afetam a empresa, o adquirente poderá, no quadro da negociação, exigir ao alienante a prestação de garantias específicas ou a redução do preço de transmissão, sendo que, em último caso, terá sempre a possibilidade de decidir não celebrar o contrato, se entender que as suas pretensões não se encontram adequadamente satisfeitas.

⁹⁹ Russo, 2011, pp. 22-23. O sublinhado é do autor. No mesmo sentido, v., de forma clara, o acórdão do TRL de 24/04/2019 (processo n.º 32179/16.4T8LSB.L1-2): “A elaboração de uma *due diligence* tende a majorar a responsabilidade do vendedor. Existindo um documento que contém as características da sociedade, de forma detalhada, será mais fácil para o comprador demonstrar, posteriormente, uma eventual desconformidade entre o objecto acordado e aquele que foi efectivamente entregue”. A este propósito cabe também notar que, como tivemos já a oportunidade de apontar *supra*, no capítulo 3.1., a realização da *DD* permitirá aprimorar a redação das cláusulas de declarações e garantias, oferecendo, deste modo, ao adquirente um outro meio de reação caso se verifique a existência de vícios na empresa – a responsabilidade do alienante por violação de garantias. Sobre esta matéria em particular, v., em Portugal, Monteiro Pires, 2018, pp. 109-112, e Ferreira Gomes, 2022, pp. 463-466 e, no Direito inglês, Beatson, 2002, pp. 138-140.

e os custos associados à obtenção das informações que poderiam assumir relevo nesse contexto¹⁰⁰.

Nessa medida, existirão situações em que não será necessária a realização de uma *DD* para que se considerem cumpridos os deveres de cuidado dos administradores no âmbito da fase negocial de um *share deal*. De facto, a auditoria legal corresponde tipicamente a um processo dispendioso para quem a promove, podendo, em si mesma, representar um investimento significativo para o comprador, num momento em que não possui ainda certezas sobre se efetivamente procederá, ou não, à aquisição do *target*¹⁰¹.

Por essa razão, estando em causa uma operação de aquisição à qual se associe um grau de risco menor¹⁰², seja pela sua inerente simplicidade¹⁰³, seja pelo facto de a administração da sociedade adquirente possuir já um grau adequado de informação em relação ao *target* para tomar uma decisão, poderá considerar-se legítima a opção de avançar para a celebração do negócio sem que se realize uma auditoria prévia¹⁰⁴.

A análise da atuação dos administradores será, reiteramo-lo, necessariamente casuística, não se podendo, por isso, afirmar que, no ordenamento jurídico português, o dever geral de cuidado impõe a realização de uma *DD* em qualquer operação de aquisição de uma empresa¹⁰⁵. Nas palavras de Catarina Monteiro Pires, “[...] a administração *pode* ter o dever de realizar uma *due diligence* ou *pode não ter*: esta é uma conclusão que só pode ser extraída perante o caso concreto”¹⁰⁶.

De todo o modo, parece-nos evidente que, nas hipóteses em que a sociedade venha a sofrer danos no contexto da aquisição de uma empresa, a realização de uma auditoria legal por parte da administração será um dos principais fatores a ter em conta na apreciação da sua atuação, designadamente para efeitos da aplicação do disposto no n.º 2 do art. 72.º do CSC.

Esta norma acolhe, no âmbito do Direito positivo português, a *business judgment rule*, permitindo aos administradores afastarem a sua responsabilidade civil, perante a

¹⁰⁰ Neste sentido, v., entre outros, Coutinho de Abreu, 2007, p. 20 e Costa, 2011, p. 168.

¹⁰¹ Realçando esta questão, Roldão & Teixeira, 2011, p. 111.

¹⁰² Referindo expressamente que a liberdade de decisão da administração, quanto à promoção, ou não, de uma *DD* estará diretamente relacionada com o grau de risco concreto da operação, v. Monteiro Pires, 2018, p. 45.

¹⁰³ É importante notar que a simplicidade da operação não estará, necessariamente, associada com a maior ou menor dimensão do *target*, uma vez que, como lembram Roldão & Teixeira, 2011, p. 112, enquanto que as empresas de maior dimensão se encontram, em geral, sujeitas a um controlo e fiscalização mais exigentes, as empresas mais pequenas encontram-se, geralmente, mais “fechadas” sobre si mesmas (destacando-se, neste âmbito, o risco de existirem situações de mistura de patrimónios entre a sociedade e os seus sócios).

¹⁰⁴ Neste sentido, v. Câmara & Brito Bastos, 2011, pp. 30-31 e Cunha, 2020, pp. 287-288. Como aponta esta autora, mesmo em hipóteses em que a realização de uma *DD* se justificaria em abstrato, não sendo possível proceder a tal realização em tempo útil, poderá considerar-se que, de modo a aproveitar uma dada oportunidade de negócio, fará mais sentido avançar desde logo para a aquisição da empresa pretendida, ainda que com um grau de informação inferior ao que seria ideal.

¹⁰⁵ Neste sentido, Monteiro Pires, 2018, pp. 45-46 e Cunha, 2020, pp. 287-288.

¹⁰⁶ Monteiro Pires, 2018, pp. 45-46 (o sublinhado é da autora). A resposta a esta questão dependerá, como lembra a autora, da determinação daquela que seria a conduta de um “gestor criterioso e ordenado” naquelas circunstâncias.

sociedade, pelos danos que esta tenha sofrido, quando provem que atuaram em termos informados, livres de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial¹⁰⁷.

No que respeita a esta questão, assumirá relevo, uma vez mais, a já mencionada função probatória da *DD*. De facto, nos casos em que a administração opte pela realização de uma auditoria legal, será bastante mais simples demonstrar que foram adotadas as medidas necessárias para obter todos os elementos adequados para a tomada da decisão de gestão, cumprindo, desse modo, com os seus deveres de cuidado.

Assim, poderão os administradores, nestas hipóteses, alegar, por um lado, que cumpriram o primeiro dos pressupostos de aplicação do n.º 2 do art. 72.º do CSC¹⁰⁸, ou seja, que atuaram em termos informados, e, por outro, poderão mesmo afastar completamente a sua responsabilidade, perante a sociedade, pelos danos ou prejuízos que resultem da celebração do *share deal*, desde que provem que os demais pressupostos da *business judgment rule* se encontram também preenchidos¹⁰⁹.

5. A qualificação jurídica da *due diligence*

Concluímos, no capítulo anterior, que o dever geral de cuidado não impõe que a administração de uma sociedade que pretenda adquirir uma empresa promova sempre a realização de uma *DD* antes da celebração do negócio, dependendo essa apreciação das circunstâncias de cada caso.

Contudo, e no que respeita à posição jurídica da própria sociedade adquirente, a doutrina e a jurisprudência têm defendido que existe um verdadeiro ónus de realização de uma auditoria legal à sociedade-alvo, desde que a mesma ou o vendedor consintam na sua realização¹¹⁰. Trata-se, no entanto, de um entendimento que não acompanhamos.

¹⁰⁷ A *business judgment rule* corresponde a uma criação jurisprudencial norte-americana, assumindo, no quadro desse ordenamento jurídico, diferentes configurações, como aponta Bruno Ferreira, 2008, p. 19. Em Portugal, esta figura foi acolhida como causa de exclusão da responsabilidade dos administradores, conforme decorre da leitura do já citado n.º 2 do art. 72.º do CSC. A finalidade desta norma, como lembram, entre outros, Carneiro da Frada, 2007, pp. 181-182, e Costa, 2007b, pp. 53-56, foi proteger a inovação, a criatividade e a disponibilidade para o risco dos administradores das sociedades que são inerentes às decisões empresariais, impedindo-se, assim, os tribunais de exercerem um “controlo judicial *ex post*” do mérito dessas mesmas decisões. Sendo estes os motivos que justificam o acolhimento da *business judgment rule* no nosso ordenamento jurídico, compreende-se que, como aponta este último autor, *ibidem*, pp. 67-68, apenas se possibilite a exclusão da responsabilidade dos administradores em relação a decisões que sejam tomadas no âmbito da margem de discricionariedade que a lei lhes reconhece. Assim, como refere Ribeiro, 2011, p. 29, esta figura só poderá ser invocada quando se verificarem situações de violação do dever de cuidado, visto que, no cumprimento do dever geral de lealdade, bem como dos deveres específicos dos administradores (de origem legal, estatutária ou contratual), não se poderá alegar a existência de qualquer discricionariedade, na medida em que estarão em causa hipóteses de atuação vinculada.

¹⁰⁸ Sobre os pressupostos de aplicação da *business judgment rule*, v. Costa, 2007b, pp. 79-86 e, em especial, quanto à atuação em termos informados, pp. 82-83.

¹⁰⁹ Neste sentido, Russo, 2011, p. 18, e Jéssica Ferreira, 2018, p. 199.

¹¹⁰ Neste sentido, v., entre outros, Pinto Monteiro & Mota Pinto, 2009, p. 686, n. (5), Câmara & Brito Bastos, 2011, p. 27, n. (39), ou Ferreira Gomes, 2022, p. 206. Na jurisprudência destacam-se os acórdãos do STJ de 26/11/2014 (processo n.º 282/04.9TB AVR.C2.S1) e do TRP de 14/01/2020 (processo n.º 4738/15.0T8MAI-A.P1).

É evidente que, de um ponto de vista material, a realização de uma *DD* trará, como já referimos, benefícios para a posição do adquirente¹¹¹. Contudo, em nosso entender, isto não basta para que se possa efetivamente defender a existência de um ónus de realização de uma auditoria legal.

Um ónus pode ser definido, de acordo com a doutrina, como o comportamento necessário para a realização de um interesse próprio do seu titular, permitindo-lhe, através do seu cumprimento, obter uma vantagem ou evitar uma desvantagem que, de outro modo, não poderia ser obtida ou evitada¹¹².

Exemplo claro de um verdadeiro ónus, no quadro de uma relação negocial, é, nessa medida, o ónus de autoinformação. De facto, e como também tivemos já a oportunidade de referir¹¹³, o vendedor só estará obrigado a prestar informações ao comprador se este tiver atuado diligentemente no sentido de se procurar esclarecer sobre todos os aspetos relativos ao objeto do negócio que assumam relevo para a formação da sua vontade. Existe, por isso, um comportamento *necessário* (a atuação diligente do comprador) para que se produza um determinado efeito jurídico (o surgimento do dever de informação do vendedor).

O mesmo não se verifica, contudo, no que respeita à realização, ou não, de uma *DD*. Com efeito, se a opção de promover, ou não, uma auditoria legal, não será, pelas razões que já apontámos, neutra ou irrelevante para a tutela da posição do adquirente, a verdade é que não é pelo facto de o comprador prescindir da realização de uma *DD* que tal possibilitará excluir, desde logo, a existência dos deveres de informação e de esclarecimento do vendedor ou a sua responsabilidade pelos vícios de que padeça a empresa transmitida¹¹⁴.

Não se pode afirmar, por isso, que existam vantagens ou benefícios jurídicos que dependam estritamente da realização de uma *DD* e que, como tal, o comprador tenha o ónus de realizar uma auditoria legal¹¹⁵.

¹¹¹ Por um lado, reiteramos, a *DD* desempenha um importante papel preventivo, permitindo ao comprador obter informação sobre a empresa que pretende adquirir e contribuindo, assim, para uma livre e correta formação da sua vontade negocial. Por outro lado, recorde-se que, atendendo à sua função probatória, a *DD* facilitará a aplicação dos meios legais de reacção geralmente convocados para proteger o adquirente nas hipóteses em que sofra danos ou prejuízos no quadro de uma operação de aquisição de uma empresa (por exemplo, pelo facto de a mesma padecer de ónus ou defeitos).

¹¹² Neste sentido, v., de forma elucidativa, Baptista Machado, 1982, pp. 84-85, autor que refere que o ónus corresponde a uma “[...] condição da obtenção de uma certa vantagem para o agente [...] ou para evitar uma desvantagem”. Em sentido próximo, v., também, Carlos Alberto da Mota Pinto, 2020, p. 188 ou Prata, 2008, p. 1009.

¹¹³ V. o subcapítulo 3.2. *supra*.

¹¹⁴ Neste sentido, Monteiro Pires, 2018, pp. 37-38.

¹¹⁵ Em sentido idêntico, Fábio Russo, 2011, p. 26, n. (31). Parece-nos que, para que tal acontecesse, teriam de existir efeitos jurídicos cuja produção, em concreto, dependesse necessariamente da promoção de uma *DD* pelo comprador. É certo que a realização de uma auditoria legal contribuirá, de forma significativa, para que o adquirente obtenha vantagens e, sobretudo, para que evite desvantagens. Contudo, tendo em conta que a obtenção dessas vantagens ou a prevenção dessas desvantagens não depende estritamente da realização de uma *DD*, não se poderá afirmar que estará em causa um verdadeiro ónus jurídico.

Assim, verdadeiramente relevante, neste âmbito, será que o adquirente cumpra o seu ónus de autoinformação, podendo, para esse efeito, proceder, ou não, à realização de uma *DD*, de acordo com as circunstâncias específicas de cada caso¹¹⁶.

¹¹⁶ A obtenção de informação sobre o *target* não exigirá, em todos os casos, uma análise com o nível de complexidade e profundidade que tipicamente se associam a uma auditoria legal. Como lembra Romano Martinez, 2001, p. 185, ainda que num contexto diferente, “[o] adquirente [...] não tem de efectuar um exame complexo, nomeadamente recorrendo a peritos, mas impõe-se-lhe uma apreciação diligente, de forma a determinar as desconformidades patentes [...]” da coisa que pretenda comprar. De facto, se conforme apontam Câmara & Brito Bastos, 2011, p. 30, a *DD* corresponde ao modo típico de cumprimento do ónus de autoinformação do adquirente no contexto da aquisição de empresas, saber, ou não, se esse ónus deverá ser cumprido através de uma auditoria legal dependerá, como vimos no capítulo anterior, de diversos fatores, entre os quais se destaca o grau de risco concreto associado à operação de aquisição.

6. Conclusões

Os diversos mecanismos negociais de transmissão de uma empresa podem ser reconduzidos a duas categorias essenciais: *asset deals* e *share deals*. No primeiro caso, haverá lugar à transmissão direta da titularidade jurídica sobre o próprio estabelecimento comercial. Já no segundo caso, o objeto imediato do negócio serão participações sociais de domínio numa determinada sociedade, possibilitando ao seu adquirente o exercício, por via indireta, do controlo da gestão da atividade das empresas que a mesma detenha.

Contudo, nem todos os negócios sobre participações sociais corresponderão a uma forma indireta de aquisição de uma empresa. Para que isso aconteça é necessário, por um lado, que haja lugar à transmissão de participações, que permitam ao adquirente assumir o controlo do estabelecimento detido pelo *target*, e, por outro lado, que a interpretação da concreta relação negocial entre as partes revele que a sua vontade não correspondia à realização de uma simples transferência de participações sociais, mas sim à efetiva transmissão de uma empresa, ainda que por via indireta.

A *DD* consiste numa operação complexa de recolha e análise de informação sobre diversos aspetos relacionados com a atividade da sociedade-alvo e com o seu património. A sua realização é uma prática cada vez mais comum e importante no período que antecede a conclusão de um *share deal*, desempenhando um papel fundamental para a livre e correta formação da vontade do adquirente.

A importância da auditoria legal torna-se ainda mais clara no quadro de um ordenamento jurídico como o português, em que se entende que o comprador estará sujeito a um ónus de autoinformação, não se impondo ao vendedor um dever de informar o adquirente sobre os aspetos de que este poderia ter tomado conhecimento se tivesse atuado diligentemente na análise do objeto do negócio, antes de proceder à sua celebração.

O relevo da *DD* não se esgota, contudo, num plano preventivo, assumindo uma importante função probatória. Nesse sentido, a realização de uma *DD* facilitará, ao comprador, não só a prova dos factos e das informações que foram, ou não, revelados no âmbito do processo de formação do contrato, contribuindo, assim, para a demonstração do cumprimento do seu ónus de autoinformação e para a eventual responsabilização do alienante pela violação dos seus deveres de informação, mas também para a determinação das concretas qualidades que a empresa possuía no momento da sua transmissão, o que será fundamental para a aplicação do regime da compra e venda de bens onerados e coisas defeituosas, quando a mesma seja alienada com vícios.

Nesse sentido, poder-se-ia considerar que, por força do dever geral de cuidado e, em particular, do dever de preparação adequada das decisões de gestão, a administração

da sociedade adquirente teria sempre a obrigação de realizar uma auditoria legal antes da conclusão de qualquer *share deal*. Sucede que tal apreciação terá de ser necessariamente casuística, uma vez que, atendendo a fatores como o grau de risco da operação, os custos associados à obtenção da informação e o tempo disponível para análise, a realização de uma *DD* poderá não corresponder à decisão mais razoável.

Por outro lado, e atendendo novamente ao importante papel desempenhado pela auditoria legal, tem-se entendido que a sua realização poderá corresponder a um ónus da sociedade adquirente. Afastamo-nos, contudo, dessa posição, uma vez que a realização de uma auditoria legal, apesar de não se tratar de uma opção neutra ou irrelevante por parte do adquirente, não corresponde a um comportamento verdadeiramente necessário para que o mesmo obtenha uma vantagem ou evite uma desvantagem, não se enquadrando, por isso, naquela que é a definição de ónus jurídico tipicamente proposta pela doutrina.

Bibliografia

- ABREU, B.T. (2013). O financiamento bancário para aquisição de empresas. *Estudos do Instituto do Conhecimento AB*, n.º 1, pp. 217-266.
- ALMEIDA, G.S. (2020). Declarações e garantias na transmissão de empresas. *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 23, pp. 243-272.
- ANTUNES VARELA, J. (1993). Anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral de 31 de março de 1993. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.ºs 3829 e 3830 (1993), p. 160; n.º 3831 (1993), pp. 180-192; n.ºs 3832 a 3834 (1994), pp. 285-288, n.º 3835 (1994), pp. 311-320 e n.º 3836 (1994), pp. 347-352.
- BATISTA MACHADO, J. (1982). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 30.ª reimpressão de 2022. Coimbra: Almedina.
- BATISTA MACHADO, J. (1991). Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”. In *Obra Dispersa*, vol. I, pp. 345-423. Braga: Scientia Iuridica.
- BEATSON, J. (2002). *Anson’s law of contract*, 28.ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- BOTELHO, M. de D. (2018). Deveres de lealdade dos administradores no período pré-venda da sociedade. In *V Congresso Direito das Sociedades em Revista*, pp. 33-48. Coimbra: Almedina.
- BRITO BASTOS, M. (2013). Deveres acessórios de informação. Em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador. *Revista de Direito das Sociedades*, n.ºs 1 e 2, pp. 181-281.
- CALVÃO SILVA, J. (1996). A empresa como objecto de tráfico jurídico. In *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*. Coimbra: Almedina, pp. 169-197.
- CALVÃO SILVA, J. (1999). *A responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina.
- CÂMARA, P. & MARTINS BASTOS, M. (2011). O Direito da aquisição de empresas: uma introdução. In *Aquisição de empresas*, pp. 13-64. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, O. (1967). *Critério e estrutura do estabelecimento comercial – O problema da empresa como objecto de negócios*. Coimbra: Atlântida Editora.
- CASSIANO DOS SANTOS, F. (2007). *Direito comercial português*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CMVM. Respostas à consulta pública n.º 1/2006 sobre alterações ao Código das Sociedades Comerciais. Lisboa: CMVM.
<https://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/ConsultasPublicas/CMVM/anexos/Paginas/20060302a.aspx>.
- COSTA, Mariana Fontes da - Da Alteração Superveniente das Circunstâncias - Em especial, à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Coimbra: Almedina, 2017.
- COSTA, Mariana Fontes da - O dever pré-contratual de informação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Ano 4 (2007), pp. 366-394.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida – Voto de vencido no Acórdão do Tribunal Arbitral de 31 de março de 1993. *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Ano 126, n.ºs 3829 e 3830 (1993), pp. 149-159.
- COSTA, Ricardo - Deveres Gerais dos Administradores e “Gestor Criterioso e Ordenado”. In *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 157-189.

- COSTA, Ricardo - O novo regime do arrendamento urbano e os negócios sobre a empresa. In *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais - Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007a, pp. 479-523.
- COSTA, Ricardo - Responsabilidade dos Administradores e Business Judgment Rule. In *Reformas do Código das Sociedades*. Coimbra: Almedina, 2007b, pp. 51-86.
- COUTINHO DE ABREU, J. (1996). *Da empresarialidade: As empresas no direito*. Coimbra: Almedina.
- COUTINHO DE ABREU, J. (2007). Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social. In *Reformas do Código das Sociedades*, pp. 17-47. Coimbra: Almedina.
- COUTINHO DE ABREU, J. (2021). *Curso de direito comercial. Vol. II – Das Sociedades*, 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2021.
- COUTINHO DE ABREU, J. (2022). *Curso de direito comercial. Vol. I – Introdução, atos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos*. 13.^a ed. Coimbra: Almedina.
- CUNHA, Rita Carrilho da - Dos mecanismos voluntários de tutela do adquirente em contratos de compra e venda de empresa – em especial, a due diligence e as representations & warranties. *Direito das Sociedades em Revista*. Ano 12, vol. 23 (2020), pp. 273–303.
- EMMERICH, Adam O.; NORWITZ, Trevor S. - 2021's Most Interesting Developments in M&A. In *The international comparative legal guide to mergers & acquisitions 2022*. 16.^a ed. [S.l.] : Global Legal Group Ltd., 2022. pp. 1–5.
- ENGRÁCIA ANTUNES, J. (2002). *Os grupos de sociedades*, 2.^a ed. Coimbra: Almedina.
- ENGRÁCIA ANTUNES, J. (2008). A empresa como objecto de negócios – “Asset deals” versus “share deals”. *Revista da Ordem dos Advogados*, vols. II e III, pp. 715-793.
- ENGRÁCIA ANTUNES, J. (2023). *Direito das sociedades*, 11.^a ed. Edição do Autor.
- FERREIRA DE ALMEIDA, C. (2022). *Contratos I – Conceitos, fontes, formação*, 7.^a ed. por Maria Helena Brito, Jorge Morais Carvalho e Assunção Cristas. Coimbra: Almedina.
- FERREIRA GOMES, J. (2022). *M&A: Aquisição de empresas e de participações sociais*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- FERREIRA, Bruno - Os deveres de cuidado de administradores e gerentes. *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*. N.º 31 (2008), pp. 8–49.
- FERREIRA, Jéssica Rodrigues - Share deal e vícios no património da sociedade alvo – Breves Notas a Propósito da Tutela do Adquirente. *Direito das Sociedades em Revista*. Ano 10, vol. 19 (2018), pp. 169-206.
- Ferrer CORREIA, António; SÁ, Almeno de - Parecer de Direito. In *A Privatização da Sociedade Financeira Portuguesa*. 1.^a ed. Lisboa: Lex, 1995, pp. 255–302.
- FRADA, Manuel Carneiro da - A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores. *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 67, vol. I (2007), pp. 159–205.
- GAMBARO, F. L. (2006). Brevi considerazioni in tema di così detta *due diligence*. *Rivista di Diritto Privato*, n.º 4, pp. 897-920.
- GAUGHAN, Patrick A. – *Mergers, acquisitions and corporate restructurings*. 7.^a ed. Hoboken : Wiley, 2017.

- GREZZANA, G.L. (2019). *A natureza jurídica da cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019.
- KESSLER, F. & FINE, E. (1964). Culpa in contrahendo, Bargaining in good faith, and freedom of contract: A comparative study. *Harvard Law Review*, vol. 77, n.º 3, pp. 401-449.
- LAJOUX, A.R. & ELSON, C.M. (2010). *The art of M&A due diligence*, 2.ª ed. [S.l.]: McGraw-Hill.
- LEE, Robert G. (2018). The contract formation under the caveat emptor rule: assessing its utility. In *Essays in memory of Professor Jill Poole: Coherence, modernisation and integration in contract, commercial and corporate laws*. London: Routledge, pp. 90-105.
- LOWENSTEIN, L. (1985). Management buyouts. *Columbia Law Review*, vol. 85, n.º 4, pp. 730-784.
- MCCAMUS, John D. (2003). Caveat emptor: The position at common law. In *Special lectures 2002 – Real property law: Conquering the complexities*, pp. 97-119. Toronto: Irwin Law.
- MENEZES CORDEIRO, A. (1984). *Da boa-fé no direito civil* (8.ª reimpressão de 2020). Coimbra: Almedina.
- MENEZES CORDEIRO, A. (2006). Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (Artigo 64.º/1 do CSC). *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II (2006), pp. 443-488.
- MENEZES CORDEIRO, A.; ALVES LEAL, A. (2022). Anotação ao art. 215.º do CSC. In *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2022, pp. 762–767.
- MENEZES CORDEIRO, A.; PERESTRELO DE OLIVEIRA, Madalena - Anotação ao art. 291.º do CSC. In *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2022, pp. 1010–1015.
- MENEZES LEITÃO, L. (2000). Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I, pp. 49-71.
- MESQUITA, Manuel Henrique (1994). Anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral de 31 de março de 1993. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.ºs 3841 e 3842, pp. 155-160; n.º 3843 (1994), pp. 186-192; n.º 3844 (1994), pp. 217-224; n.º 3845 (1994), pp. 259-264; n.º 3846 (1995), pp. 278-288.
- MONTEIRO PIRES, C. (2018). *Aquisição de empresas e de participações acionistas*. Coimbra: Almedina, 2018.
- MONTEIRO, A.P. & MOTA PINTO, P. (2009). Compra e venda de empresa – A venda de participações sociais como venda de empresa. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias*, vol. IV, pp. 685-728. Coimbra: Coimbra Editora.
- MORAIS, F. G. (2005). *Alienação e oneração de estabelecimento comercial*. Coimbra: Almedina
- MOREIRA DA SILVA, E.S. (2010). *As relações entre responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo) – O caso da indução negligente em erro*. Coimbra: Almedina, 2010.

- MOTA PINTO, P. (2000). Conformidade e garantias na venda de bens de consumo: A Directiva 1999/44/CE e o direito português. In *Estudos de Direito do Consumidor*, vol. II, pp. 197-331. Coimbra: Centro de Direito do Consumo.
- MOTA PINTO, P. (2008). *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra Editora.
- NOGUEIRA SERENS, M. (2016). A equiparação do *share deal* ao *asset deal* no direito alemão. *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 16, pp. 55-75.
- NOUGAYRÈDE, D. (2022). After the Panama Papers: A private law critique of shell companies. *The International Lawyer*, vol. 52, n.º 2, pp. 327-367.
- PEREIRA, I.P. (2009). Venda de participações sociais, negociação do estabelecimento e desconsideração da personalidade coletiva (a despropósito de dois acórdãos). *Julgar*, n.º 8, pp. 61-84.
- PICONE, L. (2004). Trattative, *due diligence* ed obblighi informativi delle società quotate. *Banca Borsa Titoli di Credito*, vol. 57, parte I, pp. 234-269.
- PINHEIRO TORRES, C.M. (1998). *O Direito à Informação nas Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina.
- PINTO MONTEIRO, A. & MOTA PINTO, C. (2020). *Teoria geral do direito civil*, 5.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- PRATA, A. (1991). *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*. Coimbra: Almedina.
- PRATA, A. (2008). *Dicionário jurídico. Vol. I – direito civil, direito processual civil, organização judiciária*, 5.ª ed., reimp. de 2022). Coimbra: Almedina.
- RAMOS, M.E. (2008). Debates actuais em torno da responsabilidade e da proteção dos administradores: Surtos de influência anglo-saxónica. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 84, pp. 591-636.
- RIBEIRO, M. de F. (2009). *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a desconsideração da personalidade jurídica*. Coimbra: Almedina.
- RIBEIRO, M. de 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, pp. 23-59.
- RICCI, F. (2008). *Due diligence e responsabilità*. Bari: Cacucci Editore.
- ROLDÃO, N.M. & TEIXEIRA, A.G. (2011). O processo de auditoria legal. In *Aquisição de Empresas*, pp. 107-126. Coimbra: Almedina.
- ROMANO MARTÍNEZ, P. & SOARES PEREIRA, R. (2022). Compra e venda de empresas: meios de reacção disponíveis para o comprador, inadequação da *culpa in contrahendo* e prazo prescricional aplicável. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.ºs 1 a 4, pp. 47-107.
- ROMANO MARTÍNEZ, P. (2001). *Cumprimento Defeituoso - Em especial na compra e venda e na empreitada*, 2.ª ed. Coimbra: Almedina.
- RUSSO, F. (2010). Das cláusulas de garantia nos contratos de compra e venda de participações sociais de controlo. *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 4, pp. 115-136.
- RUSSO, F. (2011). *Due diligence e responsabilidade*. In *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, pp. 13-26. Coimbra: Almedina.

- SANTOS JÚNIOR, E. (1997). Acordos intermédios: Entre o início e o termo das negociações para a conclusão de um contrato. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II, pp. 565-604.
- SHERMAN, A.J. & HART, M.A. (2006). *Mergers & acquisitions from A to Z*, 2.^a ed. New York: AMACOM.
- Simões CORTEZ, Jorge - A empresa – reflexões sobre a natureza e a transmissão da empresa (em especial, a transmissão parcial universal). 1.^a ed. Porto: U. Porto Press, 2022.
- SINDE MONTEIRO, J.F. (1989). *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina.
- SOVERAL MARTINS, A. (2007). Transmissão da empresa: Algumas notas. In *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. I, pp. 415-438. Coimbra: Almedina.
- SOVERAL MARTINS, A. (2017). Due diligence ambiental na aquisição do controlo de empresas. In *Risco ambiental: Homenagem ao Senhor Professor Doutor Adriano Vaz Serra*, pp. 159-174. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.
- SUBRAMANIAN, G. & PETRUCCI, C. (2021). Deals in the time of pandemic. *Columbia Law Review*, vol. 121, no. 5, pp. 1405-1480.
- TOMBARI, U. (2008). Problemi in temi di alienazione della partecipazione azionaria e attività di *due diligence*. *Banca Borsa Titoli di Credito*, vol. 61, n.º 1, pp. 65-75.

A violação de normas jurídicas
como ato de concorrência desleal?

Sandra Isabel Gomes Castro

Sob orientação do Professor
Doutor Nuno de Araújo Sousa e Silva

Agradecimentos

Ao meu Pedro e à minha família por tudo. Ao Senhor Professor Nuno de Araújo Sousa e Silva pelo acompanhamento e ensinamentos.

Resumo

Esta dissertação visa avaliar se a violação de normas jurídicas pode configurar um ato de concorrência desleal. Começamos por analisar criticamente o regime geral daquele instituto, ponderando a sua teleologia, os interesses jurídicos que tutela, os seus requisitos e as divergências que na matéria entre nós persistem. De seguida, de forma mais concreta e dirigida ao tema em estudo, reúnem-se as soluções já oferecidas pela doutrina nacional, as poucas soluções que resultam da jurisprudência e breves referências de Direito Comparado.

Acaba por ser conclusão que a resposta é positiva, apesar de estar reservada a situações que preenchem cumulativamente diversos pressupostos que resultam da cláusula geral.

Palavras-chave: concorrência desleal; igualdade na concorrência; violação de normas jurídicas.

Abstract

This dissertation aims to evaluate if the violation of legal norms can also configure an act of unfair competition. To reach a conclusion, we will start with a critical analysis of the general regime of that institute, considering its teleology, the legal interests that it intends to protect, its requirements, and the differences that persist among us. Then, we will address the different solutions already offered by the doctrine, the lack of national case law solutions, and some brief references in Comparative Law.

Our study concludes that the violation of legal norms can, in fact, configure an act of unfair competition in situations that, cumulatively, fulfil the several requirements of the general clause.

Keywords: unfair competition; equality in competition; violation of legal rules.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	alínea/alíneas
CC	Código Civil
CD	Concorrência desleal
Cfr.	Confrontar
Cons.	Consultado
CPI	Código de Propriedade industrial
CUP	Convenção da União de Paris
dPI	Direitos de propriedade intelectual
p.	Página
Proc.	Processo
RC	Responsabilidade Civil
RDES	Revista de Direito e Estudos Sociais
RED	Revista Eletrónica de Direito
Rel.	Relator
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa

Índice

Introdução	
1. Enquadramento geral da concorrência desleal	6
1.1. Cláusula geral	8
1.2. Ato de concorrência	9
1.3. Deslealdade	15
1.4. Em qualquer ramo de atividade económica	16
1.5. Censurabilidade	17
2. Consequências	18
3. Violação de normas jurídicas como ato de concorrência desleal	20
3.1. Confronto das posições	24
3.2 Análise comparativa	29
3.3 Proposta de solução	32
3.4 Fundamentos da proposta	37
Conclusão	38
Bibliografia	39

Introdução

É possível que se verifiquem nos mais diversos ramos de atividade económica desequilíbrios concorrenciais oriundos de causa diversa do mérito da prestação dos agentes económicos, mas antes relacionados diretamente com o seu comportamento antijurídico, atuando em violação de normas jurídicas vigentes.

Equacione-se, por exemplo, um concorrente que atua no mercado sem liquidar impostos (porque não emite as faturas devidas), ficando em condições de oferecer o mesmo produto/serviço a um preço com o qual os seus concorrentes cumpridores não conseguem competir, desviando desta forma para si importante parcela da clientela. Outra hipótese: um concorrente que não está habilitado a exercer determinada atividade, em virtude de não preencher os requisitos legais e não se encontrar administrativamente autorizado, desvia para si a clientela por oferecer preços mais baixos ou praticar atos que os seus concorrentes (cumpridores) não podem praticar. Ou ainda os concorrentes que incumprem a legislação laboral, horários de funcionamento de estabelecimentos comerciais, formalismos obrigatórios em determinado sector de atividade, entre outras, concorrendo assim “em vantagem” com os demais participantes no mercado.

São infinitas as possibilidades a equacionar no que respeita à violação de normas jurídicas que facultam uma posição de vantagem concorrencial, até porque na maioria das vezes serão violadas com esse propósito, sendo o limite a imaginação de cada agente económico.

Os concorrentes cumpridores podem ficar em posições difíceis, podendo no limite ser forçados a concluir que aquela atividade deixou de ser viável.

Entre nós assistimos num passado recente a um movimento semelhante, pela concorrência praticada pelas plataformas eletrónicas que se destinavam ao transporte individual de passageiros de forma remunerada, para com o Transporte em Taxi¹.

Atualmente, registam-se movimentos semelhantes no que respeita às atividades de jogos e apostas online, com operadores não registados em Portugal, que atuam remotamente, oferecendo os seus serviços com vantagens com as quais os operadores registados não conseguem competir². Registam-se igualmente desequilíbrios por violação de normas jurídicas em setores de atividade em menor escala, como é o exemplo da procuradoria ilícita; de promotores de eventos que incumprem com as regras de

¹ A Lei n.º 45/2018, de 10/08, vem regular esta atividade, diferenciando-a da outra. Contudo, em momento anterior à vigência dessa Lei, decidiu-se no Ac. TRL 27.04.2017 (p. 7730-15.OT8LSB), que: “A não observância de leis de interesse público, designadamente as que têm por objeto o licenciamento da atividade de transporte rodoviário, gera concorrência desleal com as demais empresas cumpridoras, com os atinentes danos financeiros, num mercado que o legislador quis devidamente regulamentado”.

² É uma preocupação à qual se dedica o Serviço de Regulação e Inspeção de Jogos, tendo por referência a vigência do Decreto-Lei n.º 66/2015, de 29/04, o qual impõe diversas obrigações aos operadores;

organização, licenciamento, segurança e/ou utilizam faturação falsa; dos comerciantes que utilizam a fraude carrossel; e outros, que são assunto na atualidade.

Procuramos explicar de que forma podem os concorrentes cumpridores e lesados pela atividade concorrencial em violação de normas jurídicas travar aquela atuação e como poderão ser compensados pelas perdas resultantes dessas práticas.

Assim, o escrutínio da CD é fundamental, uma vez que este instituto jurídico se destina a reprimir os comportamentos considerados contrários às normas e usos honestos³, travando os excessos concorrenciais⁴, cujo foco é o dano (ou potencial dano) concorrencial que se considera inaceitável, prevendo medidas de natureza conservatória e de natureza compensatória.

Naturalmente, não deixará de ser feita a ponderação necessária no sentido de compreender como e até onde deve este instituto atuar, sob pena de se deturpar a sua finalidade e limitar a liberdade de concorrência para além do necessário, quando poderão existir outros mecanismos, nomeadamente resultantes diretamente da violação das normas jurídicas que facilitaram os avanços concorrenciais, aptos a satisfazer as necessidades dos concorrentes lesados. Não se ignore que a lesão do desvio da clientela nem sempre é tutelada. Ela faz parte da atividade concorrencial e é lícita, à partida. Só será tutelada quando se considerar que o meio utilizado é considerado ilícito, por desleal.

Importa referir que o tema ora em análise é controverso, já tendo sido debatido na doutrina nacional, apesar de não existirem movimentos de relevo nos nossos tribunais a este propósito. Há autores que admitem a possibilidade de a violação de normas jurídicas ser capaz de preencher o conteúdo da cláusula geral da CD⁵, apesar de não existir grande desenvolvimento sobre quais normas jurídicas e o porquê, quais os critérios a utilizar, havendo também autores que não acompanham esse entendimento, tendo já afirmado que não consideram que a CD possa ser resposta nestas situações pois, refere Nuno Sousa e Silva⁶, poderá ter a consequência perigosa de levar a uma “hipertrofia incontável” do instituto.

Com estes dados e traçado o objetivo, começa-se pela análise prévia da CD, procurando traçar os quadros de uma teoria geral, que nos permita avançar para conclusões mais detalhadas sobre a questão que se coloca: A violação de normas jurídicas está apta a preencher o conceito indeterminado de deslealdade previsto no art. 311.º do CPI?

³ Silva, N.S., 2020, p. 89, define a CD como o “instituto jurídico que, visando limitar os excessos dos concorrentes, reprime os comportamentos considerados contrários às normas e usos honestos do ramo da atividade económica em causa”.

⁴ Silva, P.S., 2020, p. 435.

⁵ Cfr. Leitão, 2000, p. 59; Gonçalves, 2021, p. 378; Idem, 1997, p. 42.

⁶ Silva, N.S., 2020, p. 222.

1. Enquadramento geral da concorrência desleal

A evolução do comércio e da indústria têm efeitos diretos na evolução do instituto da CD⁷, o que naturalmente se compreende quando analisado o desígnio do mesmo. Nessa senda, considerando as primeiras referências históricas do Direito Comercial⁸, alguns autores referem que o primeiro marco histórico da CD remonta à Idade Média⁹, apesar de outros não lhe reconhecerem real existência antes da Revolução Francesa¹⁰, uma vez que apenas com o aumento da liberdade económica se verifica um aumento da probabilidade de excessos no exercício dessa liberdade, acabando alguns por considerar este o marco histórico que despoleta os primeiros avanços nesta matéria.

Como de forma simples explica Adelaide M. Leitão¹¹, acabamos por nos deparar com uma “hiperhistoricidade” da CD, causada pelos diferentes paradigmas que assumiu no curso da evolução social e económica e com soluções que variaram entre a cláusula geral de responsabilidade civil e o abuso de direito, passando pela criminalização da conduta, até nos conduzir à figura mais próxima da CD que hoje conhecemos¹². Demonstra-se assim que estamos perante um instituto elástico, em constante mutação e evolução, ou, como lhe chama Nuno Sousa e Silva, “polimórfico”¹³.

Entre nós, como refere Oliveira de Ascensão¹⁴, Portugal foi um dos primeiros países do mundo a legislar sobre a CD. Não obstante essa louvável tomada de iniciativa, desde então pouca evolução legislativa podemos encontrar na matéria, para além da descriminalização da conduta¹⁵. Com a entrada em vigor do novo CPI, manteve-se uma relação muito próxima com os dPI, inserindo novamente a norma jurídica no título dedicado às infrações daqueles, não obstante sabermos que, à partida, a tutela a que se

⁷ Leitão, 2000, p. 19, nota 9, refere mesmo que “A história da concorrência desleal entronca na própria história do Direito Comercial”.

⁸ Abreu, 201, pp. 29-38.

⁹ Neste sentido, Leitão, p. 20, referindo-se em especial ao estudo levado a cabo por Gousenberg, 1945, pp. 27 e ss., revelando concordância com a posição deste autor.

¹⁰ Paúl, 1965, p. 13; Silva, N.S., 2020, p. 85.

¹¹ Leitão, 2000, pp. 20-27.

¹² Rabaçal, 2017, p. 19.

¹³ Silva, N.S., 2020, p. 84.

¹⁴ Ascensão, 1994, pp. 9-10.

¹⁵ Amorim, 2017, refere que a Carta de Lei de 21 de maio de 1896 se limitava a proibir um elenco taxativo de comportamentos. Com a revogação desse diploma, passamos à cláusula geral que sustenta o instituto.

destina a CD não se confundir com aquela que conferem os dPI¹⁶ e que os interesses jurídicos protegidos não são exatamente os mesmos¹⁷.

Não é uma novidade no nosso ordenamento jurídico a sua autonomia¹⁸, porquanto nem a CD implica a violação de dPI, nem a atribuição de um dPI respeitará necessariamente a uma relação de concorrência¹⁹. Já em 1964 Pinto Coelho havia refletido sobre o tema, e concluiu que a CD não está reservada apenas aos casos em que estão em causa, ainda que indiretamente, dPI. Considerou que haverá CD sempre que um industrial ou comerciante, no exercício da sua atividade em concorrência com outro, se sirva de processos menos corretos e reputados contrários às normas de honestidade comercial, independentemente da existência de dPI²⁰.

Assim, é útil uma análise do instituto jurídico que não se limite à normatividade e sua interpretação sistemática, mas considerando igualmente toda a sua teleologia, bens jurídicos que se destina a proteger e o contexto social, para nos ser mais fácil abarcar a sua elasticidade e nos ser possível um raciocínio completo, que permita acrescentar o que da letra da lei não resulta diretamente (porque não é suposto resultar), mas que lá tem acolhimento. Assim, procurar-se-ão critérios que permitam o desenvolvimento da CD em conformidade com a realidade económica atual.

1.1. Cláusula geral

Resulta do n.º 1 do art. 311.º do CPI uma definição legal vaga, que se limita a indicar que “constitui concorrência desleal todo o ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica”. Deverá ser ignorada a tentação que se poderia sentir de lançar críticas ao legislador quando não facilita a tarefa da interpretação e integração das normas jurídicas. No caso concreto, deve reconhecer-se mérito pela técnica de recurso a cláusula geral nesta matéria, mesmo que preenchida

¹⁶ Noutros ordenamentos jurídicos optou-se por regular a concorrência desleal em diplomas autónomos, como são exemplos Espanha, com a Ley de Competencia Desleal, de 3/1991, de 10 de janeiro, Alemanha com a lei UWG de 30 de dezembro de 2008. Aqui parece-me relevante não fazer comparações sem primeiro referir que ambos os países adotaram um sistema monista, em que a CD é aplicada sem o pressuposto da relação de concorrência entre intervenientes (contrariamente ao nosso caso), regulando o funcionamento do mercado quer do ponto de vista do concorrente, quer do consumidor (tutelando diferentes interesses jurídicos). Nestes ordenamentos, tal como na Suíça, Bélgica e Áustria, a CD adquiriu desenvolvimentos por intervenção legislativa, enquanto entre nós (e na França, Itália e Holanda), o desenvolvimento do instituto tem vindo a ser concretizado pela jurisprudência, uma vez que a norma jurídica não nos oferece grande definição. Contudo, a Alemanha acaba por legislar em diplomas distintos a matéria que se destina à proteção dos consumidores e a matéria que regula a proteção dos concorrentes, vindo de encontro ao nosso sistema Dualista – como bem refere e resume Silva, N.S., 2020, pp. 146-170.

¹⁷ Sendim, 1987, pp. 196-200 – com entendimento diferente, defendendo uma unidade do direito industrial, entendendo que a teleologia dos dPI e da CD é coincidente; contudo, a maioria da doutrina não acompanhou essa posição, sendo hoje entendimento de que o fundamento dos dPI não é coincidente com o fundamento que justifica a CD.

¹⁸ Rabaçal, 2017, p. 34.

¹⁹ Note-se que são vários os atos atípicos de concorrência desleal que não se relacionam com propriedade industrial, como é o caso do desvio de trabalhadores. Sobre o assunto: Santos, 2015, p. 418; Abreu, 2022, p. 25;

²⁰ Coelho, 1964, pp. 92 e 93.

com um “megaconceito indeterminado”, como lhe chamou Adelaide M. Leitão²¹, acolhendo-se o sábio conselho de Lobo d’Ávila²², “que ninguém procure limites precisos na matéria de concorrência desleal”. Trata-se de um instituto com dinamismo e com possibilidades infinitas, que deverá desenvolver-se à medida que novos problemas suscitados pela realidade surgem, ou seja, tal e qual como se afirmou no início deste capítulo, à medida que o comércio e a indústria se desenvolvem. Assim, não é suposto encontrar um âmbito de aplicação, pois, como refere aquela Autora, “este espaço jurídico vai incorporando novos institutos e esquemas para resolver casos concretos sem substituir os anteriores”²³.

Igualmente no termos da CUP se define concorrência desleal como “qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial e comercial”, ou seja, igualmente abrangente e incógnita quanto a limites na sua concretização.

Consequentemente, a cláusula geral não define o comportamento a adotar, mas sim limites a esse comportamento (apesar de vagos), traduzindo-se numa norma proibitiva. Ao longo dos tempos desenvolveram-se diversas teorias sobre a classificação da norma, mas avançaremos para aquela que se assume como dominante, aquela que lhe reconhece o caráter de norma de proteção²⁴. Como sabiamente constata Adelaide M. Leitão, apesar de se verificar a proteção de interesses particulares, não lhes é conferido nenhum direito subjetivo, tratando-se antes de uma norma que tem principalmente em vista a proteção de interesses coletivos. Reconhece que, não deixando de atender aos interesses particulares subjacentes de um grupo determinável de indivíduos, a cláusula geral se apresenta como “um dispositivo de proteção de concorrentes (interesses particulares), para além da proteção da concorrência (interesse colectivo)”²⁵.

Apresentando-se como norma de proteção, importa-nos descortinar sobre a teleologia deste instituto, para determinar os objetivos a que se propõe e concretizar com maior detalhe os interesses jurídicos que tutela.

Sobre a justificação do instituto avançaram-se já várias tentativas. Tiveram já grande relevo teorias relativas à tutela do património da empresa ou do estabelecimento comercial, que variam justificando a existência da CD pela necessidade de tutela do próprio estabelecimento, ou pela necessidade de tutela da clientela (aviamento), ou pela

²¹ Leitão, 2000, p. 99.

²² Lima, 1910, p. 166; a mesma referência encontramos em Silva, P.S., 2020, p. 434; bem como em Chorão, 1995, p. 713.

²³ Leitão, 2000, p. 27;

²⁴ Leitão, 2000, p. 159; No mesmo sentido, Rabaçal, 2017, p. 49, explica a CD: “percebemos que estas se encontram no pólo diametralmente oposto ao das normas que preveem direitos subjetivos. Assim, as normas de concorrência desleal não são permissivas, são proibitivas, não atribuem uma posição de vantagem, antes uma posição de abstenção recortada das proibições nelas contidas; não traçam um espaço de liberdade onde o indivíduo se pode movimentar, antes definem certos limites que o sujeito não deve trespassar e, por conseguinte, a autonomia privada não desempenha qualquer papel de relevo nestas normas”.

²⁵ Leitão, 2009, pp. 409-410.

proteção dos bens imateriais, ou mesmo teorias de proteção da personalidade. Entre nós, Ferrer Correia²⁶ defendeu a teoria da tutela do estabelecimento. Estas teorias, como explica Nuno Sousa e Silva²⁷, têm em comum justificar o instituto da CD com a necessidade de tutela do património comercial. Nesta medida, acabam por se revelar frágeis quando confrontadas com a função dos dPI, uma vez que, existindo fundamento para tal proteção, a mesma já terá sido assegurada por aqueles, não devendo ser função da CD limitar a concorrência para proteção do mérito alcançado por determinado agente económico, para além daquilo que a propriedade intelectual já lhe conferiu.

Surgiram ainda fundamentos relativos à poupança de custos, argumentando a justificação da CD como um limite à concorrência no sentido de permitir a poupança de custos empregues para proteção contra a própria concorrência. Ora, teria assim uma função de conferir confiança aos agentes económicos. Não obstante, não é pressuposto que os operadores económicos empreguem esforços contra medidas de concorrência, pelo que este fundamento não pode proceder por não justificar o instituto na sua plenitude (se é que o explica mesmo quando haja realmente investimento na proteção contra concorrência)²⁸.

Outra justificação para o instituto será a teoria da concorrência, segundo a qual cada operador no mercado estaria vinculado a um dever de não atuar com comportamentos reprováveis, sendo que alguns autores defenderam mesmo um direito à concorrência leal para justificar a existência da CD. Entre nós, esta teoria, apesar de adaptada, veio acolhida por Paulo Sendim²⁹, justificando a existência dos dPI e da CD (no seu caso, indistintamente) na garantia de um funcionamento de uma concorrência leal. Por seu turno, Adelaide M. Leitão sugeriu igualmente que se considerasse o Princípio da Igualdade em conjunto com o Princípio da Concorrência como fundamento do instituto, considerando que existe um interesse público de que a concorrência se realize em termos leais ou de acordo com os usos honestos de cada ramo da atividade económica³⁰. Estas teorias reconduzem-se a um fundamento de ética comercial, como explica Nuno Sousa e Silva³¹, que aponta ainda críticas no que respeita à abrangência e indefinição deste fundamento, carecido de desenvolvimento pela doutrina e jurisprudência (que entre nós, é escassa), existindo ainda um risco de se alcançar uma proteção excessiva. Não obstante, o próprio autor acolhe este fundamento, explicando

²⁶ Ferrer Correa, 1950, pp. 347-360.

²⁷ Silva, N.S., 2020, p. 175.

²⁸ Silva, N.S., 2020, pp. 178-179.

²⁹ Sendim, 1987, pp. 199-200.

³⁰ Leitão, 1996, p. 54.

³¹ Silva, N.S., 2020, p. 179. O mesmo autor refere ainda que esta é a teoria predominante em Itália, citando Luigi Sordelli e Salvatore Sanzo.

que o mesmo garante “um mínimo ético, um *fairplay* entre os participantes na luta concorrencial”.

Para o tema sobre análise, não é indiferente, nem inútil, refletir sobre as diversas teorias, pois que as mesmas nos levam a resultados diferentes na aplicação da CD, por partirmos de convicções distintas que nos conferem padrões de julgamento orientados para resultados de acordo com essas ideologias. Uma coisa é justificarmos o instituto com base na proteção do património comercial – caso em que limitaremos muito mais a liberdade de concorrência, pois mais facilmente consideraremos que um ato é desleal por ter o efeito de ferir gravemente o concorrente, por, ainda que inconscientemente, priorizarmos a manutenção da situação patrimonial do concorrente”³² – do que se partirmos da justificação ética, que apenas nos requisita uma garantia de lealdade na atuação no mercado – neste caso, será mais fácil nos abstrairmos do dano concorrencial, porque o ordenamento jurídico o aceita, tendo em consideração que a liberdade de concorrência é um pressuposto, para nos focarmos mais concretamente no ato praticado e avaliarmos a sua desconformidade aos padrões de lealdade naquele sector de atividade.

É atualmente dominante a justificação ética, nesta perspetiva de assegurar uma concorrência honesta³³. Contudo, a amplitude dessa teoria também deverá ser medida caso a caso pelo julgador, pois que, apoiando a mesma tese, poderemos inclinar-nos para uma maior ou menor proteção, privilegiando a concorrência leal ou privilegiando a livre concorrência. Citando Christopher Wadlow, Nuno Sousa e Silva³⁴ alerta que “é um erro assumir que a lealdade no comércio é sempre muito mais importante do que a liberdade do comércio”. Mas como já nos habituamos, a doutrina diverge. Quer-se com isto constatar que na balança de cada indivíduo a liberdade de concorrência e a concorrência leal terão pesos diferentes, tal qual as pessoas se inclinam diferentemente no espetro político.

É aqui que se encontra a interseção entre o Direito da Concorrência e a CD. Apesar de reconhecer que não seja suficiente para uma unificação dos dois no mesmo ramo, Oliveira de Ascensão constatou que ambos têm o objetivo de regular a concorrência (assim se compreende o sistema dualista pelo qual o nosso legislador optou, facilitando-nos a identificação do interesse jurídico protegido, apesar daquele que lhe é comum, a regulação do mercado concorrencial)³⁵. Isto posto, não há respostas certas nem erradas, há sim a necessidade de encontrar a orientação do nosso legislador nessa balança,

³² A categorização da cláusula geral como norma de proteção e a negação da existência de um direito subjetivo nega a possibilidade da existência de um direito à clientela. Ainda assim, aquelas teorias de proteção do património comercial poderiam ser aptas a justificar o instituto, uma vez que uma coisa não seria impeditiva da outra, apenas teriam de sofrer as adaptações devidas.

³³ Leitão, 2000, p. 58.

³⁴ Silva, N.S., 2020, p.188.

³⁵ Ascensão, 1994, p. 53.

tentando através da unidade do sistema jurídico perceber se coloca um daqueles valores acima do outro, sendo certo que essa realidade vai variando com o tempo. É, de facto, uma tarefa árdua.

Atingida esta meta, podemos concluir pelo que acima já se havia adiantado: é de facto um instituto muito elástico e vago. Assim sendo, a tarefa do julgador conduzir-se-á àquela que até aos dias de hoje se vem fazendo com o instituto do abuso de direito – não se pretende em momento algum desenhar-lhe contornos, mas vão sendo elaborados pela doutrina e pela jurisprudência vários critérios que permitem conhecê-lo a aperfeiçoá-lo, evitando erros e divergências de julgamento.

Ainda no que ao interesse jurídico protegido respeita, atentando ao sistema dualista pelo qual o nosso legislador optou³⁶, sempre diremos que a CD protege os interesses dos concorrentes e o próprio equilíbrio do mercado concorrencial, ainda que reflexamente possa servir o interesse dos consumidores. Contudo, também neste domínio podemos encontrar marcadas divergências, por não ser assim tão linear a resposta, a qual irá variar em função daquelas diferentes teorias de justificação do instituto. Carlos Olavo defendeu que o fundamento da CD radica essencialmente na proteção do interesse geral de regular funcionamento do mercado, visando satisfazer os interesses de todos os que nele participam, quer como produtores, vendedores ou consumidores, não deixando de considerar que a tutela do concorrente é o reflexo da tutela geral do interesse público³⁷. Adelaide M. Leitão, por sua vez, considera que é possível identificar na CD proteção reflexa dos consumidores, da mesma forma que é possível no Direito do Consumo e no Direito da Publicidade, destinados a tutelar especialmente os interesses dos consumidores, encontrar reflexamente proteção dos concorrentes (exemplificando com a publicidade enganosa e a comparativa). Apesar disso, entende que a proteção que se salienta na CD e que deve ser considerada é a proteção do concorrente, negando uma tutela efetiva aos interesses dos consumidores³⁸.

Ou seja, assumindo a existência de divergências, atentaremos naquela que parece ser a posição mais marcada entre os diferentes autores: pese embora não se ignore que a CD possa assumir-se reflexamente como protetora dos interesses dos consumidores (como é exemplo a indução em erro, prevista na al. a), art. 311.º do CPI), os interesses dos concorrentes e do mercado concorrencial encontram-se em primeira linha, podendo identificar-se normas especialmente concebidas para conferir proteção em especial a um concorrente (são exemplo as al. a), b), art. 311.º do CPI) ou normas que conferem

³⁶ Silva, N.S., 2020, p. 168.

³⁷ Olavo, 1987, p. 15.

³⁸ Leitão, 1996, pp. 85 e 86.

proteção aos concorrentes em geral (por exemplo, as al. d), e), f), do mesmo art., em que todos os concorrentes são afetados por tais práticas)³⁹.

Isto posto, consideraremos em diante que os principais interesses protegidos serão os dos concorrentes e o regular funcionamento do mercado (tendo em consideração até a legitimidade do órgão de fiscalização em promover officiosamente o competente procedimento contraordenacional⁴⁰). Sobretudo, não devem nesta fase restar dúvidas de que para acionar a CD e como seu pressuposto primeiro, como adiante exploraremos, é necessário que se verifique relação de concorrência, como se explicará⁴¹.

1.2. Ato de concorrência

Decorre do art. 311.º do CPI que o primeiro pressuposto de aplicação desta norma será a existência de um ato de concorrência.

Ato de concorrência é um conceito indeterminado, que nos aponta uma direção, mas não nos diz a que distância. Entre nós, Oliveira de Ascensão começa por evidenciar que terá de ser externo, ou seja, exige-se que o ato se projete no público, apontando para a necessidade de identidade ou afinidade dos produtos ou serviços, alertando ainda para o facto de que essa ponderação deverá ser realizada em concreto e relativamente ao ato que se analisa e não em abstrato⁴². Pedro Sousa e Silva⁴³ reconhece que o ato de concorrência deve ser “um ato suscetível de conferir posições vantajosas no mercado, face à clientela”, ou seja, que na disputa da mesma clientela seja apto a desviar a mesma a seu favor. Evaristo Mendes constatou que entre nós o efeito típico do ato de concorrência será o de influenciar ou alterar, a favor de quem o pratica, determinada situação ou relação concorrência⁴⁴.

Nuno Sousa e Silva acrescenta que, para além desses critérios, deve ainda exigir-se uma relação de concorrência, sem a qual um ato de concorrência não poderia considerar-se desleal, atendendo ao sistema dualista que vigora em Portugal⁴⁵. No que à Relação de concorrência respeita, levantam-se várias questões no preenchimento do critério, existindo conceções mais amplas, intermédias e restritas, que variam, respetivamente, desde o exagero de considerar que todos são concorrentes porque o poder de compra dos indivíduos é limitado, até às teorias que exigem uma estrita e absolutamente coincidente atividade para que haja concorrência⁴⁶.

³⁹ Rabaçal, 2017, pp. 47-50; Silva, N.S., 2020, p. 170.

⁴⁰ Silva, P.S., 2020, p. 458.

⁴¹ Silva, N.S., 2020, p. 147.

⁴² Ascensão, 1994, p. 57.

⁴³ Silva, P.S., 2020, p. 441.

⁴⁴ Mendes, 1997, pp. 87-98;

⁴⁵ Silva, N.S., 2020, pp. 208-215; num sistema monista exigir-se-á um comportamento económico, como constata o Autor.

⁴⁶ Silva, P.S., 2020, p. 441.

Aqui parece útil seguir a interpretação de Pedro Sousa e Silva, adotando uma conceção restrita que exige a disputa da mesma clientela⁴⁷, até porque, atendendo ao objeto deste estudo, não poderíamos pretender que a avaliação se concretizasse de outro ponto de vista que não aquele que avalia a cláusula geral com o cuidado de não violar frontalmente a segurança jurídica.

1.3 Deslealdade

É ainda pressuposto que esse ato de concorrência seja contrário às normas e usos honestos, ou seja, desleal. É sobre a difícil delimitação deste conceito de deslealdade que nos debruçaremos essencialmente, pois nele encontraremos a resposta à questão fundamental deste trabalho.

Neste trabalho estudamos a hipótese de a ação ou omissão violadora de uma norma jurídica ser concomitantemente um ato de concorrência, isto é, um meio para prevalecer sobre no mercado concorrencial. A avaliação que nos importa é a sobre a honestidade da conduta enquanto ato de concorrência e não como transgressora de norma jurídica imperativa, pese embora equacionar uma hipótese em que se utilize a violação da lei como meio de concorrência e em que a deslealdade não seja transversal à atuação completa seja de difícil alcance.

Adelaide M. Leitão constata que nos atos típicos de CD verificamos a existência de uma deslealdade objetiva, ao passo que na cláusula geral se exige um certo coeficiente de deslealdade, tendo de ser especialmente qualificada, considerando que a ilicitude destes atos de concorrência está na sua “peculiar finalidade ou na ilegitimidade dos meios utilizados”⁴⁸. A Autora propõe como critério para a avaliação da honestidade a aproximação à sindicância dos bons costumes, evidenciando o domínio da deontologia profissional⁴⁹.

Aquela que parece predominar nos tribunais e na doutrina é a avaliação da honestidade pela perspetiva do sector de atividade⁵⁰. Ana Amorim propõe ainda a superação da indefinição pelo recurso ao que se dispôs no Regime das Práticas Comerciais Desleais, designadamente na definição que se oferece na al. h) do art. 3.º, definindo diligência profissional como “o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional nas suas relações com os

⁴⁷ Silva, P.S., 2020, p. 442.

⁴⁸ Leitão, 1996, p. 78.

⁴⁹ Leitão, 2000, pp. 61-85; 192. A Autora pronunciou-se ainda sobre as diferentes teses desenvolvidas em torno do conceito de honestidade, as quais são também alvo de controvérsia na doutrina.

⁵⁰ Ac. TRP 13/06/2018 (p. 1839/13.2TBPVZ.P2), em que se considerou que: “O outro pressuposto remete para regras, normalmente não escritas, relativas à honestidade e rectidão de comportamentos que num qualquer sector de actividade se foram cristalizando sobre o que se considera, do ponto de vista da ética comercial, próprio dos bons homens do sector e, como tal, deve servir de padrão de comportamento para todos os agentes do sector”.

consumidores, avaliado de acordo com a prática honesta de mercado e ou com o princípio geral de boa fé no âmbito da actividade profissional”, assumindo que integram complementarmente o conceito de honestidade profissional a prática honesta de mercado, equivalente ao disposto no n.º 1 do art. 311.º do CPI, e o princípio geral de boa fé⁵¹.

Prosseguindo no tema, parece unânime na doutrina que a expressão “normas e usos” inclui os usos, os quais, como sabemos, se traduzem em práticas sociais reiteradas, independentemente da convicção da sua obrigatoriedade (que quando exista não é considerada para o efeito). Igualmente consideram que também nesta expressão se inserem os costumes, enquanto práticas sociais reiteradas, que se acompanham de convicção de obrigatoriedade⁵². Contudo, como sabemos, os usos e costumes vêm perdendo relevância com o avançar da ciência jurídica e, bem assim, a tendência cada vez mais acentuada para positivar o direito.

Naturalmente, consideram-se aqui também as normas de conduta que resultam de determinados sectores de atividade, quer os que resultem de códigos deontológicos, recomendações de boas práticas ou códigos de regulamentação. Dependerá naturalmente do sector de atividade em concorrência na apreciação concreta.

A questão complica quando nos questionamos se podemos abarcar neste conceito a violação de norma jurídica. Ou seja, se o comportamento antijurídico de um concorrente está apto a preencher este requisito. Assim, este assunto será abordado no campo próprio, atendendo a todas as especificidades que o mesmo levanta.

1.4 Em qualquer ramo de atividade económica

A aplicação da cláusula geral da CD e a avaliação da deslealdade pode ser realizada em “qualquer ramo de atividade económica”, tratando-se aqui da definição de um âmbito de aplicação e não de um requisito. Quanto a esta matéria levantam-se problemáticas de interpretação, designadamente sobre a questão de saber se os profissionais liberais podem ou não ser abrangidos pelo instituto, se associações sem fins lucrativos podem ou não estar abrangidas, se as criações artísticas podem ou não ser alvo deste escrutínio.

Existem posições diversas na doutrina. Relativamente ao primeiro tópico, parece que o art. 26.º, n.º 1 da Lei n.º 2/2013 de 10 de Jan veio resolver a dúvida, com uma remissão expressa para o regime da CD, sujeitando o exercício das profissões liberais ao seu escrutínio⁵³.

⁵¹ Amorim, 2017, p. 19; Similarmente, Koppensteiner, 2017, p. 9.

⁵² Cordeiro, 2011, pp. 627-655.

⁵³ Silva, N.S., 2020, p. 205.

Quanto ao segundo, a jurisprudência ofereceu um contributo que poderá ajudar em futuras interpretações, num recente litígio que envolveu uma sociedade desportiva e o seu clube desportivo fundador. Naquele o Tribunal considerou que não era descartável a hipótese de a primeira concorrer deslealmente com o segundo, num flagrante caso de indução em erro⁵⁴. Não obstante a primeira visar o lucro e a segunda, por sua vez, ter como escopo o fomento e a prática direta de modalidades desportivas⁵⁵, ou seja, sendo uma associação sem fins lucrativos, o Tribunal considerou possível a relação de concorrência e não excluiu do âmbito de aplicação da CD⁵⁶.

No que às criações artísticas concerne, o STJ já teve oportunidade de se pronunciar, numa situação em que uma peça artística criada por um arquiteto estava a ser imitada e vendida no mercado, causando confusão. Considerou que as criações artísticas não ficam excluídas do crivo da CD, justificando essa decisão com base no art. 228.º do CDADC, o qual ressalva expressamente a aplicação de outros institutos, designadamente o da CD às criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico⁵⁷. Ainda assim, não podemos ignorar o carácter comercial das operações a que estavam sujeitos os objetos sob escrutínio. Não raras vezes as criações intelectuais protegidas têm valor económico dentro de um mercado concorrencial, o que só por si, a nosso ver, poderia justificar a aplicação da CD.

1.5 Censurabilidade

A decomposição dos requisitos da cláusula geral é ainda controversa na doutrina, sendo apenas certos o ato de concorrência e a deslealdade. A culpa é um dos requisitos que não é apontado por todos os autores, sendo um dos pontos em que se assinalam algumas divergências⁵⁸.

Ainda assim, como bem refere Pedro Sousa e Silva, na aplicação das consequências pela subsunção ao instituto da CD é sempre exigida a culpa do concorrente lesante, quer porque no âmbito contraordenacional assim se exige (não sendo inclusive censurável uma conduta negligente de CD, por não existir tipificação nesse sentido), quer porque para efeitos de aplicação do instituto da responsabilidade civil é também pressuposto a existência de culpa, seja ela na modalidade de dolo ou mera culpa⁵⁹.

⁵⁴ Sentença de 29/10/2021, Juízo Central Cível de Lisboa, p. 24272/18.5T8LSB, <https://www.osbelenenses.com>.

⁵⁵ Art. 26.º Lei n.º 5/2007 de 16/01.

⁵⁶ Silva, N.S., 2020, p.206 entende ser possível, até porque estas pessoas coletivas podem ser titulares de dPI, mas há quem assuma posição diversa, como o próprio refere.

⁵⁷ Ac. STJ de 14/03/2019 (p. 225/13.9YHLSB.L1.S1).

⁵⁸ São exemplo Gonçalves, 2021, p. 378; Paúl, 1997, p. 41.

⁵⁹ Silva, P.S., 2020, p. 448; Leitão, 2000, pp. 161-164.

Na hipótese a que nos dedicamos não parece possível que a violação de norma jurídica como meio para obter uma vantagem concorrencial seja praticada de forma inconsciente e involuntária, pelo que se afigura que a culpa acompanhará a deslealdade.

2. Consequências

Dispõe o art. 330.º do CPI que “constitui contraordenação económica muito grave, punível nos termos do RJCE, a prática de qualquer dos atos de concorrência desleal definidos no art. 311.º”.

No que aos atos concretamente “definidos” respeita, ou seja, as alíneas previstas no art. 311.º do CPI, dúvidas não existem sobre a ilicitude contraordenacional. Por sua vez, a cláusula geral, composta por “megaconceitos indeterminados”, conduz-nos a uma delicada análise.

Oliveira De Ascensão quanto à interpretação desta norma sugere que a mesma não abrange os atos atípicos de CD, ou seja, a previsão a que se destina a cláusula geral, mas apenas aqueles que vêm definidos no corpo do art., pelo que afasta a possibilidade de contraordenação nestes casos⁶⁰.

No passado e durante a vigência da norma penal incriminadora, considerando crime os atos de CD, sempre se suscitaram problemáticas em torno da mesma, por diversas razões, mas sobretudo pela colisão com o Princípio *Nullum crimen sine lege* certa, por se considerar que aquela cláusula não preenchia os requisitos mínimos da tipicidade penal e que, por isso, a norma incriminadora padecia de inconstitucionalidade⁶¹.

Hoje, despromovido a ilícito contraordenacional, a avaliação do Princípio da Legalidade e da exigência da tipicidade neste domínio é igualmente importante, pois que a cláusula geral mantém a indefinição e abrangência.

Decorre do art. 2.º do DL n.º 433/82, de 27/10 que só será punido como contraordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei. Daqui deriva a aplicação do Princípio da Legalidade ao regime contraordenacional, apesar de ser consabido que as exigências que se fazem sentir neste domínio não são as mesmas que vigoram em matéria penal⁶².

⁶⁰ Ascensão, 2007, p. 88-89.

⁶¹ Ascensão, 1994, p. 258; Leitão, 2000, p. 92; Carvalho, 1967, p. 86.

⁶² Ac. TRL 29/11/2011, (p.773/10.2TYLSB), em que se decidiu: “No ilícito contraordenacional, à semelhança do que acontece no tipo incriminador, o tipo objectivo há-de estar suficientemente especificado, a descrição da conduta punível deve ser, tanto quanto possível, clara e precisa, mas a doutrina, em geral, aceita que a tipicidade não exclui uma certa maleabilidade dos tipos no direito sancionatório das contra-ordenação”; Ac. TRG 01/12/2014, (p. 7469/13.ITBRRG), no mesmo sentido: “No direito das contraordenações vale a exigência de tipicidade e a consequente determinabilidade dos tipos, mas a técnica legislativa neste Direito não tem de obedecer ao paradigma rígido da tipicidade no direito criminal. Os tipos contraordenacionais podem ter maior maleabilidade do que os que descrevem infrações criminais, contendo normas em branco,

Tomás Rabaçal mantém o entendimento de que a cláusula geral não passa no crivo do Princípio da Legalidade e como tal, não poderá considerar-se a existência de contraordenação quando a mesma se verifique⁶³. Outros autores parecem admitir que o problema se encontra ultrapassado desde a descriminalização⁶⁴.

Não são conhecidas condenações pela prática de CD ao abrigo da cláusula geral, pelo que ficam em aberto as duas possibilidades.

Sobre esta problemática, analisando uma norma que considerava contraordenação “a inobservância de qualquer das disposições deste diploma a que não corresponda outra sanção”, pronunciou-se a Comissão Constitucional no Parecer n.º 1/82, considerando “com muitas dúvidas” que o Princípio da Legalidade em matéria contraordenacional exigência não tem dignidade constitucional⁶⁵. Logo de seguida considerou que “não significa, todavia, negar toda a incidência do princípio da legalidade no domínio das contra-ordenações, mas recusar apenas que as suas exigências de determinabilidade e de tipicidade se façam sentir com a mesma intensidade e premência que ganham no domínio do direito penal”.

Note-se que estão atualizadas as considerações tecidas no passado acerca da cláusula geral, designadamente as de Adelaide M. Leitão, Oliveira De Ascensão E Orlando De Carvalho quando consideraram que a cláusula geral não seria um tipo aberto, mas sim um tipo “totalmente escancarado”⁶⁶. Sugeriu até Oliveira De Ascensão que não seria diferente de uma hipotética norma que declarasse “crime todo o ato contrário à boa-fé, ou praticado em fraude à lei”⁶⁷.

Parece que, apesar de não ser tão rigorosa a exigência de tipicidade no domínio contraordenacional, a verdade é que parece que não há um mínimo concretizado na cláusula geral que respeite o disposto no art. 2.º do DL n.º 433/82, de 27/10, uma vez que não é possível determinar objetivamente os comportamentos proibidos, como se exige⁶⁸.

Em jeito de conclusão, propõe-se quanto a este assunto o entendimento de Oliveira De Ascensão e Tomás Rabaçal, segundo o qual não poderá proceder um procedimento contraordenacional baseado na cláusula geral de CD.

que remetem para critérios fixados pela própria Administração. Indispensável é que não obstem à determinabilidade objetiva das condutas proibidas e demais elementos de punibilidade requeridos”.

⁶³ Rabaçal, 2017, pp. 44-45.

⁶⁴ Silva, N.S., 2020, p. 238.

⁶⁵ Nesse sentido Ac. TC 730/95 e 666/94.

⁶⁶ Ascensão, 1994, p. 258; Leitão, 2000, p. 93; Carvalho, 1967, p. 86.

⁶⁷ Ascensão, 1994, p. 258.

⁶⁸ Dias, 2004, p. 364. Acresce que, surge um outro impedimento legal que obstaculizaria à aplicação da contraordenação com base na previsão da cláusula geral, designadamente a previsão do art. 8.º do DL n.º 433/82 de 27/10, que excluiria o dolo por erro sobre a proibição, uma vez que o seu conhecimento sempre seria indispensável para que o agente tomasse consciência da ilicitude e que em matéria contraordenacional este erro é relevante.

A prática de CD é ainda suscetível de gerar um ilícito civil⁶⁹. Adelaide M. Leitão, depois de constatar que a cláusula geral é uma norma de proteção, por tutelar quer o interesse dos concorrentes quer o da coletividade, encontra na sua violação uma fonte de ilicitude. Nessa medida, a subsunção à CD preenche a ilicitude de que depende a aplicação da responsabilidade civil (art. 438.º CC). Verificando-se a culpa (por dolo ou mera culpa) e produção de dano, ou pelo menos o simples perigo em abstrato com origem naquele facto ilícito (CD no caso), incorrerá o concorrente infrator na obrigação de reparar o dano ou de se inibir de o provocar⁷⁰.

3. Violação de normas jurídicas como ato de concorrência desleal

Apesar da escassez doutrinal e jurisprudencial sobre o assunto, já foram tomadas algumas posições sobre o tema que ora se analisa.

Oliveira De Ascensão refletiu sobre a questão e terminou com a conclusão de que nada forçava a incluir a norma jurídica naquele conceito. Começou por descartar a hipótese de se tratar de normas em matéria de direito da concorrência (coloca-as num grupo que denomina de regras específicas⁷¹), por não ser confundível a concorrência ilícita com a concorrência desleal, constatando que “os dois ramos do direito se podem chocar, porque os seus objetivos imediatos são antiéticos”. Quanto às demais normas jurídicas, considera perigoso incluí-las na CD, enfatizando que “daqui se vê o perigo de distorção que cai sobre este domínio da concorrência desleal, porque a invocação da lealdade da concorrência pode esconder a preocupação das empresas já instaladas de afastar concorrentes mais agressivos, como se diz hoje, ou mais dinâmicos. Também aqui, a deontologia pode ser adulterada para cobrir afinal outros interesses. As regras da concorrência desleal podem, se o desvio realmente se verificar, ser utilizadas como obstáculo à concorrência”⁷².

O Autor não está sozinho neste argumento. Nuno Sousa e Silva, referindo-se até ao conjunto global de normas jurídicas, também descarta a possibilidade de as incluir no conceito de “normas e usos honestos” da CD, por considerar perigosa a hipertrofia do instituto⁷³. É um argumento valioso, pois o campo de atuação dos agentes económicos é delimitado pela CD e pelo Direito da Concorrência- representando este o “8” e aquele o “8o”. Como refere Coutinho De Abreu a deslealdade concorrencial pressupõe a liberdade de atuação concorrencial⁷⁴. Ou seja, sabendo que a liberdade de concorrência tem de ser

⁶⁹ Leitão, 2000, p. 175; Varela, 2014, p. 876; Costa, 2010, p. 654.

⁷⁰ Leitão, 2008, pp. 406-416.

⁷¹ Ascensão, 1997, pp. 30-31.

⁷² Ascensão, 1994, pp. 5-7.

⁷³ Silva, N.S., 2020, p. 222.

⁷⁴ Abreu, 2022, p. 12.

assegurada e o Direito da Concorrência concretiza essa liberdade, é igualmente certo que essa liberdade tem o limite da honestidade, campo em que já atua a CD. Contudo, se a CD tiver uma maior abrangência, utilizando mais altos padrões de honestidade e retidão e aplicando-se em qualquer situação que se considere reprovável, então estaremos certamente a diminuir a liberdade de concorrência e a área de atuação dos concorrentes. Assim importa saber se a liberdade de concorrência é mais importante do que a concorrência leal⁷⁵.

Oliveira De Ascensão utilizou ainda um argumento literal, evidenciando que a palavra “honestos” perderia sentido quando permitíssemos a integração das normas jurídicas, porquanto não existem normas jurídicas honestas e desonestas.

Termina com um último argumento, indicando que a CD não se destina a duplicar a repressão de todo o ilícito praticado⁷⁶.

Adelaide M. Leitão, por sua vez, admite a possibilidade da violação de norma jurídica ser candidata a preencher o conceito de deslealdade para efeitos de CD. Começa por distinguir aquilo a que denomina ilicitude externa e interna, configurando a primeira como a infração de qualquer norma do ordenamento jurídico e a segunda como a infração da lealdade da concorrência. Com efeito, segue analisando o tema assumindo que a admissão da violação de normas jurídicas como CD implica o risco de generalização, designadamente se considerarmos que qualquer ilicitude externa implica sempre a interna, caso em que a CD seria desvirtuada para servir o propósito de fiscalizar o ordenamento jurídico. Por outro lado, admite que negar essa realidade implicaria o risco de banalização – quando se torna sempre irrelevante a ilicitude externa, desprotegendo-se assim em absoluto o mercado concorrencial, seguindo aqui os critérios que já se exploravam em Espanha⁷⁷.

Para avaliar a deslealdade da infração são conhecidas duas correntes. Aquela a que se denomina comumente de modelo social, em que o que releva para efeitos de avaliar

⁷⁵ Note-se que para além do argumento reforçar a ideia da importância de não se limitar a liberdade de concorrência, há ainda um outro perigo: o de se utilizar corriqueiramente a CD com o fito de trapacear um concorrente. Em França, por exemplo, admite-se de forma generalizada que a violação do direito vigente é suscetível de ser considerado um ato de CD, cfr. decisão da La cour d'appel de Pau de 2013, em que se constatou: “Il est constant qu'un manquement à une obligation légale par une entreprise, ainsi que le non-respect d'une réglementation peuvent constituer une faute justifiant une condamnation pour concurrence déloyale, en ce que ce comportement perturbe le marché de par la situation plus favorable dans laquelle cette entreprise se trouve par rapport à celles qui respectent la réglementation” (disponível em: <https://www.doctrine.fr/d/CA/Pau/2013/RC635A546EA92A8F3B3ED>); Logo de seguida, podemos encontrar sociedades de advogados a sugerir que se utilize este mecanismo como forma de controlar a liberdade de um concorrente e limitar o seu campo de atuação, chamando-lhe “ferramenta estratégica” para proteger o negócio, conforme se pode constatar do art. publicado em: <https://www.gouache.fr/articles/Articles/La-vie-du-franchiseur/Gerer-la-concurrence/Action-en-concurrence-deloyale/Avocat-La-violation-d-une-obligation-legale-ou-reglementaire-constitue-un-acte-de-concurrence-deloyale-susceptible-de-causer-un-prejudice-a-vos-concurrents-dont-i>; Quando muito, chegaríamos à conclusão que utilizar a “ferramenta” é que seria enquadrável em CD, uma vez que é uma ferramenta de agressão para com um concorrente.

⁷⁶ Ascensão, 1994, pp. 67-69.

⁷⁷ Águila-Real, 1991, pp. 673-680.

a deslealdade da infração da norma jurídica é o efeito e relevância que assume no mercado concorrencial, impedindo o seu regular funcionamento, designadamente por desequilibrar a igualdade e afetar o mercado livre e competitivo. De acordo com esta perspectiva consideraríamos que o ato seria desleal quando fosse apto a provocar uma alteração vantajosa da posição competitiva do concorrente que adotou aquela postura.

Encontramos ainda o modelo corporativista, em que se utiliza como critério para avaliação da deslealdade a valoração moral da conduta infratora, ou seja, se ela arrepiava de facto os padrões de honestidade daquele sector de atividade⁷⁸.

A Autora assume que a deslealdade da nossa CD se interpretaria de acordo com o modelo social. Reconhece que há casos em que a infração não resulta logo numa posição de vantagem, apontando o exemplo da fuga aos impostos como uma das atuações antijurídicas que não é apta a satisfazer o preenchimento do conceito de deslealdade. Como exemplos daquilo que considera possível de preencher o conceito chama à colação a violação das regras restritivas de comércio ou horários de funcionamento.

Em jeito de conclusão, parece admitir que a violação de normas jurídicas é suscetível de preencher o conceito de deslealdade para efeitos de aplicação da CD quando esse incumprimento afete a posição competitiva dos concorrentes, eliminando a igualdade competitiva⁷⁹. No mesmo sentido encaminhou-se Ana Amorim, considerando que “importa especialmente recorrer à interpretação funcional da disciplina, que permite delimitar quais as normas relevantes para efeitos da aplicação da cláusula geral de Concorrência Desleal”⁸⁰.

Por seu turno, Tomás Rabaçal propõe uma atualização da interpretação da cláusula geral que passa por assumir que o interesse protegido não é em primeira linha a proteção dos concorrentes, mas sim a proteção do mercado, pretendendo dar relevância aos atos que venham praticados com preterição daquilo que é o equilíbrio salutar da concorrência, que resultem numa sobreposição de determinado agente económico no mercado⁸¹. Assim, a violação de normas fiscais, laborais, de higiene e segurança ou normas que regulem a atividade, que ofereçam uma posição de vantagem e conseqüente desequilíbrio no mercado, seria suscetível de configurar um ato de CD⁸².

Sustenta ainda a sua posição no argumento trazido por Evaristo Mendes, que alerta para a circunstância de que os concorrentes lesados pela infração seriam levados, por necessidade de sobrevivência, às mesmas práticas antijurídicas, estimulando um

⁷⁸ Águila-Real, 1991, pp. 673-680.

⁷⁹ Leitão, pp. 57-59, revela uma interpretação ao abrigo do modelo social.

⁸⁰ Amorim, 2017, p. 13.

⁸¹ Também este autor se inclina no sentido de assumir que a nossa CD deveria ser analisada de acordo com o modelo social.

⁸² Rabaçal, 2017, pp. 155-160.

fenómeno de incumprimento generalizado naquele sector de atividade⁸³. Admite que qualquer concorrente lesado estaria legitimado a reagir contra aquele ato com base na CD.

Temos assim reveladas as posições que medeiam entre o tudo e o nada. Uma negação absoluta da possibilidade da violação de normas jurídicas configurar um ato de CD por não ser subsumível no preceito “normas e usos honestos”, passando, de seguida, pela análise de uma posição intermédia que assume essa possibilidade, mas cujo critério oferecido (como adiante exploraremos) não é suficiente para retirar nenhuma ilação e, terminando, com uma posição que nos conduziria ao cúmulo constante de ilicitude, desvalorizando a avaliação da ética da conduta e valorizando os seus efeitos.

A nossa jurisprudência pronunciou-se escassas vezes sobre o assunto. O STJ, sobre a interpretação da expressão, considerou que “As normas de comportamento são regras constantes dos códigos de boa conduta, elaborados, com crescente frequência, por diversas associações profissionais. Por sua vez, os usos honestos são padrões sociais de conduta de carácter extra-jurídico, correspondentes a práticas sociais, nem sempre uniformes, pois podem variar consoante o sector de actividade considerado.”, tendo concluído que “A deslealdade afere-se pela violação autónoma de normas sociais de conduta e não por violação de normas legais (ainda que possa haver actos desleais que também sejam ilegais)⁸⁴, tendo repetido já noutras decisões as mesmas considerações⁸⁵. Posteriormente, o TRL decidiu que “A não observância de leis de interesse público, designadamente as que têm por objeto o licenciamento da atividade de transporte rodoviário, gera concorrência desleal com as demais empresas cumpridoras, com os atinentes danos financeiros, num mercado que o legislador quis devidamente regulamentado”⁸⁶.

Apesar de à primeira vista a decisão sugerir que o STJ adotou uma postura de negação da integração das normas jurídicas na cláusula geral de CD, a verdade é que não era um tema necessário à decisão que se impunha e que a ressalva sobre a possibilidade de atos desleais serem ilegais deixa margem para que se considere um posição híbrida, admitindo situações em que possa haver cúmulo de violações, ou seja, violações de normas jurídicas que simultaneamente são aptas a preencher a cláusula geral. Por sua vez, o TRL ao apreciar a questão em concreto, admitiu essa possibilidade.

⁸³ Mendes, 2015.

⁸⁴ Ac. STJ de 24/04/2012, p.424/05.7TYVNG.P1.S1.

⁸⁵ Ac. STJ de 26/02/2015, p.1288/05. 6TYLSB.L1.S1.

⁸⁶ Ac. TRL de 27/04/2017, p. 7730-15.0T8LSB.

3.1. Confronto das posições

Reunimos até aqui as considerações existentes acerca da admissibilidade das normas jurídicas na cláusula geral da CD e apenas com a conjugação destes contributos oferecidos pela doutrina será possível tomar uma posição. Sem embargo, cumpre analisar criticamente as posições defendidas, avaliando os seus fundamentos.

Um dos fundamentos que se apresentou como obstáculo à admissibilidade da violação de norma jurídica se revestir simultaneamente como um ato de concorrência e configurar-se como desleal nos termos do art. 311.º do CPI relaciona-se com o risco de hipertrofia, distorção ou de generalização do instituto. Parece que este se relaciona essencialmente com a preocupação de se criar um obstáculo desnecessário à liberdade de concorrência.

A volubilidade do tráfico jurídico e comercial poderão alterar a figura, aumentando o seu campo de atuação ou restringindo-o. Atualmente, parece que o legislador não oferece primazia à liberdade de concorrência em detrimento da concorrência leal, nem o inverso. A concorrência em Portugal está configurada como uma incumbência prioritária do Estado, tal como resulta do próprio art. 81.º, f) da CRP, ao dispor lhe cabe “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre empresas, contrariar as formas de organização monopolista e reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”.

Adelaide M. Leitão, a este propósito, esclarece que aquela consagração constitucional não se sobrepõe nem altera o conteúdo do Princípio da igualdade, consagrado no art. 13.º da CRP, no qual considera suportada a CD, pois que entende que quer a liberdade de concorrência, quer a concorrência desleal concorrem, cada um à sua maneira, para um princípio de concorrência, por considerar que na primeira impera o valor da liberdade, alcançando-se indiretamente a igualdade, e na segunda, impera a igualdade, alcançando-se indiretamente a liberdade⁸⁷. Ademais, não se deve ignorar que até 2003 o legislador nacional tratava a CD como ilícito criminal, ou seja, considerando a lealdade na concorrência um bem jurídico fundamental.

Em conjunto, aqueles dois valores, desempenham um importante papel na regulação do mercado, garantindo uma concorrência salutar entre os participantes. Parece que, apenas se forem colocados em igual patamar de importância, poderão assegurar o equilíbrio que se pretende. Contudo, é uma proposta que deverá apenas ser utilizada como princípio para interpretação do que se segue.

⁸⁷ Leitão, 2000, p. 88.

Admite-se a pertinência da observação, que não é descabida. Ainda assim, não se trata aqui de uma verdade absoluta. O concorrente que obtém uma vantagem concorrencial pela violação de norma jurídica não será limitado pela CD mais do que já o era pela própria norma violada. Ou seja, se pensarmos na violação de norma fiscal, laboral, de segurança, de acesso à atividade, sabemos que não lhe era permitido esse comportamento. Não estaria propriamente a atuar no domínio da sua liberdade (apesar de a liberdade incluir a opção do incumprimento). A essa violação corresponderão consequências, as quais podem não acautelar devidamente os danos provocados no mercado concorrencial, porquanto aquela norma jurídica não se destinava a proteger este interesse jurídico. Assim, este argumento em si não pode impedir de forma taxativa e absoluta a integração da violação de lei na cláusula geral de CD.

A negação da possibilidade de preenchimento da cláusula geral pela violação de norma jurídica seria ainda motivada pelo perigo de utilização da CD como veículo para impedir o crescimento de concorrentes; pelo afastamento do elemento literal da lei; e pela duplicação da repressão de todo o ilícito praticado.

A utilização da CD como meio de agressão de concorrentes⁸⁸, sobretudo pela possibilidade de se vir a instalar o caos de permitir que se utilizem ações judiciais com o fito de limitar o desenvolvimento e crescimento de concorrentes, com a mínima violação de norma jurídica que encontrem⁸⁹, com o devido respeito, só seria uma preocupação efetivamente relevante, se se admitisse, sem mais e sem critérios, que toda e qualquer violação de lei que colocasse um concorrente em vantagem constituísse um ato de CD. Contudo, se reservarmos a aplicação com ponderação, não existem motivos para que nasçam movimentos desta natureza. Além do mais, o risco de ser demandado em juízo para qualquer causa existe sempre e sendo infundado causará sempre incómodos e prejuízos que o direito não tutela.

No que ao argumento da interpretação literal diz respeito, designadamente que deveria ler-se normas honestas e que não existem normas jurídicas honestas e outras desonestas, com o devido respeito, não parece que possa admitir-se como válido e impeditivo de se vir a considerar a violação de norma jurídica como CD⁹⁰. Como bem contrapôs Adelaide M. Leitão, a ser assim, por respeito ao disposto no art. 9.º, n.º 3 CC, presume-se que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados e que não utilizaria a terminologia “normas” em vão,

⁸⁸ A utilização da palavra “agressão” sugere exatamente que este comportamento em si acarretaria o risco inverso, ou seja, quem o utilizasse desta forma poderia incorrer na prática de CD.

⁸⁹ Situação que como expusemos (ver nota 73), é uma preocupação atual no ordenamento jurídico francês.

⁹⁰ Poderiam existir outros entendimentos sobre o que seria uma norma honesta. Na Alemanha construiu-se uma teoria sobre normas de conteúdo ético e outras de conteúdo neutro, precisamente para definir o que seria relevante para efeitos de CD; Keck, 2005, p. 28.

pois que não utiliza termos diferentes para a mesma realidade⁹¹. Igualmente, não quererá o legislador assumir que existam códigos de conduta com normas desonestas.

Assim, o argumento literal favorece a tese da admissão da norma jurídica dentro do conceito de “normas e usos honestos” e não o contrário. Por outro lado, a honestidade afere-se pelo ato que se pratica e não pela norma ou uso. Não podemos igualmente ignorar que nem sempre a atuação em conformidade com a lei é considerada honesta, como são exemplos os casos em que é aplicável o abuso de direito. Isto não faz da lei desonesta, apenas se censura o comportamento adotado com base em determinada norma legal, quando o contexto revela que aquele aproveitamento de disposição legal não é correto e é inaceitável pela comunidade em geral.

Por fim, surge a preocupação com a duplicação da repressão do ilícito. Ou seja, sugere-se que o autor da CD seria alvo de um exagero de sanções pelo comportamento que adotou. É uma preocupação que deixa de ter sentido perante a realidade que já acima assumimos e que, aliás, o próprio Oliveira De Ascensão também o fez. Esta situação seria uma preocupação quando a ilicitude externa constituísse ela mesmo contraordenação ou mesmo crime. A penalização da cláusula geral claudica quando analisada em sede contraordenacional, por aplicação do Princípio *Nullum crimen sine lege certa*, aplicado por remissão expressa do art. 2.º do DL 433/82, de 27 de Out, por insuficiência da descrição do tipo legal⁹².

Quanto à duplicação do ilícito civil, questiona-se se não deveria acautelar-se igualmente aqueles que foram prejudicados com a sua conduta infratora. Reparar os danos causados não pode ser encarado como uma dupla penalização, mas sim como a reconstituição da situação que existiria se se tivesse absterido de praticar aquele ato ou

⁹¹ Leitão, 2000, p. 57.

⁹² Mas ainda que assim não se entenda e que se considere que a contraordenação abrange igualmente a cláusula geral, não ficaria claudicado o assunto por aqui, pois que se aplicariam as diferentes soluções do concurso efetivo ideal, designadamente as que se propõem a propósito do crime-meio e crime-resultado (a CD seria no exemplo que se estuda o crime resultado), com os limites impostos pelo disposto no art. 19.º do DL 433/82. Descarta-se a hipótese da qualificação como concurso aparente, pois, como veremos, não se considera possível a admissão de CD por violação de normas jurídicas quando haja coincidência entre os bens jurídicos tutelados. Atualmente descarta-se a proposta de Dias, 2004, p. 1018, designadamente de que impera nesta matéria um Princípio da proibição da violação da dupla-valorização e que, por isso, aplicaria as regras do concurso aparente, apesar de não o ser. O Ac. STJ 24/04/2019 (p. 308/12.2TAABF), em crítica a essa solução considerou: “Relativamente à relação de instrumentalidade, ela abarcaria as situações em que um ilícito surge perante o ilícito principal unicamente como meio de o realizar e nessa realização esgota o seu sentido e os seus efeitos. Contudo, esta posição doutrinal, meritoriamente preocupada em evitar a violação do princípio da proibição da dupla censura do mesmo facto, acaba por subalternizar, ou mesmo desproteger, de forma insustentável do ponto de vista político-criminal, bens jurídico-penais relevantes, tratados como meros “sentidos de ilícito subordinados”. Com efeito, o crime-meio pode assumir, na conduta executada pelo agente, uma relevância penal superior, pela especial ilicitude ou censurabilidade da conduta, à do crime-fim, sendo então intolerável subordinar a proteção do bem jurídico por ele tutelado à que é concedida por este último. Nesse caso, aliás, dificilmente se poderia dizer que o crime-meio “esgota” o seu sentido ao desempenhar a sua função instrumental. Assim como dificilmente se poderia considerar que a proteção jurídica dada ao crime principal esgotaria a tutela do crime subordinado. Conclui-se, pois, que o critério legal consagrado no art. 30.º, n.º 1, do CP é basicamente o defendido por Eduardo Correia, segundo o qual há concurso (efetivo) de crimes quando os factos praticados pelo agente são subsumíveis a crimes que protegem bens jurídicos diferentes (ou, protegendo o mesmo bem jurídico, forem cometidos em ocasiões diferentes).”

omissão contrário a norma jurídica vigente, até porque o nosso sistema não responde com indemnização punitiva e em todo o caso, o limite da indemnização será sempre o dano, independentemente dos fundamentos invocados⁹³.

Já no que à teoria que desenvolveu Adelaide M. Leitão respeita, assumindo que nem toda a violação de norma jurídica pode constituir CD por influenciar a posição do concorrente, mas que igualmente não pode negar-se essa possibilidade em absoluto, devendo aferir-se se o ato foi suscetível de afetar a posição competitiva dos concorrentes, socorre-se essencialmente do argumento da igualdade, propugnando que a cláusula geral oferece a garantia da par conditio concurrentium, ou seja, do Princípio da concorrência, colocando em igual patamar a igualdade e a liberdade na concorrência. Quanto à sua argumentação, nada pode apontar-se, não conclui com absolutismos e admite um modelo híbrido. No entanto, peca por insuficiência. O critério que sugere não é suficiente para o julgador avaliar se determinado ato é ou não suscetível de se enquadrar como CD. Por fim, com a ressalva do respeito que é devido pelo contributo que oferece nesta matéria, não parece correto terminar com um elenco de normas que são suscetíveis de integrar no conceito de CD e outras que não o são. Parece que não é pela tipologia de norma que a avaliação deverá ser feita, como adiante exploraremos, mas sim pelos efeitos e propósitos que com a violação de determinada norma se visou. Concretizando, a Autora nega a possibilidade de se entender como CD a fuga aos impostos, por considerar que não resulta logo numa posição de vantagem ou num dano para outrem. Terá razão na seguinte hipótese: dois cabeleireiros que se situam na mesma rua e utilizam tabela de preços muito semelhante; um deles não emite todas as faturas devidas, mas cobra ao cliente o preço da tabela. Com essa atuação pode afirmar-se que aumenta o seu lucro (porque se apropria indevidamente do valor de IVA e IRC) e assim incrementa o seu património mais rapidamente, logrando um poder de investimento superior. Contudo, não é com este comportamento que provoca dano concorrencial, porque o ato não é dirigido à concorrência, mas sim um ato de organização interna⁹⁴. Todavia, não terá razão se no sector da comercialização de determinado objeto, um dos concorrentes colocar o objeto à venda por preços irrisórios e sem emissão da respetiva fatura, por ter adquirido aquela mercadoria igualmente sem fatura, situação com a qual nenhum outro concorrente poderá concorrer licitamente, porque, por exemplo, o preço a que o infrator comercializa é inferior ao preço que aquele concorrente cumpridor adquire ao seu fornecedor. Nesta situação seríamos levados a considerar que foi violado o Princípio par conditio concurrentium e que foi substancialmente afetada a posição competitiva do concorrente. Quer com isto afirmar-se que a teoria desenvolvida pela própria Autora não

⁹³ Silva, N.S., 2020, p. 471.

⁹⁴ Ascensão, 1994, p. 57, havia já constatado que os atos de concorrência que relevam serão os atos externos.

permite a catalogação de normas jurídicas suscetíveis de integrar a CD, pois que a apreciação não pode deixar de ser casuística e que aquele critério de forma isolada não nos consegue oferecer uma resposta concreta, nem assegurar a segurança jurídica.

Por fim, no que à proposta apresentada por Tomás Rabaçal respeita, assumindo como CD qualquer violação de norma jurídica suscetível de sobrepor um concorrente no mercado com prejuízo para o equilíbrio salutar do mercado concorrencial, cumpre destrinçar os problemas que essa sugestão poderia suscitar. Os argumentos que utiliza para justificar este entendimento são, sobretudo, a necessidade de proteção do mercado concorrencial e o risco do incumprimento generalizado por falta de resposta competente do ordenamento jurídico. Ora, quanto ao primeiro parece que pecará pelo exagero de limitar a liberdade de concorrência de forma corriqueira e de utilizar a CD como um garante do cumprimento do ordenamento jurídico. A verificar-se a CD por toda e qualquer violação de norma jurídica que afete o equilíbrio concorrencial, teria um resultado mais desastroso do ponto de vista do equilíbrio do que propriamente pelo ato que se praticasse. Estaria verificado o tal risco de banalização para o qual a Autora anterior alertou. Incorríamos ainda no risco de se utilizar este mecanismo como uma ferramenta para limitar os concorrentes, por tudo e por nada, obstaculizando o seu crescimento. Desta forma, concorrentes já estabelecidos no mercado teriam ao seu dispor formas de impedir o crescimento de outros e novos problemas nasceriam.

Acresce que a CD não deve ser encarada com a leviandade que resultaria desta solução. Como se verifica na descrição dos atos de concorrência desleal típicos, a deslealdade da conduta é extrema e é assim considerada por qualquer um, sob pena de se colocar em séria questão a segurança jurídica. No que à cláusula geral respeita, reclama-se uma deslealdade ainda mais qualificada⁹⁵. A deslealdade não deriva unicamente da infração de norma jurídica. Deverá ser notório o arripio pelo esquema articulado, agredindo um concorrente, desviando clientela pelo aproveitamento de mérito alheio, induzindo em erro, por exemplo, sendo censurável a sua desonestidade. Não será assim com a maioria das violações de normas jurídicas.

Com frequência, se bem pensarmos, a fuga aos impostos não terá a finalidade de prevalecer sobre a concorrência e oferecer preços com os quais os concorrentes não conseguem competir, mas sim o de mero enriquecimento ilícito, à custa da fazenda pública e não do concorrente vizinho. Se esse enriquecimento, por sua vez, lhe confere uma posição de vantagem, designadamente pelo aumento da capacidade de investimento, será já um dano colateral. Ou seja, nesta hipótese a fuga aos impostos é um ato interno e não externo (dirigido à concorrência), não se projetando diretamente no mercado concorrencial. O concorrente que enriqueceu ilicitamente terá até sérias

⁹⁵ Leitão, 1996, p. 78, refere que deverá mesmo ser “especialmente qualificada”.

dificuldades em investir com o montante não declarado e incorre num risco que resultou de uma estratégia de negócio, que outro concorrente não pretende incorrer. Por outro lado, parece que se ignoram as facilidades que hoje existem em matéria de planeamento fiscal, as quais, sendo absolutamente lícitas, permitem que dentro do mesmo país e disputando a mesma clientela dois concorrentes não estejam em pé de igualdade quanto à carga tributária. São exemplos as cadeias de hipermercados com sede fora de Portugal em comparação com os seus concorrentes com sede em Portugal. Através destes mecanismos de planeamento pode lograr-se uma vantagem muito mais significativa do que a que uma fraude fiscal, como a não emissão de todas faturas, pode vir a originar.

Face a tal conclusão, também não parece que tenha força o segundo argumento. Só num extremo poderíamos assentir no argumento trazido da generalidade do incumprimento. Os riscos a que se submete um concorrente pelo incumprimento de norma jurídica, a verificar-se o seu sancionamento, poderão ter como efeito colocá-lo em pior posição do que todos os demais concorrentes, como é o caso flagrante da fuga ao fisco, em que se seguem liquidações oficiosas e processos contraordenacionais que têm efeitos devolutivos, que geram penhoras, que impedem a certidão de não dívida, que, por sua vez, limitam o acesso à banca, sendo uma verdadeira avalanche para aquele concorrente.

Desta forma, não parece correto assumir que existisse o risco de incumprimento motivado pela necessidade de sobrevivência, porquanto o incumprimento por si poderá também pô-la em causa. Não olvidaremos igualmente que o concorrente lesado poderá acionar os meios administrativos que se mostrem necessários a interromper determinado incumprimento legal que lhe esteja a causar incómodo e que, por sua vez, a administração está vinculada ao cumprimento dos prazos dos diferentes procedimentos, reagindo em caso de verificação, e ainda que assim não fosse, sempre existem ações de condenação à prática do ato e providências cautelares administrativas aptas a reprimir comportamentos desviantes. Ou seja, sabendo que o concorrente não vê um direito subjetivo seu violado, mas incorrendo o concorrente em violação tamanha de norma jurídica imperativa, as hipóteses de sobrevivência não passam unicamente por replicar o comportamento antijurídico daquele.

3.2 Análise comparativa

Em Espanha, onde vigora o sistema monista, o assunto a que nos dedicamos está resolvido no art. 15.º da Ley de 3/1991 de Competencia Desleal, em que se prevê expressamente que “Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.”. No n.º 2 daquela norma acrescenta-se que se considera igualmente

concorrência desleal a violação de normas que regulam a atividade concorrencial, que no nosso caso corresponde ao ilícito de concorrência na decorrência da aplicação da Lei 19/2012, de 8 de Maio e não à CD. Pelo que, ao que nos importa, aquele n.º 1 admite a possibilidade que até agora se escrutina e que no nosso ordenamento jurídico é ainda uma questão aberta.

Gustavo Martín constatou que em nenhum dos casos se pretende acrescentar sanções às previstas na norma jurídica violada, nem garantir o respeito pelo ordenamento jurídico (apesar de o reforçar), mas sim salvaguardar o Princípio da concorrência, evitando que o mesmo seja distorcido por práticas desleais, obtendo-se vantagens competitivas à custa de violações de normas jurídicas, exigindo um nexo de causalidade entre a infração cometida e a vantagem concorrencial alcançada⁹⁶.

Alfaro Águila-Real ressalva que para efeitos daquele n.º 1 o interesse protegido é o interesse do mercado salutar e só subordinadamente surge o interesse dos concorrentes. Acrescenta que não se pode ignorar que esta norma pode ser acionada por qualquer participante no mercado que se ache lesado. Indica que o principal para a interpretação daquele art. 15.º é considerar necessário “utilizar la infracción de normas como instrumento para obtener ventajas en la lucha competitiva”⁹⁷ e justifica-se sobretudo porque o sancionamento que deriva diretamente da ilicitude externa – violação da norma jurídica- não tem em consideração a afetação do mercado concorrencial. Esta preocupação fica reservada para a CD, sendo este o seu fito, ou seja, tal como entre nós, reprimir comportamentos que violam a concorrência leal, assegurando o *par conditio concurrentium*. Sugere que a avaliação seja realizada ao abrigo do modelo social. Exige-se igualmente que a vantagem obtida seja significativa, o que significa que as alterações das condições de igualdade de oportunidade no mercado concorrencial devem ser consideráveis, sob pena de não ter o efeito de desequilibrar na realidade o mercado. A este respeito pronunciou-se o Tribunal Supremo, ao apreciar o incumprimento de normas fiscais e de contribuições para a segurança social, tendo concluído naquela situação não existir CD por não ter sido utilizada a vantagem para efeitos concorrenciais, explicando que: “el artículo el término "prevalerse", se está refiriendo a que ha de tratarse de ventaja real y no potencial, debiendo de darse el necesario nexo causal entre la infracción y la ventaja alcanzada.”⁹⁸

No que ao incumprimento generalizado respeita, aquele Autor entende que o mesmo não é apto a provocar o desequilíbrio, precisamente porque é habitual naquele sector de atividade aquele incumprimento em particular. Mais tarde, na apreciação do caso Pokerstars, o Tribunal veio a considerar que não poderia considerar-se que a

⁹⁶ Martín, 2017, pp. 179-206.

⁹⁷ Águila-Real, 1991, p. 679.

⁹⁸ STS 512/2005, 24/06.

infração das normas que regulavam o jogo online constituiria CD, por serem as mesmas obscuras e generalizadamente incumpridas, o que levava a que o seu incumprimento não afetasse o Princípio da Concorrência⁹⁹.

Na Suíça, admite-se igualmente que a violação de “obligations légales” é suscetível de configurar concorrência desleal, precisamente quando conferir ao infrator uma posição de vantagem concorrencial¹⁰⁰. Nesse seguimento, a própria Loi Fédérale Contre la Concurrence Deloyale suíça, no seu art. 7.º, tipifica como concorrência desleal a infração de regras laborais.

Na Bélgica, acerca da interpretação da cláusula geral, prevista no art. VI. 104 do Código de Direito Económico, admite-se igualmente que a CD pode derivar da infração de regulamentos obrigatórios ou de obrigações legais¹⁰¹.

Em França, onde vigora um sistema dualista, a CD vem sobretudo desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência, que assumiram já pacificamente essa possibilidade, a qual se pode verificar em diferentes decisões judiciais, como são exemplos a Cour de Cassation, Chambre commerciale, de 3 de março de 2021, 18-24.373¹⁰², em que a violação do Código de Saúde Pública na venda de bebidas alcoólicas foi considerada CD, e a decisão da Cour de Cassation, Chambre commerciale, de 28 de novembro de 1995, 94-13.045¹⁰³, em que a preterição das regras de construção, designadamente a obrigação de licenciamento da obra, gerou CD.

Em Itália a questão fica resolvida na interpretação daquilo a que designam de *correttezza professionale*, a que se refere a cláusula geral prevista no n.º 3 do art. 2598 do Código Civil italiano, admitindo-se que a violação de determinadas normas imperativas é suscetível de configurar CD.¹⁰⁴ O Supremo Tribunal Italiano clarificou que para identificarmos as normas que violadas assumem relevância, temos de distinguir aquelas que visam limites ao exercício da atividade empresarial (que se assemelham às do n.º 2 do art. 15.º da LCD Espanhola), que quando violadas afetam a *correttezza professionale* e, portanto, considera-se que há CD, daquelas que impõe custos às empresas (normas fiscais, de higiene e segurança, licenciamentos administrativos dispendiosos), que quando violadas poderão ou não ser fonte de CD¹⁰⁵. Neste último caso, só se considerará CD quando se demonstre o desequilíbrio concorrencial e um efetivo aproveitamento da posição obtida.

⁹⁹ STS 304/2017, 17/05.

¹⁰⁰ François, 1998, p. 33.

¹⁰¹ Lambrecht, 2020, p. 24.

¹⁰² Disponível em: <https://www.doctrine.fr/d/CASS/2021/JURITEXT000043253190>.

¹⁰³ Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007290917>.

¹⁰⁴ Rivaro, 2014, pp. 35-41.

¹⁰⁵ Cass. 19/04/2018, n. 9770.

Na Alemanha este tema já conheceu diferentes soluções. Koppensteiner refere que até finais do sec. XX o Tribunal Supremo distinguia “leis eticamente fundamentadas” e “leis eticamente neutras”, considerando que apenas a violação das primeiras poderia vir a gerar CD. Entretanto essa distinção foi substituída pela diferenciação entre normas que se destinam a regular o mercado concorrencial e as demais, considerando-se que a violação das primeiras gera CD sem mais e que a violação das segundas só se considerará CD quando haja associada uma vantagem concorrencial e essa violação¹⁰⁶.

3.3 Proposta de solução

Discute-se se uma conduta, por ação ou omissão, que viole frontalmente disposição legal em vigor pode, em simultâneo, qualificar-se como CD.

Para responder a esta questão importa considerar aquilo que já se sabe de início: a mesma conduta pode violar diferentes bens jurídicos em simultâneo, expondo-se a diferentes respostas do ordenamento jurídico, ou, a conduta pode violar apenas um bem jurídico, mas existirem diferentes institutos capazes de resposta. Nesta segunda hipótese se situa o enquadramento dos ilícitos de concorrência, em que podemos identificar uma similitude no bem jurídico violado, porquanto ambos os institutos se destinam, no limite, à regulação do mercado da concorrência, mas em que o ilícito de concorrência se considera especial em relação à CD e, como tal, derroga-a¹⁰⁷. Nesta medida, parece não ser tecnicamente correto equacionar uma solução que passe pela CD.

Assim sendo, resta a hipótese de **a mesma conduta violar diferentes bens jurídicos**, incorrendo nas consequências da ilicitude externa – as que são oriundas da norma jurídica violada que protegerá um bem jurídico diferente da CD- e, simultaneamente, porque violou os interesses que a CD se destina a proteger e que acima enunciamos e por preencher todos os pressupostos da cláusula geral (ilicitude interna), incorre também nas consequências previstas, seguindo-se nesta matéria uma solução semelhante à proposta de Alfaro Águila-Real¹⁰⁸. Aqui, em prol da segurança jurídica, a violação dos interesses protegidos pela CD deve ser inequívoca.

Na prática, começaríamos por verificar se a conduta **prejudicou os legítimos interesses de um ou de vários concorrentes determinados**, e, de imediato, fazer o juízo necessário para determinar se tal conduta é apta a **provocar efetivo e relevante desequilíbrio no mercado concorrencial**, o qual deverá verificar-se em simultâneo, sob pena de o dano concorrencial não ser suficientemente relevante para acausamento da CD. Garante-se, assim, a mínima segurança jurídica, pois não restam

¹⁰⁶ Koppensteiner, 2017, pp. 15 e 16. O autor dá ainda nota de que é pacífico na Alemanha de que a violação de normas fiscais ou societárias não é apta a preencher o conceito.

¹⁰⁷ No mesmo sentido, Leitão, 1996, p. 75.

¹⁰⁸ Águila-Real, 1991, p. 679.

dúvidas de que é para isso que a CD serve (proteger os interesses dos concorrente e do mercado concorrencial).

De seguida, verificar se aquela conduta foi dirigida ao mercado concorrencial – **ato dirigido** como lhe chamou Oliveira De Ascensão, devendo ainda formular-se um juízo ético sobre a mesma, combinando-se igualmente a necessidade de avaliar se foi ou não apta a colocar o infrator em posição de vantagem por desrespeito da igualdade e do Princípio da concorrência. Ou seja, só com a combinação do modelo social e corporativista somos capazes de respeitar a segurança jurídica, pois como Adelaide M. Leitão referiu, exige-se aqui uma **deslealdade qualificada**, por oposição à deslealdade objetiva dos atos típicos.

O resultado destes critérios tem uma importância prática muito relevante, apesar de parecerem muito vagos. Imagine-se uma rua em que estão instalados diversos restaurantes e que um deles mantém elevado número de trabalhadores em situação ilegal, escusando-se ao pagamento das contribuições obrigatórias, tendo um número consideravelmente superior de funcionários e menos tempo de espera nas mesas por esse motivo, conseguindo assim alcançar mais turnos por refeição¹⁰⁹. Nesta hipótese, poderá vir a entender-se que o interesse dos concorrentes vizinhos cumpridores estaria a ser lesado, se estes de facto se viram afetados e necessitam de empregar maiores esforços para competir com aquele serviço, podendo para isso ter de abdicar de uma parte dos lucros da operação, contratando mais trabalhadores para conseguirem também eles receber mais clientes.

No entanto, esta infração não parece afetar o equilíbrio concorrencial, nem deverá entender-se que o ato será dirigido, por não ser determinante naquele tipo de negócio para a angariação de clientela e por não depender dela o resultado, pois se aquele restaurante tivesse o mesmo número de funcionários, mas todos em situação regular, o efeito no mercado concorrencial era o mesmo idêntico, não resultando a vantagem da preterição das regras do Código do Trabalho e das contribuições à segurança social. Assim, também não há aqui especial deslealdade ou desonestidade, porquanto não depende este concorrente deste esquema para prevalecer no mercado concorrencial. Acresce que, ainda que fosse o restaurante com mais clientela, a rapidez e eficácia no atendimento não são o único critério de escolha do consumidor daquele produto.

Quer com isto dizer-se que a infração deve ser flagrante e determinante no negócio em questão, como foi exemplo real a situação do transporte individual de passageiros de forma remunerada, para com o Transporte em táxi, em que o incumprimento do licenciamento permitiu a livre fixação de preços e outras prerrogativas que não assistiam

¹⁰⁹ Imagine-se aqueles restaurantes que complementam a atração turística, como os que se situam em zonas de pesca.

aos taxistas, acabando por violar os interesses legítimos dos últimos de tal modo que, para além do desvio de importante parcela da clientela, foi inclusive determinante na desvalorização radical do valor dos alvarás que naquela atividade se transacionavam, defraudando por completo as expectativas de quem se dedicava àquela atividade. Todo o sector veio prejudicado com aquela atuação e alterou o modo de funcionamento da relação de concorrência.

Nesta medida, o que se propõe é que se considere que nem toda a violação de interesses legítimos de concorrentes seja considerada apta a provocar desequilíbrio no mercado concorrencial, o qual só se verificará quando as circunstâncias que resultem do primeiro alterem de modo significativo o funcionamento deste último, identificando-se também neste consequências. O mercado concorrencial poderá avaliar-se nacionalmente, regionalmente, ou mesmo na mesma rua, dependendo da situação que se avalie. Tudo dependerá do público-alvo da relação de concorrência *sub judice*.

Isto posto, sabendo que a cláusula geral se destina à proteção dos interesses dos concorrentes e do equilíbrio do mercado concorrencial, deve ainda considerar-se que a mesma só deverá atuar quando necessário. Ou seja, se existir outro mecanismo apto a satisfazer a mesma necessidade, seja ela compensatória, repressiva ou preventiva, então deve considerar-se novamente que tal mecanismo se considera especial.

É fácil compreendermos que, por exemplo, um concorrente que incendia a loja do concorrente do lado, com o fito de o prejudicar e de desviar para si a clientela, estará sujeito ao crivo penal e à responsabilidade civil que emerge da conduta praticada. Aqui, na avaliação do dano já se incluem os lucros cessantes, incluindo-se os danos que poderiam vir a ser ressarcidos através da CD, caso em que a ilicitude externa, apesar de não proteger o mesmo bem jurídico que a CD, abrange o dano concorrencial. Assim, não seria correto cumular os dois pedidos, porque o nosso ordenamento jurídico não indemniza o lesado para além do dano sofrido, nem a responsabilidade civil se assume como punitiva. Se acionada a CD, a mesma não teria nenhuma repercussão prática, porquanto já excluimos a possibilidade de constituir contraordenação (pela cláusula aberta), restando a responsabilidade civil, a qual já teria sido consumida pela ilicitude externa, que foi apta a cobrir o dano concorrencial.

Porém, imagine-se um concorrente que se encontra envolvido num esquema de fraude carrossel, comprando ao *missing trader* mercadoria a um valor que só é possível pela dupla apropriação ilegítima do IVA, só tendo acesso a tal transação por se encontrar em conluio com aquele. De seguida vende a mercadoria a um preço com o qual nenhum concorrente poderá concorrer. Nesta hipótese, não se conseguirá responsabilizar o *missing trader* pela venda com prejuízo, pois já não será possível encontrá-lo, e a

concorrência ilícita é o menor dos seus problemas¹¹⁰. Contudo, o concorrente que distribui finalmente a mercadoria ao consumidor está investido numa vantagem inequívoca pela sua cumplicidade naquele esquema fraudulento. Mas avaliando a operação não conseguimos encontrar forma de ressarcir o concorrente cumpridor, que não seja a da CD. Ou seja, aquele concorrente incumpridor para além do prejuízo que gerou às fazendas públicas em que atuou, em cumplicidade, afetou ainda o mercado concorrencial, por se fazer valer da posição que lhe permite oferecer o mesmo produto por um preço com o qual nenhum outro poderá competir. Ao invocar a responsabilidade civil com base na CD seria possível compensar este concorrente pelo dano concorrencial sofrido, o qual parece inaceitável.

Com isto, o que se propõe é que apenas se possa utilizar a CD quando não exista a ilicitude externa não seja apta a reprimir, prevenir ou ressarcir o dano concorrencial que se considera inaceitável, considerando-se aqui que a atuação da cláusula geral deve limitar-se aos extremos que acima traçamos. Nesta medida, deve ser acionada tendo em vista a reparação do dano concorrencial que se instituiu à custa da violação do ordenamento jurídico.

Por outro lado, não deverá levar-se em conta toda e qualquer lesão. Não pode ser ignorado o imperativo que foi enunciado – a conduta **deve atentar contra o mínimo ético** (o que deriva da tal deslealdade qualificada). O mesmo é dizer que, apesar de se verificarem infrações de normas jurídicas, se aquelas forem corriqueiras ou até já tiverem sido adotadas pelo agora concorrente lesado, não deverão ser aptas a preencher o conceito de deslealdade. Se em determinado sector de atividade é usual ou não impressiona a adoção de determinados comportamentos reprováveis não pode considerar que tal conduta tem a força de alterar o mercado concorrencial, pois que o concorrente se encontra adaptado a essa realidade e o dano concorrencial não será suficientemente inaceitável, tendo sido assegurado o mínimo ético.

Imaginem-se os comerciantes de aparelhos auditivos que desrespeitam as regras que regulam a publicidade e comercialização daqueles dispositivos médicos¹¹¹. Ou farmácias de medicamentos de uso humanos a expor nas prateleiras medicamentos e produtos veterinários sujeitos a receita. Na verdade, se examinássemos todo o sector, perceberíamos que não é uma prática suficientemente reprovável, por todos se conformarem com ela e até passar despercebida na ótica do público e dos agentes do sector.

¹¹⁰ Sarmiento & Marques, 2014, p. 214.

¹¹¹ O aparelho auditivo é uma prótese auditiva sujeita a intervenção clínica de profissionais de saúde auditiva, ajustada em função da deficiência auditiva do utilizador, classificada como um dispositivo invasivo, destinado a utilização por longo prazo, pertencente à classe II dos Dispositivos Médicos, conforme resulta do Grupo III, regra n.º 5, do Anexo IX ao DL n.º 145/2009, de 17/06.

Acresce que, em prol da segurança jurídica não deverá ser extravasada a letra da lei para além do aceitável. Aqui assume importante papel o nexo de causalidade que é possível estabelecer. Deve relevar apenas o nexo de **causalidade direta e intencional**, o qual só é possível quando o ato seja dirigido. Não deve considerar-se o dano concorrencial colateral, ou secundário. Portanto, a vantagem que possa advir da infração da norma deverá repercutir-se de forma imediata como dano concorrencial.

Por exemplo, o poder de investimento que advém da fuga aos impostos ou do incumprimento de outras obrigações não deve ser relevante. O poder de investimento poderia resultar de outras circunstâncias e não provoca desequilíbrio algum, pois não se poderá censurar o património mais ou menos enriquecido e não deve considerar-se apto a provocar efeitos no equilíbrio concorrencial, pois se admitem desde sempre as diferenças do poder de investimento.

O mesmo não se poderá afirmar se apenas por causa exclusiva da fuga aos impostos um concorrente ofereça os mesmos produtos ou serviços ao consumidor a um preço muito inferior ao do seu concorrente, causando um dano concorrencial que deriva diretamente daquela infração, tendo sido a mesma pensada com essa intenção. Assim, deve exigir-se uma causa efeito evidente, como é o exemplo dos jogos de apostas desportivas e casinos online que atuam em Portugal sem a respetiva licença e em desrespeito pelos requisitos legais, oferecendo vantagens com as quais os concorrentes cumpridores não conseguem competir (essencialmente pela carga tributária).

Utilizando este exemplo: há relação de concorrência, por concorrem pelo mesmo público; o ato praticado é um ato de concorrência, por ter a aptidão de provocar dano concorrencial; é dirigido, pois tem o propósito de afetar a posição concorrencial; quanto à deslealdade, diga-se que essa conduta viola diferentes bens jurídicos, desde o interesse público, ao interesse dos concorrentes; nessa medida, é prejudicial aos interesses legítimos dos concorrentes do sector, alterando o seu funcionamento de modo que provoca efetivos desequilíbrios no mercado concorrencial (prova disso é a existência de uma comissão dedicada à investigação destes agentes); o comportamento adotado atenta contra os mínimos éticos, por todas as obrigações (complexas e dispendiosas) que impendem sobre os concorrentes cumpridores em detrimento daqueles que, para além de nenhuma obrigação administrativa e de fiscalização sobre eles impender, ainda incumprem com o pagamento dos impostos devidos, gerando uma concorrência impraticável pelas violações de normas imperativas que adotam; apenas se evidenciam no mercado e com elevado volume por oferecerem condições que apenas são possíveis devido àquelas infrações, as quais são cometidas com esta intenção; por fim, as consequências das ilicitudes externas em que incorrem não são aptas a reparar o desequilíbrio concorrencial, nem a proteger os legítimos interesses dos concorrentes

cumpridores (ainda que possam ser denunciados à entidade competente, não está previsto nenhum mecanismo para ressarcir os atores daquele mercado, pelo que os mesmos apenas poderão beneficiar da sua retirada do mercado), pelo que a CD é o limite que deve responder ao excesso concorrencial cometido, sob pena de não se proteger a concorrência neste domínio.

3.4 Fundamentos da proposta

Vivemos cada vez mais num mercado global, pelo que, não obstante as diferenças encontradas nos diferentes ordenamentos jurídicos, a verdade é que não faz sentido negar em absoluto uma possibilidade que o fundamento do instituto não exclui e que outros países vizinhos já a admitem pacificamente. Seria uma diferença injustificada e que só viria a prejudicar os atores do mercado português, por desproteção total nos excessos concorrenciais, se por azar o concorrente tivesse optado por fazê-lo através da violação de norma jurídica. Uma solução contrária poderia, inclusive, estimular determinados incumprimentos legais, por se lograr um dano concorrencial de larga escala, o qual não seria indemnizável.

Por outro lado, sabendo que a CD se destina a reprimir os excessos concorrenciais, existindo a possibilidade de os mesmos se cometerem por infração de normas jurídicas, não se justifica negar a sua aplicação, porquanto se desprotegeria o mercado sem motivo suficientemente robusto, em comparação com os outros atos típicos de CD.

Ressalva-se naturalmente que o funcionamento da cláusula geral nestas situações deverá ser pontual, funcionando com critérios cumulativos de difícil preenchimento, sob pena de se deturpar a sua finalidade e se permitir, como alertou Oliveira De Ascensão, que se utilize a CD como meio de reprimir as atuações dos concorrentes e impedir o seu crescimento, à custa de qualquer violação do sistema jurídico.

Não parece que a segurança jurídica venha prejudicada com este entendimento, porquanto o infrator idealizou precisamente o dano concorrencial. O mínimo que se deve acautelar é a proteção devida aos destinatários do instituto, os quais não devem ficar privados de tal proteção, quando não exista outro mecanismo apto no ordenamento jurídico.

Conclusão

A cláusula geral de concorrência desleal vem positivada por conceitos amplamente vagos e imprecisos, os quais conferem ao instituto a vantagem de uma enorme versatilidade, mas inerentemente suscitam dúvidas quanto à sua interpretação e aplicação.

A questão que surge na interpretação da expressão “normas e usos honestos”, procurando saber se nesta se incluem as normas jurídicas. É efetivamente possível que um ato de concorrência seja simultaneamente violador de uma norma jurídica imperativa ou que para se cometer esse ato se opte pela violação, podendo alcançar-se danos concorrenciais inaceitáveis com essa atuação.

A doutrina havia já abordado o tema, apesar de não se encontrar neste assunto, como em tanto outros no que à concorrência desleal respeita, consenso.

Partindo da classificação da cláusula geral como uma norma de proteção e reconhecendo que a todo o instituto subjaz um fundamento ético, identificaram-se como interesses protegidos principais a tutela dos interesses dos concorrentes e o mercado concorrencial.

A concorrência desleal é o instituto jurídico que se destina a reprimir os comportamentos considerados desonestos, tendo como fim principal travar os excessos concorrenciais, que causam ou potenciam danos concorrenciais que se consideram inaceitáveis. Nessa medida, exige-se para a sua aplicação a existência de uma relação de concorrência, que o ato praticado seja apto a colocar o concorrente em posição de vantagem no mercado, que seja intencional e se revista de deslealdade.

Ponderaram-se os diversos contributos e considerações oferecidos pela doutrina em conjunto com aquelas que são as linhas orientadoras do instituto e foi conclusão de que as normas jurídicas não deverão entender-se afastadas daquele preceito legal.

Na verdade, quando a mesma conduta seja violadora de norma jurídica imperativa (que não permite a reparação do dano concorrencial) que tutela bens jurídicos distintos daqueles a que se dedica a concorrência desleal e, simultaneamente, seja lesiva dos interesses legítimos de concorrentes e do mercado concorrencial, provocando efetivo e relevante desequilíbrio no mesmo, numa causalidade direta e intencional, tendo sido esse ato dirigido a esse resultado, em arrepio pelos padrões de honestidade e retidão naquele sector de atividade, deverá entender-se que esse ato tem acolhimento na previsão do art. 311.º do CPI.

Bibliografia

- ABREU, J.M.C. (2014). *Curso de Direito Comercial*. Coimbra: Almedina.
- ABREU, J.M.C. (2022). Apontamento de direito(s) da concorrência. In *Direito das Empresas – Reflexões e Decisões*. Coimbra: Almedina.
- ÁGUILA-REAL, J.A. (1991). Competencia desleal por infracción de normas. *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 202.
- AMORIM, A.C. (2017). A concorrência desleal à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: revisitando o tema dos interesses protegidos. *Revista Eletrónica de Direito*, n.º 2. <https://cije.up.pt/pt/red/edicoes-antiores/2017-nordm-2/a-concorrenca-desleal-a-luz-da-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-de-justica-revisitando-o-tema-dos-interesses-protegidos/>.
- ASCENSÃO, J.O. (1994). *Concorrência desleal*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- ASCENSÃO, J.O. (1997). O princípio da prestação: um novo fundamento para a concorrência desleal (?). Conferência pronunciada na Faculdade de Direito de Lisboa no dia 22 de junho de 1997, no âmbito do curso sobre: “A concorrência desleal no novo Código da Propriedade Industrial. <https://portal.oa.pt/upl/%7B3aef442f-f195-4f7a-a003-318724af7bec%7D.pdf>.
- ASCENSÃO, J.O. (2007). *Concorrência desleal: As grandes opções*. In *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Vol. I*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, O. (1967). *Critério e estrutura do estabelecimento comercial: O problema da empresa como objecto de negócios*. Vol. I. Coimbra: Atlântida Editora.
- CHORÃO, L.B. (1995). Notas sobre o âmbito da concorrência desleal. *Revista da Ordem dos Advogados*, dezembro.
- COELHO, J.G.P. (1964). O conceito de concorrência desleal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XVII.
- CORDEIRO, A.M. (2011). O costume e os usos no século XXI. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 3, pp. 627-655. [http://www.revistadedireitodassociedades.pt/files/RDS%202011-3%20\(627-655\)%20-%20Doutrina%20-%20Menezes%20Cordeiro%20-%20O%20costume%20e%20os%20usos%20no%20século%20XXI.pdf](http://www.revistadedireitodassociedades.pt/files/RDS%202011-3%20(627-655)%20-%20Doutrina%20-%20Menezes%20Cordeiro%20-%20O%20costume%20e%20os%20usos%20no%20século%20XXI.pdf).
- CORREA, A.F. (1950). Propriedade industrial: registo do nome de estabelecimento; concorrência desleal. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 1-3.
- CORREIA, A.F., et. al. (2009). Efeito externo das obrigações; abuso do direito; concorrência desleal. *Revista de Direito e Economia*, n.º 1.
- COSTA, M.J.A. (2010). *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina.
- DIAS, J.F. (2012). *Direito penal, parte geral*, tomo I. Coimbra: Coimbra Editora.
- FRANÇOIS, J.D. (1998). *Le droit international prive suisse de la concurrence deloyale*. Genève: Librairie Droz.
- GONÇALVES, L.C. (2021). *Manual de direito industrial*. Coimbra: Almedina.
- KECK, S. (2005). *Wettbewerbsverstöße durch Rechtsbruch*. Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg. <https://epub.uni-regensburg.de/10346/1/Diss.pdf>.

- KOPPENSTEINER, Hans-G. (2017). A cláusula geral do direito da concorrência desleal à luz da diligência profissional. *Revista Eletrónica de Direito*, julho.
- LAMBRECHT, O. (2020). *L'ASBL, une nouvelle forme d'entreprise?* Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires (aspects belges, européens et internationaux). Université de Liège, Liège, Belgique. <http://hdl.handle.net/2268.2/10042>.
- LEITÃO, A.M. (1996). Estudo sobre os interesses protegidos e a legitimidade da Concorrência Desleal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 37, n.º 1.
- LEITÃO, A.M. (2000). *Estudo de direito privado sobre a Cláusula Geral de Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina.
- LEITÃO, A.M. (2009). *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*. Coimbra: Almedina.
- LIMA, J.L. (1910). *Da concorrência desleal*. Coimbra: Imprensa da Universidade.
- MARTIN, G.A.M. (2017). La relación entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia en Derecho español tras la trasposición de la Directiva 2014/104/UE y los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo. *Revista Eletrónica de Direito*, n.º 1.
- OLAVO, C. (1987). Propriedade industrial. Noções fundamentais. *CJ*, tomo 4, p. 15.
- PAÚL, P. (1965). *Concorrência desleal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- PAÚL, P. (1997). Os pressupostos da concorrência desleal. In *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina.
- RABAÇAL, T.C.R. (2017). *Interpretação actualista da Cláusula Geral de Concorrência Desleal*. Grupo Almedina (Portugal). <https://ebooks.almedina.net/books/9789894001751>.
- RIVARO, R. (2014). *Concorrenza sleale*. Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Torino. https://www.to.camcom.it/sites/default/files/regolazione-mercato/25871_CCIAATO_28112014.pdf.
- SANTOS, L.L.N. (2015). Desvio de trabalhadores e concorrência desleal. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º I/II.
- SARMENTO, J.M. & MARQUES, P. (2014). *IVA – Problemas atuais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- SENDIM, P.M. (1987). Uma unidade do direito da Propriedade Industrial? *Direito e Justiça*, vol. 2 (Especial), pp. 196-200. <https://doi.org/10.34632/direitojustica.1987.10727>.
- SILVA, N.S. (2020). *Concorrência desleal e propriedade intelectual: Os atos de aproveitamento*. Coleção de Monografias, n.º 4. Instituto do Conhecimento AB. Coimbra: Almedina.
- SILVA, P.S. (2020). *Direito industrial: Noções fundamentais*. Coimbra: Almedina.
- VARELA, J.M.A. (2014). *Das obrigações em geral*, vol. I. Coimbra: Almedina.
- VIDIGAL, F.M.P. (2015). *Os interesses protegidos pelo instituto da concorrência desleal*. Tese de Mestrado em Direito Empresarial, Faculdade de Direito de Lisboa, Universidade Católica Portuguesa. <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/19422/1/Os%20interesses%20protegidos%20pelo%20instituto%20da%20concorrência%20desleal%20Frederico%20V>

Advertência sobre as referências bibliográficas

As obras mencionadas em nota de rodapé estão identificadas de forma abreviada, encontrando-se a correspondente e completa referência na bibliografia.

Toda a jurisprudência portuguesa mencionada está disponível em www.dgsi.pt e a estrangeira nos respectivos sítios de internet oficiais.

Todos os sítios de internet foram consultados pela última vez em 7/09/2022.

Sexual violence against women in armed conflict:
The Yazidi genocide

Sara Oliveira da Mota

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria Isabel Tavares

“Impunity is complacency, and words without action inflict the same harm and suffering as the perpetrators of mass atrocities and sexual violence.”

Nadia Murad

Acknowledgements

There are a few people that I would like to express my gratitude to for helping me go through this process.

To begin with and above all, I would like to thank my tutor, Professor Maria Isabel Tavares, for always pushing me further in my analysis and the availability for answering all my questions, for the enthusiasm about my topic and for always providing helpful knowledge.

To Professor Nuno Pinheiro Torres, for making the idea about this thesis come to life, for providing me with his extensive knowledge about the subject and for sharing sources.

To my parents and my brother, who have always been supportive of my projects and studies, for believing in me, and for supporting me in all my adventures, including when I decided to move to Portugal to conclude my master's degree.

To my friends, for understanding the lack of availability and remaining by my side.

To João Miguel, who has stayed by my side and supported me in all my decisions.

To the diplomats and to the Ambassador of the Permanent Mission of Portugal to the UN in Geneva, and, in particular, to Ms. Ângela Dourado, for always providing the best opportunities for me and for always having in mind that I was also writing my thesis during the internship.

Resumo

A presente dissertação foca-se no estudo de caso do genocídio do povo Yazidi levado a cabo pelo Estado Islâmico através de atos de violência sexual contra mulheres e raparigas Yazidi, como violação e tráfico sexual e escravatura. Através deste estudo de caso procuramos identificar o papel da violência sexual na destruição do povo Yazidi e se o crime de genocídio foi efetivamente cometido através de tais atos. Numa segunda parte procuramos também identificar os possíveis mecanismos de responsabilização do grupo ou dos seus membros pelos atos de violência sexual cometidos contra as mulheres e raparigas que levaram à destruição da minoria étnico-religiosa que são os Yazidi.

Palavras-chave: Violência sexual em conflitos armados; violação; tráfico sexual; escravatura; estado islâmico; povo Yazidi; genocídio.

Abstract

This dissertation focuses on the case study of the Yazidi genocide committed by ISIS through acts of sexual violence against Yazidi women and girls, like rape, sexual slavery and enslavement. Through this case study we intend to identify the role of sexual violence in the destruction of the Yazidi people and whether the crime of genocide was indeed committed through such acts. In a second part, we seek to pinpoint the possible mechanisms of accountability of the group and its members for acts of sexual violence committed against Yazidi women and girls that led to the destruction of the ethno-religious minority that are the Yazidi.

Keywords: Sexual violence in armed conflict; rape; sexual slavery; enslavement; ISIS; the Yazidis; genocide.

Acronyms and abbreviations

BGH	Bundesgerichtshof [Federal Court of Justice]
Dae'sh	al-Dawlah al-Islāmiyya fi al-'Irāq wa al-Shām
Doc.	document
ed.	edition
HRC	Human Rights Council
HRW	Human Rights Watch
ICC	International Criminal Court
ICJ	International Court of Justice
ICL	International Criminal Law
ICRC	International Committee of the Red Cross
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
IHL	International Humanitarian Law
IIIM	The International, Impartial, and Independent Mechanism to Assist in the Investigation and Prosecution of Persons Responsible for the Most Serious Crimes under International Law Committed in the Syrian Arab Republic since March 2011
ILC	International Law Commission
ISIL	Islamic State in Iraq and the Levant
ISIS	Islamic State in Iraq and Syria
no.	number
p.	page
para.	paragraph
pp.	pages
Q & A	Questions and Answers
<i>s.d.</i>	sine data
UN	United Nations
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
UNITAD	The United Nations Investigative Team to Promote Accountability for Crimes Committed by Da'esh/ISIL
Vol.	Volume

Table of contents

Introduction	7
1. Case study: The Yazidi women	8
1.1 The Yazidis	8
1.2 ISIS	9
1.2.1 The Yazidi persecution by ISIS	11
1.2.2 Sexual violence against Yazidi women	13
2. When sexual violence becomes genocide	15
2.1 Genocide: main elements	15
2.2. Mental element: the intent to destroy	17
2.3 Sexual violence as a mean to commit genocide	19
2.3.1 The use of women to destroy a protected group	21
2.3.2 Rape	23
2.3.3 Sexual slavery and enslavement	25
3. Legal analysis: Genocide of the Yazidi including through acts of sexual violence against women and girls	27
3.1. Are Yazidis a protected group?	28
3.2 Prohibited acts against Yazidi women	29
3.3 The intent to destroy the Yazidis	31
4. Accountability and prosecution of ISIS members	32
4.1 National prosecution	32
4.2. Prosecution by the ICC	35
5. Conclusion	37
Bibliography	38
Documents, Reports and Press articles	42
Jurisprudence	45

Introduction

Sexual violence against women in armed conflicts has been present since the beginning of times.¹ However, for far too long, it was considered a mere consequence of war. Today, we see a different narrative. Sexual violence against women in an armed conflict can be used as a weapon of war and may be considered a crime against humanity, a war crime and, in some circumstances, even genocide. It is particularly the latter that is of interest for our work. Can the “crime of crimes” be accomplished through acts of sexual violence?

There are two particular bodies of International Law that are of interest to our work, namely International Criminal Law (ICL) and International Humanitarian Law (IHL). The intersection between the two is important to understand sexual violence in the context of an armed conflict. The prosecution of sexual violence as an international crime requires the application of both ICL and IHL principles. The application of these two bodies of law ensures that perpetrators are held accountable for their crimes and that victims receive the protection and justice they deserve.

An example of sexual violence against women in an armed conflict are ISIS’s attacks on Yazidi² women and girls. The Yazidi genocide is one of the clearest examples of our times of sexual violence as a weapon of war. Nadia Murad³, a Yazidi survivor, was 19 when she was captured by the so-called Islamic State and made a sexual slave. She was lucky enough to escape in 2015. Today, after having published her memoir *“The last girl: My story of captivity and my fight against the Islamic State”*, she fights for the recognition of her people’s genocide and for bringing ISIS members to justice. Apart from this, Nadia has become the UN Goodwill Ambassador for the Dignity of Survivors of Human Trafficking. Her voice is enabling more and more women and girls to speak about what they faced at the hands of the so-called Islamic State and making it easier and more plausible that members of ISIS are held accountable for the Yazidi genocide.

For the purpose of this work, we will focus on sexual violence during armed conflicts through the lens of a specific case-study: the Yazidi genocide. In the first chapter, we will focus on establishing the facts by examining who the Yazidis and ISIS are. Additionally, a closer look at the legal framework regarding sexual violence in armed conflict is necessary. We will specifically analyse the framework around the crime of genocide and genocidal sexual violence, focusing on the use of rape and sexual slavery and enslavement. Furthermore, we will analyse our facts within our legal framework to determine whether ISIS did, in fact, commit genocide against the Yazidi community and whether acts of sexual violence played an integral role in

¹ There are many examples of sexual violence and more specifically rape against women across history. In this regard see Lamb, 2021; Azeredo Lopes, 2022.

² Also called Yezidi, in this work we will only use the denomination « Yazidi ».

³ Nadia Murad was also awarded in 2018 the Nobel Peace Prize for her efforts to fight impunity and end the use of sexual violence as a weapon of war.

such genocide. Finally, we will explore the existing mechanisms for prosecuting ISIS for their actions against the Yazidi community, particularly Yazidi women.

As a disclaimer, this dissertation will only focus on cisgender women and our work's approach will be binary.

1. Case study: The Yazidi women

This case study illustrates well how sexual violence can lead to genocide and be used as a strategic tactic of war. In this chapter, we seek to identify who the Yazidis are and why they are targeted by ISIS. Secondly, we must take a closer look at ISIS to understand their legal identity and on what grounds they persecuted the Yazidis. Thirdly, it is essential to establish the facts by confirming the Yazidis' persecution by ISIS, followed by the examination of the specific persecution carried through sexual violence acts against Yazidi women and girls.

1.1 The Yazidis

The Yazidis have faced persecution for centuries⁴. They are a mostly Kurdish-speaking ethno-religious minority consisting of around 700.000 people globally.⁵ Until 2014, they were primarily located in northern Iraq, specifically in the Nineveh province, which is claimed by both the Kurdistan regional government and the Iraqi central government.⁶ Yazidis being persecuted is not a new phenomenon, and the group has suffered a number of massacres. Their persecution goes back to the 18th and 19th centuries, where they suffered 72 genocidal massacres⁷ under the Ottoman Empire.⁸ The source of their persecution lies in their religious beliefs and practices, including the fact that they are polytheists and have an oral tradition rather than a written one.⁹ Their religion is derived from Zoroastrianism¹⁰, Christianity and Islam, and it is considered one of the world's oldest religions.¹¹ According to Yazidi faith, community members can only marry within the group, and there is no possibility of conversion to Yazidism.¹² Yet, what makes the Yazidi community a targeted group is their worship of a fallen angel, Melek Tawwus, the peacock angel, which has led them to be seen as devil-worshippers, putting them at greater risk of persecution.¹³ This misunderstanding regarding their religion has driven them to be at the centre of various cycles of persecution and

⁴ Jalabi, 2014.

⁵ Hechler, 2017, p. 599.

⁶ Braushchwieger, 2015.

⁷ Nicolaus & Yuce, 2017, p. 197.

⁸ Jalabi, 2014.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Zoroastrianism is one of the oldest religions in the world. It developed from the ancient Indo-Iranian religion. See Hintze, 2019.

¹¹ Asher-Shapiro, 2014.

¹² HRC, 2016, p. 6.

¹³ Jalabi, 2014.

genocide.¹⁴ In 2014, the Yazidi community became once again at the centre of persecution as the terrorist group, ISIS, extended to Iraq.¹⁵

1.2 ISIS

They are known under many names, whether we choose to call them ISIS, ISIL, Da'esh or even the Islamic State. Their nature is always the same; we are talking about an insurgent¹⁶ terrorist organization that has proven to be among the most violent the world has ever seen. When the United States invaded Iraq in 2003, most of the soldiers under Saddam's regime were marginalized¹⁷, which led the former Sunni army to create an outcast rebellion group, calling themselves "al-Qaeda in Iraq".¹⁸ After taking advantage of the ongoing civil war in Syria and expanding themselves there, they extended their action to Iraq in 2014.¹⁹ As of 2014, the group had already taken over more than thirty percent of the territory of Syria and Iraq.²⁰ Abu Bakr al Baghdadi was at the top of the organization and considered its leader.²¹ After cutting ties with Al Qaeda, he announced the establishment of the "caliphate" in June of 2014 and declared the group's name as "The Islamic State".²² ISIS is ruled by Sharia Law and uses it as an excuse to execute all those who don't follow it.²³ In reality, this use, or rather abuse, of Sharia Law is grounded in an archaic conception of Islamic Law and is no longer considered lawful by countries also ruled by Sharia Law.²⁴ ISIS actually "cherry picks verses of the Qur'an" to justify its violent acts and most definitely does not understand Islamic Law properly.²⁵ The terrorist group is one of the main causes of the migrant crisis in the Middle East due to their violent behaviours and executions, driving thousands of Syrians and Iraqis to flee their homes.²⁶

What is peculiar about this organization is that they function like a pseudo-State with a proper administrative structure, which makes it difficult for the international community to properly identify them.²⁷ Such a structure involves courts, schools, social services, and local

¹⁴ HRC, 2016, p. 6.

¹⁵ Castellano San José, 2020, p.61.

¹⁶ Congressional Research Service, 2022, p. 1.

¹⁷ We can say that a void emerged after the US-led military intervention in Iraq in 2003. The removal of Saddam Hussein's regime destabilized the existing power, security and administrative structures, leading to a vacuum that many attempted to fill. Such destabilization in structures combined with the underlying sectarian tensions and political, economic and social grievances of various groups, led to the rise of insurgent groups, like al-Qaeda in Iraq which later became ISIS. On the military intervention in Iraq in 2003 and the void created by it see: Tavares, 2013, p. 21, 325 and 326.

¹⁸ Smith, 2015, p. 1.

¹⁹ HRW, 2015.

²⁰ G. Olsen, 2014.

²¹ Hubbard & Schmitt, 2014.

²² Congressional Research Service, 2022, p. 1.

²³ Hechler, 2017, p. 604.

²⁴ Vaurs- Chaumette, 2014, p. 84; Nicolaus & Yuce, 2017, p. 201.

²⁵ Aulassyahied, 2018, p. 82.

²⁶ Sterio, 2015, p. 325; Ahmado, 2018.

²⁷ Kurth Cronin, 2015, p. 87.

governance.²⁸ We can really see ISIS as a proper institution. This has been a hard question to solve under international law: is ISIS really *only* a terrorist organization or are we talking about something more? One must begin to say that there is no consensus on an international definition of terrorism.²⁹ Nevertheless, if we decide to say that terrorism is characterized by the act of deliberately using violence against civilians to achieve political goals, then yes, ISIS is a terrorist organization.³⁰ Simultaneously, due to its structure and nature, we cannot say that ISIS is *only* a terrorist organization.³¹ But can it then be considered a State under international law? The Islamic State would undoubtedly benefit from such denomination, legally speaking, as States enjoy great protection under international law.³² But with said protection also come great responsibility and duties.

In order to define a State, it is widely accepted that at least three elements should be present: governmental authority, defined territory, and permanent population.³³ Sometimes, a fourth element comes into play: the capacity to enter into international relations.³⁴ When looking at ISIS, there would eventually be issues in all elements, but even if these elements were all present, it would still not be enough for the group to be considered a legitimate State under International Law.³⁵ Above all, the systematic foundations of today's international legal system still have to be respected.³⁶ Needless to say, an entity who clearly rejects and distances itself from the binding force of international law, particularly in regard to the regimes of *jus cogens* and obligations *erga omnes*, including the principles of peace and non-use of force and human rights, cannot be accepted as a State.³⁷ Genocide, in particular, is considered a norm of *jus cogens*.³⁸

In addition, it is not because ISIS calls itself the "Islamic State" and actually occupies a large part of sovereign territories³⁹ that it is an actual sovereign State.⁴⁰ Furthermore, when addressing the group, the UN Security Council actually uses the name "Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL)", thus not avoiding the word "State".⁴¹ Once again, it is not because the word "State" is present that it is actually one. So, one question remains: if the so-called Islamic

²⁸ Cuny School of Law, Madre & OWFI, 2017, p.10.

²⁹ Ganor, 2015, p. 57.

³⁰ Spencher, 2015.

³¹ Ganor, 2015, p. 58.

³² Tomuschat, 2015, p. 226.

³³ These elements are found on the Convention of Montevideo on the Rights and Duties of States of 1933, an Inter-American treaty that in reality never entered into force; see article 1 of the Montevideo Convention on the rights and duties of States lies down the essential conditions in order to be considered a State in International Law.

³⁴ James, 2006, p. 45-49.

³⁵ Tomuschat, 2015, p. 227.

³⁶ Tomuschat, 2015, p. 231.; Longobardo, 2017, p. 214.

³⁷ Tomuschat, 2015, p. 231.

³⁸ UN, General Assembly: Report of the International Law Commission from 2019, Chapter V on Peremptory norms of general international law (*jus cogens*), A/74/10, p. 208.

³⁹ Even if ISIS is not a State, we can definitely agree that they are still belligerents' part of an armed conflict due exactly to the fact that they controlled such sovereign territories in Iraq and Syria. Azeredo Lopes, 2020, p. 120, 132.

⁴⁰ Ganor, 2015, p. 58.

⁴¹ UN, Security Council (2015a), Preamble para. 2.

State is not *just* a terrorist organization, but also not a State in the legal sense, what is ISIS under International Law then? As mentioned before, ISIS members operate in various fields. From warfare operations against other non-State actors and against Iraqi and Syrian armies, to actual law enforcement among the civilian populations present in the occupied territories.⁴² Under its structure, one can also identify healthcare, education, and religious services.⁴³ According to Boaz Ganor, ISIS can be considered a “hybrid terrorist organization”, acting like a “sub-State actor” that operates in various fields such as the military, civilian and political.⁴⁴ In other words, we can say that ISIS may be considered a belligerent armed group that has achieved “de facto authority” with State-like functions.⁴⁵

Another interesting aspect of ISIS would be the women who participated in the organization very much as a part of it. *The Khansaa Brigade* was a kind of all-female police that was instituted by ISIS and operated in Raqqa, Syria.⁴⁶ They would be present in the city’s checkpoints and would enforce strict codes on women, such as dress codes.⁴⁷ Apart from these women, many joined ISIS’s movement after being recruited through social media and online postings.⁴⁸ Women from Europe,⁴⁹ but also from other parts of the world, joined the movement and went to Syria to become ISIS soldiers’ wives and bear their future children.⁵⁰ Today, many of them are stuck in “refugee camps”, most in the Al-Hol camp, in Syria⁵¹, because their countries of origin don’t want to take them back, and some countries are even revoking nationalities.⁵²

1.2.1 The Yazidi persecution by ISIS

On August 3rd, 2014, ISIS militants swept into Sinjar, a town located in the Nineveh province of Iraq, just 15 kilometres away from the Syrian border, where most of the Yazidi community lived.⁵³ Apart from the predominance of the religious group in the area, there was also a smaller number of Arabs who followed Sunni Islam living in the region. Even though Yazidis don’t usually, and are not supposed to, intermarry with other faiths, the relationship between Arabs and Yazidis was fairly good. However, this situation changed after ISIS attacked the region, making the two groups’ relations become more distant and non-existent.⁵⁴

⁴² Ganor, 2015, p. 58.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ganor, 2017, p.15.

⁴⁵ Bellal, 2016, p. 3.

⁴⁶ Redlich Revkin & Wood, 2020, p. 33.

⁴⁷ Ahram, 2015, p. 69.

⁴⁸ Bradford, 2015.

⁴⁹ Fish, 2017, p. 6.

⁵⁰ Ahram, 2015, p. 69.

⁵¹ Saleh, 2021.

⁵² HRW, 2022; BBC, 2023.

⁵³ HRC, 2016, p. 3.

⁵⁴ HRC, 2016, p. 6.

With Sinjar besieged, most Yazidis fled north, seeking refuge in Kurdish territory, while others stayed in the Sinjar mountains, waiting for help and to be rescued.⁵⁵ However, they were quickly encircled by ISIS and trapped without access to food, water, shelter, or medical care. This led to an enormous humanitarian crisis, prompting the Iraqi government to call for help.⁵⁶ In response, on August 7th, 2014, President Barack Obama publicly announced that the American military would provide humanitarian aid⁵⁷ to the Yazidis trapped on Mount Sinjar.⁵⁸ American, Iraqi, British, French and Australian forces participated in airdrops of water and essential supplies to tens of thousands of people who were stranded.⁵⁹ Sadly, many lives were lost on Mount Sinjar before a corridor from Syria to Mount Sinjar was created by the Syrian Kurdish forces.⁶⁰ At the time, the Yazidi community in Sinjar had hope that the *Peshmerga*⁶¹ would come to their rescue and protect them from ISIS, as they were the only security force present in the region.⁶² Those who were not fortunate enough to escape and seek protection outside of Sinjar either died from exposure on Mount Sinjar or were captured and killed *en masse*.⁶³

For those who did not flee to Mount Sinjar, the reality was just as brutal, if not worse. Women and children were taken away from their families, while most of the men were killed.⁶⁴ ISIS considered the Yazidi community “*kuffar*”, meaning infidels, and used this argument to justify all their actions against the religious minority.⁶⁵ Because of this, the so-called Islamic State decided to include Yazidis in their agenda of mass murder and enslavement.⁶⁶ Most of the men who did not want to convert were killed, and the women and children were taken away to be enslaved and indoctrinated later.⁶⁷

Regarding ISIS’s agenda against the Yazidi community, it can be stated that their purpose was to truly eradicate them. While they also persecuted members of other religions, such as Christians, Shi’ites and Alawites, they were particularly violent and cruel towards the Yazidi community.⁶⁸ Behind such violence and discrimination was the thought of them being

⁵⁵ Asher-Shapiro, 2014, p. 1.

⁵⁶ The global coalition against Daesh, in cooperation with Iraq was created in September 2014 to fight and diminish ISIS capacity. See Azeredo Lopes, 2020, p. 143.

⁵⁷ This humanitarian aid provided by the United States was also used as a legal justification for its airstrikes Azeredo Lopes, 2020, p. 144; Scharf, 2016, p. 41.

⁵⁸ President Obama stated: “They kill children. They enslave, rape and force women into marriage. They threatened a religious minority with genocide”. <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2014/08/07/statement-president>.

⁵⁹ Department of Defense Press Briefing by Rear Adm. Kirby in the Pentagon Briefing Room, 2014.

⁶⁰ HRC, 2016, p. 7.

⁶¹ Peshmerga are the Kurdish military forces of the autonomous region of Kurdistan in Iraq. See <https://thekurdishproject.org/history-and-culture/kurdish-nationalism/kurdish-peshmerga/>.

⁶² HRC, 2016, p. 6.

⁶³ UN, Press Release Security Council, ISIL/Da’esh Committed Genocide of Yazidi, War Crimes against Unarmed Cadets, Military Personnel in Iraq, Investigative Team Head Tells Security Council, 10 May 2021, SC/14514, p. 1.

⁶⁴ HRC, 2016, p. 7.

⁶⁵ Hechler, 2017, p. 600.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ HRC, 2015, p. 6.

⁶⁸ Cheterian, 2019, p. 632.

inferior because they were not worshippers of a book, like followers of other religions. ISIS's justification for the persecution of the Yazidis lay solely in the community's religious beliefs and on their view of the Yazidi people as "devil-worshippers".⁶⁹

1.2.2 Sexual violence against Yazidi women

The systematic rape of Yazidi women and girls became a part of the organization as the group had the intention of reviving slavery as an institution.⁷⁰ In fact, ISIS became one of the first groups to create an open public market for human trafficking.⁷¹ As UN investigator Zainab Bangura pointed out, ISIS institutionalized sexual violence.⁷² We are not talking about sexual violence as means of seeking self-pleasure, but as a tactic of war, as an institution. With regard to the organization's sex market involving Yazidi women and girls, it was based on a series of instructions provided by the group in October 2014.⁷³ These instructions, titled "Questions and answers on taking captives as slaves", were published in *Dabiq*, the English version of the Islamic State magazine.⁷⁴ According to this pamphlet, Yazidi women and girls can be raped and sold by ISIS soldiers because they are considered to be their property. Yazidi women and girls are considered as "sabaya", meaning slaves.⁷⁵

There are many testimonies and reports on what Yazidi women and girls went through when held in captivity by ISIS. The first step consisted in separating women and girls from their male relatives aged 12 and above.⁷⁶ Elderly women were considered unfit for the purpose of sexual slavery, as they couldn't serve the objective of bearing future generations of ISIS soldiers and were thus simply killed.⁷⁷ Survivors have told journalists that after their capture in Sinjar, they were brought on buses to Mosul and other Iraqi towns to be placed in a market and sold to soldiers of the so-called Islamic State.⁷⁸ Once these women and girls were placed into this slave market installed by ISIS, they were repeatedly raped, subjected to sexual torture, and forced to perform all the duties imposed by their capturers.⁷⁹ It is important to emphasize that these women and girls were not mass-raped when they were first captured and put into holding sites. In fact, they were "preserved" until sold.⁸⁰ This detail demonstrates well how these women were captured to serve an agenda of sexual trafficking. They were treated like merchandise and sold repeatedly until their "owner" would become fed up and sell them to

⁶⁹ Castellano San José, 2020, p. 61.

⁷⁰ Callimachi, 2015.

⁷¹ Welch, 2017, pp. 165, 169.

⁷² Reintl, 2015.

⁷³ Castellano San José, 2020, p. 62.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ HRC, 2016, p. 10.

⁷⁷ Global Justice Center, 2016, p. 5.

⁷⁸ Callimachi, 2015.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ HRC, 2016, p. 12.

someone else. One survivor, who was held for 12 months and sold approximately 15 times, stated: “We were driven into Raqqah city at night and held in a building there. I was there for three weeks before I was sold. Throughout that time, ISIS fighters were coming to buy women and girls. All of us were Yazidi. I think I was sold about 15 times in all. It is hard to remember all those who bought me”. Many Yazidi women and girls were first held in Iraq and then transferred to Syria.⁸¹

According to the report issued by the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, in the Human Rights Council in 2016, ISIS categorized women based on their marital status, and only girls under the age of eight were allowed to remain with their mothers. Those who were unmarried understood that they would be safer if they pretended to have children or to be married, but many were discovered and punished. Others attempted to make themselves look unattractive and undesirable by dirtying and scratching their faces.⁸² Some even attempted suicide as they believed it was better to die than endure such brutality.⁸³ This is a very strong aspect of such brutality; one can only begin to imagine how unbearable these conditions were. Once bought, women and girls endured continuous acts of rape, and if they did not obey, they were confronted with severe beatings or gang rapes.⁸⁴ The person who buys a Yazidi women automatically becomes her owner and can resell, gift, or do whatever they want with their so-called “slave”.⁸⁵ Gang rape was also most of the times the punishment provided when victims tried to escape and were caught doing it.⁸⁶

Apart from the obvious physical trauma that Yazidi women and girls experienced, the mental trauma is equally present, if not more severe.⁸⁷ Furthermore, when these women were able to escape, they had nothing to return to. Most of the men had died, and their places of origin were uninhabitable. One of the questions that arose when these women were freed from months of captivity by ISIS, was whether their families, if any were still alive, and their religious leaders would accept them back into the community.⁸⁸ Thankfully, the religious community accepted them back and clearly stated that these women remained Yazidi even after all that they had endured.⁸⁹ This is particularly relevant and crucial because it enables those who were, for example, unmarried to get married within their faith, and likewise, those who were married can be taken back and accepted by their families and husbands, regardless of the horrific acts of sexual violence they endured. However, Yazidi women still represent a highly traumatized population due to what they experienced.⁹⁰ Most women, even if accepted

⁸¹ HRC, 2016, p. 10.

⁸² Ibidem.

⁸³ HRW, 2015.

⁸⁴ HRC, 2016, p. 14.

⁸⁵ Idem, p. 13.

⁸⁶ Idem, p. 14.

⁸⁷ Global Justice Center, 2016, p. 3.

⁸⁸ HRC, 2016, p. 16.

⁸⁹ UNHCR, 2015.

⁹⁰ Ibrahim et al., 2018, p. 8.

back into the community, still face a lot of guilt and shame after being raped and enslaved for so long.⁹¹ Moreover, one cannot forget that trauma resulting from sexual violence can have a lot of intergenerational impacts, such as reproductive repercussions.⁹² Additionally, as Yazidis are a highly community-oriented population, women who suffered acts of rape and enslavement can still feel very isolated within the group.⁹³ Therefore, although religious leaders have made an effort and accepted these women back into the community, one cannot argue that the genocide did not happen because of said acceptance. These women still feel highly stigmatized, and their identity within the group has been significantly affected by sexual violence.

2. When sexual violence becomes genocide

In International Criminal Law, sexual violence can amount to crimes against humanity, war crimes, and in some circumstances, genocide. In this chapter, we will study the crime of genocide and how sexual violence can be used to commit such a crime. Secondly, we will focus on the use of rape, sexual slavery, and enslavement as they are the most relevant forms of sexual violence in the context of the Yazidi genocide.

2.1 Genocide: main elements

The definition of the crime of genocide and the acts through which genocide is committed are present in the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Genocide Convention).⁹⁴ This convention represents one of the first major human rights instruments adopted by the United Nations.⁹⁵ The events of World War II and the atrocities committed by the Nazis were behind its elaboration.⁹⁶ The term “genocide” was coined by Raphael Lemkin, a Polish attorney, to describe the destruction of a nation or ethnic group.⁹⁷ Lemkin defined genocide as “mass killings of all members of a nation” and “the coordinated plan of different actions aiming at the destruction of essential foundations of the life of national groups, with the aim of annihilating the group themselves”.⁹⁸ What is particularly interesting about the crime of genocide is that, under article 1 of the Genocide Convention, it is considered a crime under International Law both in war and in peacetime.⁹⁹ The crime of genocide differs

⁹¹ Khalil Rami et al, 2018, p. 113.

⁹² Mohamed, 2021, p. 9. On the reproductive violence against the Yazidis see Borda, 2022, pp. 14-20.

⁹³ Ibrahim et al., 2018, p. 8.

⁹⁴ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Genocide convention), 1951.

⁹⁵ Stahn, 2018, p. 34.

⁹⁶ Werle & Jessberger, 2020, p. 337.

⁹⁷ Healey, 1995, p. 364.

⁹⁸ Russell-Brown, 2003, p. 361.

⁹⁹ Art. 1 of the Genocide Convention.

from other crimes against humanity, such as mass murder, racial and religious persecution, because it requires a specific intent, or *dolus specialis*, to exterminate a protected group.¹⁰⁰

The crime of genocide is defined by article 2 of the Genocide Convention. As stated in the convention, there must be an intention to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial or religious group through the commission of certain acts.¹⁰¹ These acts include: killing members of the group; causing serious bodily or mental harm to members of the group; deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; imposing measures intended to prevent births within the group; and forcibly transferring children of the group to another group. This definition has been precisely transferred to the Rome Statute of the International Criminal Court in its article 6. Upon examining this list, one can quickly conclude that sexual violence is not explicitly mentioned. However, there are cases where sexual violence is used to destroy an entire group. If one can prove the intent to destroy the group through the act of sexual violence, then it amounts to genocide.¹⁰² The concept of “genocidal sexual violence” will be analysed further in this chapter.

Furthermore, it is important to establish at this stage that many times the ultimate aim of genocide perpetrators is not to seize territory or achieve a particular military objective.¹⁰³ In fact, perpetrators’ objectives may vary depending on the context of the genocide. When the aim stems from ideology, genocide perpetrators absolutely believe that the targeted group needs to be destroyed for the “greater good” of the new society they intend to build.¹⁰⁴ ISIS justifies its acts with religion¹⁰⁵ and believes that its actions are meant to create a better world. They see themselves as the ones who will “purify”¹⁰⁶ society and do so through terrible acts of terror, such as sexual violence, completely dehumanizing their victims. In an article published in the magazine *Dabiq*, ISIS states while citing religious texts “enslaving the families of the kuffār [infidels] and taking their women as concubines is a firm established aspect of the [Shariah]”.¹⁰⁷ If we look at our specific case of the Yazidi genocide, ISIS believes Yazidis are “infidels” and “devil-worshippers”, earlier in history Rwandan Tutsis were seen as “cockroaches” by Rwandan Hutus, or even earlier Armenians were considered “tubercular microbes”.¹⁰⁸ The common denominator of all these genocides, is that the perpetrators truly believed the world was corrupted, and they were the ones who were going to restore the world by purifying it.¹⁰⁹ Thus, we see that we can take any example of genocide in history, and the

¹⁰⁰ Healey, 1995, p. 365.

¹⁰¹ Article 2 of the Genocide Convention.

¹⁰² ICTY, *Prosecutor v. Kupregki*, Case No. IT-95-16, Trial Chamber, Judgement, 14 January 2000, para. 296.

¹⁰³ ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber, Judgement, 2 September 1998, para. 498.

¹⁰⁴ Ashraph, 2017, p. 16.

¹⁰⁵ Myers Raben, 2018, p. 244.

¹⁰⁶ Nanninga, 2019, p. 137.

¹⁰⁷ *Dabiq*, Issue 14, p. 17 (2014) cit. por Chertoff, 2017, p. 1062.

¹⁰⁸ Ashraph, 2017, p. 17.

¹⁰⁹ Nanninga, 2019, p. 138.

ones behind it always believe they are doing society a favour by cleansing it of those considered “unworthy”.

Finally, it is important to clarify that genocide is often misunderstood by the public. While genocide is commonly associated with mass killings,¹¹⁰ it is actually a crime of intent rather than scale.¹¹¹ This is why it is often compared to crimes against humanity. However, genocide differs from crimes against humanity in that it must be committed against members of a specific group, whereas crimes against humanity can be committed against any individual or civilian.¹¹² Moreover, the two crimes are also different in terms of the perpetrator’s intent. Genocide requires an intention to destroy a group, whereas such an intent is not required to prove crimes against humanity.¹¹³ Lastly, genocide can occur at any time and does not have to happen during an armed conflict or part of a widespread attack.¹¹⁴ Therefore, the scope of the crime is limited and primarily focuses on the perpetrator’s intent to destroy, a national, racial, or religious group.

2.2. Mental element: the intent to destroy

To begin with, it is necessary to establish that the crime of genocide has two separate mental elements, one being the general intent (*dolus*) and the other the “intent to destroy” (*dolus specialis*).¹¹⁵ The *dolus* in the crime of genocide relates to the fact that the perpetrator must know that their actions are directed towards a protected group.¹¹⁶ On the other hand, the *dolus specialis* goes beyond the objective elements of the crime and thus constitutes an additional subjective requirement that complements the general intent.¹¹⁷ Therefore, genocide is considered a “crime of ulterior intent” or a “goal-oriented crime”.¹¹⁸

Once again, the *Akayesu* case was the first case where this special intent was explained. The ICTR, defined this specific intent as “the specific intention, required as a constitutive element of the crime, which demands that the perpetrator clearly seeks to produce the act charged”.¹¹⁹ This reasoning was followed by most of the case-law of the ICTR.¹²⁰ When it comes to the ICTY, the same approach presented in *Akayesu* was used. In particular, there are two cases where one can identify how important and extreme this *dolus specialis* is. One of them

¹¹⁰ Ashraph, 2017, p. 17.

¹¹¹ Coalson, 2013.

¹¹² Short, 2003, p. 508.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Ambos, 2009, p. 834.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ Ambos, 2009, p. 835.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber, Judgement, 2 September 1998, para. 498.

¹²⁰ ICTR, *Prosecutor v. Georges Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3-T, Trial Chamber, Judgement, 6 December 1999, para. 61; ICTR, *Prosecutor v. Ignace Bagilishema*, Case No. ICTR-95-1A-T, Trial Chamber I, Judgement, 7 June 2001, para. 62; ICTR, *Prosecutor v. Alfred Musema*, Case No. ICTR-96-13-T, Trial Chamber I, Judgement, 27 January 2000, para. 164.

is the *Jelisić*¹²¹ case, where this specific intent was not proved and that the actions of Jelisić were only random and not “motivated by the *dolus specialis* of the crime”.¹²² The *Krstić*¹²³ case is also particularly relevant when it comes to properly explain the notion of “intent to destroy”. The removal of a military threat was at stake in this case, where mass killings of Bosnian Muslims by Serb forces occurred in Srebrenica.¹²⁴ In this case, General Krstić was not convicted of genocide because it was not possible to prove the specific intent. He was indeed convicted of aiding and abetting to genocide because he actually knew that some of his subordinates had a genocidal intent.¹²⁵ What came out clearly from this case is that each individual must have the required intent in order for genocide to be accomplished.¹²⁶ This approach taken by the ICTY and most international tribunals such as the International Court of Justice (ICJ) and the International Criminal Court (ICC) is an “intent-based approach”, which suggests that one individual must have the intent to destroy the group through his own conduct.¹²⁷ Similarly, the Darfur Commission of Inquiry also follows the approach that a specific intent “implies that the perpetrator consciously desired the prohibited acts he committed to result in the destruction of a protected group”.¹²⁸ Even if this “intent-based approach” is mostly accepted and followed by the doctrine, some authors criticize it and believe it too unrealistic.¹²⁹

A “knowledge-based approach” is defended as it makes it possible for genocide to be proven even if the perpetrator only had knowledge that he was acting according to a genocidal campaign.¹³⁰ This approach was also proposed by the prosecutor in the *Jelisić* case, however it was dismissed by the trial chamber.¹³¹

Furthermore, this specific intent is what differentiates genocide from other international crimes such as crimes against humanity, creating a hierarchy between crimes and making genocide “the crimes of all crimes”¹³². In fact, the UN International Law Commission (ILC) in 1996 commented that a general intent would not be sufficient to prove the crime of genocide.¹³³ A more specific intent is required, and genocide “requires a particular state of mind or a specific intent with respect to the overall consequence of the prohibited act”.¹³⁴ However, the difficulty that arises with this specific intent is that it is challenging to prove in practice.¹³⁵ It is highly unlikely to find evidence that someone acted with such intent to destroy in part or in

¹²¹ ICTY, *Prosecutor v. Goran Jelisić*, Case No. IT-95-10-T, Trial Chamber, judgement, 14 December 1999.

¹²² ICTY, *Prosecutor v. Goran Jelisić*, Case No. IT-95-10-T, Trial Chamber, judgement, 14 December 1999, para. 108.

¹²³ ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Chamber, Judgement, 2 August 2001.

¹²⁴ Guilfoyle, 2016, p.282.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Chamber, Judgement, 2 August 2001, para. 549.

¹²⁷ Wilmshurst, 2010, p. 223.

¹²⁸ Ambos, 2009, p. 839.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ Goldsmith, 2010, p.238.

¹³¹ ICTY, *Prosecutor v. Goran Jelisić*, Case No. IT-95-10-T, Trial Chamber, judgement, 14 December 1999, para. 52.

¹³² Goldsmith, 2010, p. 241.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ Yearbook of the International Law Commission, 1996, p. 44 (para. 5).

¹³⁵ Werle & Jessberger, 2020, p. 366.

whole a protected group.¹³⁶ This difficulty stems from the fact that intent is part of someone's state of mind, making it very hard to prove.¹³⁷ In most cases, this intent is only proven if the perpetrator acted within a proper genocidal plan or policy.¹³⁸ However, the presence of a genocidal campaign or policy does not necessarily prove an individual's intent to destroy.¹³⁹ As we can see what makes it extremely difficult to prove the specific intent to destroy is the fact that the intent is based on the individual rather than the group. If we take an approach of the intent to destroy as being institutionalized, we can see that it becomes much easier to prove it. This is why the "knowledge-based" approach is the key to solve this difficulty in proving the intent to destroy. By combining the institutionalized intent to destroy and the "knowledge-based" approach of the intent to destroy of the individual, it becomes enough to prove the international crime of genocide.

From our point of view, on one hand, it is understandable that such a high level of intent is required for the crime of genocide to be committed. Indeed, if a similar level of intent was not required, genocide would become a common crime, and many acts would fall under its scope. On the other hand, making the intent requirement so specific makes it difficult to convict people who have clearly carried out genocidal campaigns. In this regard, as we have already stated, a "knowledge-based" approach would be preferred so that the ones who act with the knowledge that they may bring about the destruction of a protected group may be convicted of genocide as well.

2.3 Sexual violence as a means to commit genocide

Sexual violence against women in armed conflict used to be seen as a mere spoil of war, something that would happen as a consequence, not as a tactic of war. For this reason, the international community closed its eyes to prosecuting acts of sexual violence during any armed conflict for a large part of history. As Kristen Boon has noted, such acts were for a very long time considered as "moral crimes and outrages on honour", putting the emphasis on the honour of the victim rather than on the physical abuse and trauma that came from the act.¹⁴⁰ In fact, Article 27 of the IV Geneva Convention¹⁴¹ states exactly that. However, history changed with the implementation of both the international Tribunal for Rwanda (ICTR) and the International Tribunal for former Yugoslavia (ICTY), where finally the international community recognized the importance of these crimes.¹⁴² In Bosnia, there are records of up to 60'000 women and girls who were raped as part of an "ethnic cleansing campaign".¹⁴³ As for

¹³⁶ Goldsmith, 2010, p. 242.

¹³⁷ Ibidem.

¹³⁸ ICTY, *Prosecutor v. Goran Jelusic*, Case No. IT-95-10-T, Trial Chamber, judgement, 14 December 1999, para. 48.

¹³⁹ ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Chamber, Judgement, 2 August 2001, para. 549.

¹⁴⁰ Boon, 2001, pp. 625, 627.

¹⁴¹ Fourth Geneva Convention, 1949.

¹⁴² M.H., 2003, p. 508.

¹⁴³ Crawford, 2017, p. 42.

Rwanda, between 250'000 and 500'000 women and girls were raped as a strategic weapon installed to eradicate Tutsis during the 100-day genocide.¹⁴⁴⁻¹⁴⁵ Sexual violence went from being considered a simple consequence of war to a full strategic weapon of war that could amount to crimes of war, crimes against humanity and in the most severe cases genocide. For the purposes of our work, we will mainly focus on the analysis of the latter.

When sexual violence is part of a strategic tactic of war and viewed as a true weapon of war, in some circumstances one can talk about genocidal sexual violence.¹⁴⁶ It is interesting because it is a crime that involves both gender and ethnicity elements, and it is important to understand that some women are not targeted randomly; they are targeted by certain men because they belong to a certain group.¹⁴⁷ Instead of viewing sexual violence as an act that occurs out of control during an armed conflict, we should rather talk about sexual violence that is under control.¹⁴⁸ In other words, when acts of sexual violence are accompanied with the intention to truly destroy, in whole or in part, a national, ethnic, or religious group, then these acts are considered to be part of a strategy of genocide.¹⁴⁹

Sexual violence as a means of committing genocide is mostly, but not only, directed at the women of the protected group. One must think that sexual violence is not a very effective way of destroying a group, maybe thinking that mass killing would be way more effective for the purpose of destroying the group.¹⁵⁰ However, through sexual violence, the perpetrators not only destroy the individual victim (in this case, women), but they also completely dismantle the community they belong to.¹⁵¹ This was clearly established in the landmark case of *Jean-Paul Akayesu*: “Sexual violence was an integral part of the process of destruction, specifically targeting Tutsi women and specifically contributing to their destruction and to the destruction of the Tutsi group as a whole”.¹⁵² Furthermore, one can argue that sexual violence, when carried out in a genocidal campaign, can be considered a step to ultimately annihilate the protected group.¹⁵³ Ultimately, sexual violence is both an attack on the victim and on the identity and existence of the entire group.

Going back to the genocide Convention, we have already established that sexual violence is not explicitly listed as an act of genocide. However, sexual violence often falls under the category of “causing serious bodily or mental harm to members of the group”, which is included in the list of acts in Article 2 of the Convention.¹⁵⁴ In fact, acts of sexual violence, such as rape,

¹⁴⁴ Between April 7th and July 15th, 1994, during the Rwandan Civil War, about 800'000 people were slaughtered by Hutu extremists, they were mainly targeting the Tutsi community. See BBC, 2019.

¹⁴⁵ Crawford, 2017, p. 42.

¹⁴⁶ Russell-Brown, 2003, p. 2.

¹⁴⁷ MacKinnon, 1993, p. 59.

¹⁴⁸ MacKinnon, 1993, p. 66.

¹⁴⁹ Ashraph, 2017, p. 20.

¹⁵⁰ Ibidem.

¹⁵¹ Ibidem.

¹⁵² ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber, Judgement, 2 September 1998, para. 731.

¹⁵³ Ashraph, 2017, p. 20.

¹⁵⁴ Eboe-Osuji, 2012, p. 160.

can certainly fit into this category for obvious reasons. In addition, it was also through this reasoning that rape was considered genocide in the case of *Jean Paul Akayesu*.¹⁵⁵ In this landmark case held by the International Tribunal for Rwanda, an individual was declared guilty of genocide for the first time ever on the basis of, among other things, of acts of rape and other forms of sexual violence.¹⁵⁶

2.3.1 The use of women to destroy a protected group

The Genocide Convention makes it very clear that in order to prove genocide, the material element of the existence of a protected group is crucial. It is important to note that the Genocide Convention only applies when dealing with the destruction, in whole or in part, of a national, ethnic, racial, or religious group. Therefore, for the purpose of this work, it is crucial to establish how gender, specifically women, are used to annihilate or destroy a protected group under the Genocide Convention. Although gender is not explicitly listed as a protected group in article 2 of the Genocide Convention, the jurisprudence established by International Tribunals has shown that acts of sexual violence can still amount to the annihilation of a protected group.¹⁵⁷

As it was established by jurisprudence, “the prohibited act must be committed against a person based on that person’s membership in a specific group and specifically because of the person belonged to this group, such that the real victim is not merely the person but the group itself”¹⁵⁸. Here we can clearly see that if we take the example of women being targeted by acts of sexual violence, they are only targeted because they are part of a certain group and not because they are women as individuals. Yazidi women and girls are being raped and enslaved because they are Yazidi women and not because they are *only* women.

In certain cultures, such as more patriarchal ones, women and girls often carry the burden of their family’s honour.¹⁵⁹ Consequently, attacking this said honour through acts of sexual violence is particularly effective in carrying out the annihilation of the victim’s group.¹⁶⁰ Typically, these women are cast out of their communities, left unable to marry, abandoned by their husbands, and in extreme cases, even killed. Using women as a means to annihilate the protected group is extremely perverse. The intention is not to attack women, ultimately the aim of such acts is to attack the entire group. From our point of view, this leads to an extreme double dehumanization of women, as they suffer from both the attacks and the out casting by their communities. In genocidal campaigns, women are used to humiliate and eventually

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ Russell-Brown, 2003, p. 2.

¹⁵⁷ Ashraph, 2017, p. 17.

¹⁵⁸ ICTR, *Prosecutor v. Muhimana*, Case No. ICTR-95-1B-T, Trial chamber III, Judgment, 28 April 2005, para. 500; ICTR, *Prosecutor v. Kajelijeli*, Case No. ICTR-98-44A-T, Trial Chamber II, Judgment, 1 December 2003, para. 813.

¹⁵⁹ Ashraph, 2017, p. 20.

¹⁶⁰ Ibidem.

destroy the entire group. Hilmi Zawati stated: “National and racial motives were the central elements in the dehumanization process of Bosnian, Kosovar, and Tutsi women by making their bodies the battlefield where warriors displayed their hatred systematically and systematically”.¹⁶¹

Furthermore, another aspect of sexual violence when carried out in a genocidal campaign is that many times it is used to prevent births. For example, during the Bosnian conflict, Muslim women were raped and mostly became pregnant with “Serbian” babies. This was deliberately done by Serbian forces so women wouldn’t carry another generation of Bosnian Muslims but of Serbians. In fact, there were proper rape camps where women would be raped on repeatedly and held for months.¹⁶² Similarly, ISIS, even though it didn’t carry out a forced impregnation campaign, any resulting child from a Yazidi woman or any woman would become Muslim “Child of the Islamic State”.¹⁶³ This is also true because in many cultures, the ethnicity and religious identity of a child is passed down by their father¹⁶⁴, so if you kill all the male members of the group and rape the women with the intention of impregnating them, then the objective of creating a new generation of Serbians or in our case, ISIS members, is definitely attained. Actually, in the case of the Yazidis, as mentioned before, it is impossible to convert to yazidism. The only way to be part of the religious group is to be born into it, thus the only possible way is to have Yazidi parents. If women and men are separated and eventually male members are killed, this makes it impossible for a new generation of Yazidis to be born.¹⁶⁵

2.3.2 Rape

Rape gained visibility and its first definition in international law in the context of the Rwandan conflict, and more specifically in the landmark case of *Jean-Paul Akayesu*. Essentially, there are three lines of thinking when it comes to the elements that define the crime of rape: one that focus itself on a “broad conceptual definition”, one that specifically focuses on the body parts involved, thus being more restrictive, and finally one that involves the element of non-consent.¹⁶⁶

The ICTR defined rape as “a physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances which are coercive”.¹⁶⁷ By glancing at this definition, one can see that there are no elements of consent present in it. In fact, in *Akayesu*, the trial explicitly explained

¹⁶¹ Zawati, 2010, p. 173.

¹⁶² During the Bosnian War, Bosnian Serb forces while carrying a campaign of ethnic cleansing against Bosniaks and Croats set up rape camps in detention centres, schools, or other public buildings, where women and girls were forcibly taken and subjected to sexual violence. Such use of rape camps was acknowledged in a few cases of the ICTY. See for example ICTY, *The Prosecutor v. Kunarac, Kovac & Vokovic*, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Trial Chamber, Judgment, 22 February 2001, para. 576.

¹⁶³ Ashraph, 2017, p. 23.

¹⁶⁴ *Idem*, p. 19.

¹⁶⁵ Ashraph, 2017, p. 19.

¹⁶⁶ Castellano San José, 2020, p. 52.

¹⁶⁷ ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber, Judgment, 2 September 1998, para. 598.

that the lack of consent expressed by the victim is not a prerequisite for rape.¹⁶⁸ Furthermore, according to this definition, “invasion of a sexual nature” must be understood in a broader way, which may include acts from ranging from penetration to acts that don’t involve any touching of the body.¹⁶⁹ Therefore, this definition could also include acts that simply have a sexual connotation.¹⁷⁰ The definition changed and evolved with the ICTY, which provided other elements to define rape at international level. In 1998, in the *Prosecutor v. Furundzija*¹⁷¹ case, rape was defined in a much more specific and restrictive way: “i) the sexual penetration, however slight: a) of the vagina or anus by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator, or b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator; ii) by coercion or force or threat of force against the victim or third person”.¹⁷² Some believe that the tribunal, with this definition, did not completely deviate from the definition given by the ICTR but rather specified the elements of rape.¹⁷³ In this definition, the tribunal focuses much more on the physical aspects of rape by mentioning the precise facts that can motivate rape, as well as the specific parts of the human body involved in rape and the instruments used in rape.¹⁷⁴ Still, in the *Prosecutor v. Kunarac, Kovac & Vokovic* (also *Foca* case)¹⁷⁵, the ICTY trial chamber did not entirely deviate from the *Furundzija* definition but instead adopted the concept of lack of consent, deviating from the concept of coercion.¹⁷⁶ These are the main examples of the three lines of thinking regarding the definition of rape; however, as of today, there is still no consensus regarding an appropriate definition of rape in international law.¹⁷⁷

In International Humanitarian Law (IHL), rape, when committed in an international or non-international armed conflict, constitutes a violation of IHL. However, the Geneva Conventions describe rape through the lens of an attack on women’s honour and not really associate it with a crime of violence.¹⁷⁸ Article 27 of the IV Geneva Convention states “Women shall be especially protected against any attack on their honour, in particular against rape, enforced prostitution, or any form of indecent assault”. One might think this is somewhat old-fashioned and not really doing much justice to what rape actually is. But we cannot forget that

¹⁶⁸ Njoroge, 2016. p.10.

¹⁶⁹ ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber, Judgement, 2 September 1998, para. 688.

¹⁷⁰ Gaggioli, 2014, p. 506. See also the Pauline Nyiramasuhuko case, where a woman was convicted of charges of rape and genocide although she never raped anyone. ICTR, *The prosecutor v. Nyiramasuhuko*, Case No. ICTR-98-42-T, Trial Chamber, Judgement, 24 June 2011.

¹⁷¹ ICTY, *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-T, Trial Chamber, Judgement, 10 December 1998.

¹⁷² ICTY, *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-T, Trial Chamber, Judgement, 10 December 1998, para. 185.

¹⁷³ ICTR, *Prosecutor v. Muhimana*, Case No. ICTR-95-1B-T, Trial chamber III, Judgment, 28 April 2005, para. 547-551; Gaggioli, 2014, p. 507.

¹⁷⁴ Lopes Carvalho, 2021, p. 811.

¹⁷⁵ ICTY, *The Prosecutor v. Kunarac, Kovac & Vokovic*, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Trial Chamber, Judgment, 22 February 2001.

¹⁷⁶ ICTY, *The Prosecutor v. Kunarac, Kovac & Vokovic*, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Trial Chamber, Judgment, 22 February 2001, para. 460.

¹⁷⁷ Weiner, 2013, p. 1207, 1223.

¹⁷⁸ De Vito, Gill & Short, 2009, p. 29.

the Geneva Conventions were written in the 40s and the context was definitely different at the time.

In International Criminal Law, rape can fall under the categories of crimes against humanity, war crimes and in some circumstances, it may amount to genocide. Article 6 of the Rome Statute defines the crime of genocide and what acts fall under this crime. As for article 7 (1)(g) of the Rome Statute, rape may amount to crimes against humanity if part of a widespread or systematic attack directed at a civilian population. Under article 8 (2) (b) [xxii], rape and other forms of sexual violence are considered a war crime. The fact that rape often included under the chapeau of another crime is somewhat criticized by some. By always associating rape with another crime, it makes the crime of rape appear as a lesser offense, as if it is not as severe.¹⁷⁹ Nevertheless, even if Rape would not be specifically prohibited by IHL or ICL, it would still be considered as a peremptory norm of International Law.¹⁸⁰

Rape, when committed with the intention of destroying or annihilating a group, is understood by its perpetrators as necessary and effective to humiliate and isolate not only women but also men from the same community.¹⁸¹ Most of the time, rape completely destroys relations between women and men. In some cultures, women are no longer considered pure, thus deemed unfit to marry. Rape inflicts irreversible trauma, which may prevent women from procreating or having active sexual lives in their future. When institutionalized rape can destroy an entire community, as seen in the Yazidi genocide.

2.3.3 Sexual slavery and enslavement

Prior to the 1990s, sexual slavery was not considered a serious or important issue, much like other forms of sexual violence against women.¹⁸² The lack of prosecution for the “Comfort Women”¹⁸³ during the Tokyo Trials serves as one of the most shocking examples of this.¹⁸⁴ It was only with the Rome Statute that sexual slavery was recognized as a separate crime, although it had previously been intertwined with forced marriage, rape and forced labour.¹⁸⁵ Nonetheless, even if sexual slavery had not been specifically prohibited by any convention (which it is), it would still be part of the core of international law, known as *ius cogens*.¹⁸⁶

¹⁷⁹ Ellis, 2007, p. 225, 246.

¹⁸⁰ Azeredo Lopes, 2022.

¹⁸¹ Reynolds, 1998, p. 601.

¹⁸² El-Masri, 2018, p. 1049.

¹⁸³ The expression “comfort women” refers to an estimated of hundreds of thousands of women and girls from occupied territories including Korea, China, the Philippines, among other parts of Asia, that were recruited and forced to provide sexual services to Japanese soldiers during World War II. Despite extensive evidence of this forced prostitution system, the Japanese government has not acknowledged it and has not provided proper reparations or compensation to the surviving comfort women. See Kim, Milner (Lee) Bisland & Shin, 2019, p. 58.

¹⁸⁴ Viseur Sellers & Getgen Kestenbaum, 2020, p. 10.

¹⁸⁵ El-Masri, 2018, p. 1050.

¹⁸⁶ Mitchell, 2005, pp. 231-232; Slavery is considered a peremptory norm of general international law by the International Law Commission. See ILC 2022 report at: <https://legal.un.org/ilc/reports/2022/english/chp4.pdf>

In IHL, sexual slavery and enslavement are implicitly prohibited by common article 3 /1 (1) (c) of the Geneva Conventions, as it establishes an obligation of humane treatment.¹⁸⁷ Article 75/2 (b) of Additional Protocol I¹⁸⁸ also implicitly prohibits sexual slavery, by prohibiting acts such as “outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution, and any form of indecent assault”. Finally, article 4 of Additional Protocol II¹⁸⁹, also prohibits such acts.

Under ICL, sexual slavery is nowadays specifically considered a separate war crime in article 8 (2)(e)[vi] and a crime against humanity in article 7 (1) (g) of the Rome Statute of the ICC. Its material elements are: 1) the perpetrator exercised any or all of the powers attaching to the right of ownership over one or more persons, such as by purchasing, selling, lending or bartering such a person or persons, or by imposing on them a similar deprivation of liberty; and 2) the perpetrator caused such person or persons to engage in one or more acts of a sexual nature. In reality, sexual slavery is defined as slavery only if it has a sexual nature.¹⁹⁰ In addition, sexual slavery is also considered a continuing crime as it can be achieved over a period of time and across different geographic places.¹⁹¹

Like rape, the ICC and most international tribunals don't accept the concept of consent in the case of sexual slavery, since its expression is impossible due to the conditions under which the victim is placed.¹⁹² In the context of sexual slavery, if the perpetrator exercised any powers of ownership over the victim, the element of consent is automatically irrelevant as no person would agree to be a slave.¹⁹³ In addition, sexual enslavement is an act of sexual violence recognized in *Akayesu* and in most cases both from the ICTY and ICTR as constituting serious and mental harm to the victims within the understanding of article 2 of the Genocide Convention.¹⁹⁴

On the other hand, enslavement is defined as a crime against humanity in article 7(1)(c) of the Rome Statute. It is different from sexual slavery and it requires the perpetrator to have “exercised any or all of the powers attaching to the right of ownership over one or more persons, such as by purchasing, selling, lending or bartering such a person or persons, or by imposing on them a similar deprivation of liberty”.¹⁹⁵ However, in reality, enslavement

¹⁸⁷ ICRC, Commentary of 2016 of the I Geneva Convention, para. 696.

¹⁸⁸ Protocol I, 1977.

¹⁸⁹ Protocol II, 1977.

¹⁹⁰ El-Masri, 2018, p. 1051.

¹⁹¹ El-Masri, 2018, p. 1051.

¹⁹² Szpak, 2013, p. 322.

¹⁹³ El-Masri, 2018, p. 1051.

¹⁹⁴ HRC, 2016, p. 24.

¹⁹⁵ HRC, 2016, p. 24.

includes sexual slavery if the act of ownership includes any act of sexual nature.¹⁹⁶ Detention in rape camps, forced marriage, gang rape and other acts are part of such acts.¹⁹⁷

In the context of our case study, sexual slavery was taken to an extreme level as the enslavement of Yazidi women was deeply institutionalized within ISIS.¹⁹⁸ ISIS was able to implement a slave trade that had not been seen for centuries, where Yazidi women were treated as chattel and traded as such.¹⁹⁹ What is particularly interesting about sexual slavery and ISIS is that they never tried to hide their slavery policy. In fact, they proudly announced and described their slave sex market in *Dabiq*, the Islamic State magazine.²⁰⁰ ISIS was not ashamed or fearful of admitting that they had a policy of sexual slavery because they truly believed it was justified religiously, at least according to their interpretation of Islamic Law. According to one of ISIS articles, the enslavement of Yazidi women was not meant to bring sexual pleasure to their fighters but rather to “help slaves embrace Islam and break free of their chains”.²⁰¹ It is rather ironic from our point of view, that one would put someone in chains to break them from their supposed chains. Furthermore, ISIS also used sexual slavery against Yazidi women to further their institutional and organizational goals. Yazidi women were seen as offers²⁰² to ISIS fighters so they would be more motivated to bring about the objectives of the Caliphate. Finally, ISIS also was able to make a profit and income from the trade of Yazidi women, as some of them would be sold repeatedly from one fighter to the other.²⁰³ All these aspects show well how ISIS institutionalized sexual slavery and enslavement of Yazidi women.

3. Legal analysis: Genocide of the Yazidi including through acts of sexual violence against women and girls

After establishing the facts and laying down the legal framework, we have reached the stage where we must analyse whether ISIS can be prosecuted for the Genocide of the Yazidi community, based on the sexual violence committed against Yazidi women and girls. In the first instance, we will conduct a legal analysis to determine if ISIS’s actions amounted to the genocide of the Yazidi community, including through acts of sexual violence. We will first assess if the Yazidi community is considered a protected group under the Genocide Convention, then establish if any of the prohibited acts by the Convention were committed by ISIS, and finally analyse the specific intent to destroy the Yazidi community.

¹⁹⁶ ICTY, *The Prosecutor v. Kunarac, Kovac & Vokovic*, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Trial Chamber, Judgment, 22 February 2001, para. 541, 573-574.

¹⁹⁷ McDougall, 1998, para. 8

¹⁹⁸ El-Masri, 2018, p. 1052.

¹⁹⁹ El-Masri, 2018, p. 1052.

²⁰⁰ Global Network of Women Peacebuilders, 2020, p. 5.

²⁰¹ Foundation Scelles, 2016.

²⁰² Global Network of Women Peacebuilders, 2020, p. 6.

²⁰³ Ibidem.

A question that arose multiple times during discussions about the qualification of ISIS's acts towards the Yazidi community was why it is important to label what ISIS did as genocide? Does it trigger new obligations for States to intervene? The reality is that labelling ISIS's acts against the Yazidi community as genocide acknowledges a few things. Firstly, it acknowledges that ISIS is much more than just a terrorist organization; they are, indeed, belligerents. We have already established this, but by designating ISIS's actions as genocide, one can reinforce this thought. Secondly, from our perspective, it is calling things by their rightful names. By acknowledging that it was indeed genocide, the suffering of a whole community who lost everything is also recognized.

In the context of our case-study it has already been declared by the United Nations but, also by some States that ISIS's actions did, in fact, amount to genocide. The International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic has established in a report presented in the thirty-second session of the Human Rights Council in 2016,²⁰⁴ that ISIS committed genocide based on facts from Syria. Similarly, The United Nations Investigative Team to Promote Accountability for Crimes Committed by Da'esh/ISIL (UNITAD) has also recognized that ISIS acts in Iraq amounted to the genocide of the Yazidi community.²⁰⁵ Furthermore, regarding States, a number of them have considered ISIS's acts towards the Yazidi community as genocide, including The United States of America in 2016²⁰⁶ and more recently the German Parliament.²⁰⁷

3.1. Are Yazidis a protected group?

As we have established in the previous chapter, for the crime of genocide to be committed, the prohibited acts must be committed against a protected group. The protected groups under article II of Genocide Convention or article 6 of the Rome Statute are any national, ethnic, racial, or religious group as such. The Yazidis can fit two of these categories of protected group: they can potentially be considered an ethnic group and are most definitely a religious group. Ethnic groups are defined as groups "whose members share a common language or culture"²⁰⁸ and religious groups as groups "whose members share the same religion, denomination or mode of worship".²⁰⁹

²⁰⁴ HRC, 2016.

²⁰⁵ UN, Security Council: letter of 1 May 2021. U.N.Doc. S/2021/419 (2021)

²⁰⁶ On March 17, 2016, Secretary of State John Kerry on a Press Briefing stated: "My purpose in appearing before you today is to assert that, in my judgment, Daesh is responsible for genocide against groups in areas under its control, including Yazidis, Christians, and Shia Muslims". Cf. <https://2009-2017.state.gov/secretary/remarks/2016/03/254782.htm>.

²⁰⁷ Le Monde, 2023.

²⁰⁸ ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber, Judgement, 2 September 1998, para. 513.

²⁰⁹ *Idem*, para. 515.

Regarding the classification of Yazidis as an ethnic group, there are divergent opinions even within the community itself. Yazidis are particularly present in Syria, Iraq, Armenia, and Turkey, and all share the same language, Kurdish. Most view themselves as ethnically Kurdish, with the exception of those in Armenia, but as followers of the Yazidi religion.²¹⁰ Furthermore, especially in the context of discrimination and segregation from the surrounding Muslim communities, the Yazidi community views itself as a distinct ethnic group.²¹¹

When it comes to classifying Yazidis as a religious group, there is little to no debate around it. As previously explained, Yazidis follow a very ancient religion that has existed for thousands of years. While Yezidism has absorbed elements of other religions, they continue to follow specific traditions and methods of worship. Additionally, members of the community view themselves as a distinct religious group with very specific beliefs. Furthermore, membership of a religious group under the Genocide Convention can also be determined through the lens of the perpetrator, as the jurisprudence of the ICTY and ICTR has suggested.²¹² In fact, ISIS has stated multiple times that they attack the Yazidis because of their religious beliefs, as they consider them devil-worshippers. Moreover, ISIS refers to Yazidis as “dirty *kuffars*” and infidels. Through these few examples, one can see that ISIS considers Yazidis as part of a religious group.

To sum up, when looking at the specificities of the Yazidi community, one can say without much opposition that the Yazidis are considered as a religious group under article II of the genocide convention.

3.2 Prohibited acts against Yazidi women

For the purpose of our specific theme throughout this work, we will only focus on the prohibited acts that were committed through sexual violence against Yazidi women. As mentioned before, the following are considered prohibited acts under article 2 of the genocide convention: 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 their physical destruction in whole or in part; and d) imposing measures intended to prevent births within the group. When it comes to sexual violence perpetrated by ISIS against Yazidi women and girls and these prohibited acts that amount to genocide, letters b) c) and d) are notably relevant.

To begin with, in the *Akayesu* Trial judgement, it was established that behaviour that amounts to serious bodily or mental harm “may include, but is not necessarily restricted to,

²¹⁰ HRC, 2016, p. 20.

²¹¹ HRC, 2016, p. 20.

²¹² ICTY, *The Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-A, Appeals Chamber, Appeals Judgment, 22 March 2006, para. 25; ICTR, *The Prosecutor v. Gacumbitsi*, Case No. ICTR-2001-64-T, Trial Chamber III, Judgment, 17 June 2004, para. 255; ICTR, *Prosecutor v. Alfred Musema*, Case No. ICTR-96-13-T, Trial Chamber I, Judgment, 27 January 2000, para. 161.

acts of torture, rape, sexual violence or inhuman or degrading treatment”.²¹³ This prohibited act was committed especially through the acts of rape and enslavement of Yazidi women. As mentioned before, Yazidi women were part of a sex market institutionalized by ISIS and were sold and raped numerous times. ISIS did not hide their intentions towards Yazidi women, as they even published in one of their issues of *Dabiq* that enslavement of Yazidi women was permitted. There are hundreds of testimonies from Yazidi women and girls stating that they were raped and sold repeatedly by ISIS fighters. Once again, the *Akayesu* case clearly stated that “rape and sexual violence certainly constitute infliction of serious bodily and mental harm on the victims and are even, according to the Chamber, one of the worst ways of inflicting harm on the victim as he or she suffers both bodily and mental harm...”.²¹⁴ Rape causes serious bodily and mental harm on the victim. On the one hand, it obviously has a direct impact on the victim, and, on the other hand, it has an impact on the victim’s family or community as well.²¹⁵ The process ran as follows: Yazidi women and girls were enslaved by ISIS and made their property. Once bought or gifted by fighters, they became their personal property. Before being sold, they were put through a registration process,²¹⁶ so their monetary value could be determined,²¹⁷ thus being treated like chattel, like merchandise. Once their value was determined, they were ready to incorporate the sex market, which operated both in person and online.²¹⁸ If they dared opposing being sold or another woman or girl being sold, the consequences were severe beating and violence. And, if they attempted to escape their “owners”, they risked facing death, gang rapes, and severe physical violence. Once sold, they were forced to perform any task or duty demanded by their “owner” or his family.²¹⁹ They were treated without any dignity or respect, which was justified by their status of “dirty infidels”. Thus, either through rape or sexual slavery and enslavement, ISIS definitely caused serious bodily and mental harm to Yazidi women.

Furthermore, ISIS’s sexual violence and, more specifically, sexual slavery against Yazidi women also constituted the prohibited act of deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about their physical destruction in whole or in part. Indeed, this prohibited act refers to the fact that the perpetrator “does not immediately kill the members of the group, but which, ultimately, seeks their physical destruction”.²²⁰ Rape fits into this category of prohibited acts as in the long term it may seek the physical destruction of the group, although in the more immediate term it does not lead to the death of the members of the group.

²¹³ ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber, Judgement, 2 September 1998, para. 504.

²¹⁴ *Idem*, para. 731.

²¹⁵ Askin D., 2003, p. 320.

²¹⁶ Eurojust, 2017, p. 6.

²¹⁷ HRC, 2016, p. 23.

²¹⁸ Eurojust, 2017, p. 6.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber, Judgement, 2 September 1998, para. 505.

Additionally, imposing measures intended to prevent births within a group is also a prohibited act under Article 2 of the Genocide Convention. These measures can include sexual violence and, more specifically, rape. According to the *Akayesu* case, rape can be used as a measure to prevent births “when the person raped subsequently refuses to procreate, in the same way that members of a group can be led, through threats or trauma, not to procreate”.²²¹ Following the enslavement and repeated acts of rape, Yazidi women are bound to not trust anyone around them, particularly men, as many of them have experienced their first sexual experience by being raped. Many believe they have lost their honour and are unworthy to marry, while others simply cannot imagine any future relationships with men due to the trauma endured during their captivity. In this regard, one can say that sexual violence against Yazidi women and girls was used as a measure to prevent births within the group.

In conclusion, through the use of sexual violence, namely rape, sexual slavery and enslavement, ISIS committed the prohibited acts of causing serious bodily and mental harm to the victims. They deliberately inflicted on the group conditions of life calculated to bring about their physical destruction in whole or in part and imposed measures intended to prevent births within the group.

3.3 The intent to destroy the Yazidis

The prohibited acts having been committed, we still need to analyse whether ISIS committed them with the intent to destroy the Yazidis in whole or in part. This intent can usually be determined not only through the conduct of the perpetrators, but also through statements. In our case study, this intent is clearly seen through ISIS’s justification for attacking the Yazidis, specifically when it comes to the rape and enslavement of Yazidi women. ISIS’s justification of their acts through religion and stating that Yazidis are targeted because they are Yazidis is the first indication that there is a specific intent to destroy the community.

The intent to destroy in whole or in part a protected group can be determined from the perpetrator’s “deeds and utterances considered together, as well as from the general context of the perpetration of other culpable acts systematically directed against the group”.²²² ISIS has published multiple statements expressing their intentions towards the Yazidis, including towards women and girls, especially in their articles published in *Dabiq*. In an article entitled “The revival of slavery before the hour”, ISIS explains how the Yazidis are a specific group that has existed for thousands of years and needs to be “dealt with”. Furthermore, ISIS’s intent to destroy the Yazidis can also be seen through the fact that they are not given the opportunity to

²²¹ *Idem*, para. 508.

²²²ICTR, *The Prosecutor v. Gacumbitsi*, Case No. ICTR-2001-64-T, Trial Chamber III, Judgment, 17 June 2004, para. 252.

pay the *jizya*,²²³ which other religious groups, such as Catholics or Jews, can. This gives them the only choice between conversion or death.

In the case of Yazidi women, sexual slavery is permitted by their version of the Shariah, and ISIS states “Their women can be taken as slaves and their property can be seized. They are apostate heretics whose repentance cannot be accepted. Rather they are to be killed wherever they are found (...)”.²²⁴ From the day they set foot in Sinjar, there is no doubt regarding ISIS’s intent to destroy the Yazidi community, as they attacked the Yazidis because they were Yazidis. They raped and enslaved Yazidi women because they were Yazidi. Even if ISIS did in fact target other groups, nothing is comparable to the attacks on this community. There were no other women who were sexually enslaved and sold in their sex markets. Others could continue to live their lives by paying a tax, probably not very pleasant ones, but they weren’t persecuted on the same scale as Yazidis. As “infidels” and “devil-worshippers”, Yazidis were not worthy of sharing the same land as ISIS and live under their control.

Ultimately, there is no doubt regarding ISIS’s intent to destroy the Yazidis. This intent can be seen through ISIS’s religious justification for their actions, communications, and publications, and finally through institutionalized acts such as rape and a system of sexual slavery of Yazidi women. ISIS’s institutionalized intent to destroy the Yazidis was evident in the way they systematically targeted Yazidi villages, separated men from women and children, and subjected them to brutal violence and inhumane conditions. One can say that ISIS did in fact commit the prohibited acts against the Yazidis with the intent to destroy them in whole or in part.

4. Accountability and prosecution of ISIS members

Having confronted our findings with the legal framework and concluding that ISIS did commit genocide through acts of sexual violence against Yazidi women and girls, it is time to explore the possible avenues for holding ISIS accountable for their actions. In this chapter, we will examine the following mechanisms: prosecution of ISIS members in domestic courts in Iraq and Syria; prosecution of ISIS members in foreign national courts on the basis of the principle of universal jurisdiction; and, finally, the possibility of prosecuting ISIS at the ICC.

When it comes to accountability for the Yazidi genocide, there are three possible degrees: accountability of ISIS as a non-State armed group (NSAG),²²⁵ accountability of States,²²⁶ and

²²³ Tax to be paid to avoid conversion or death, see HRC, 2016, p. 29.

²²⁴ Dabiq, Issue 10 (June 2015), p. 49 apud Tomuschat, 2015, p. 225.

²²⁵ We could argue that when a NSAG is highly organized and exercises long-term control over territory and has developed proper institutions could be bound by rules on international responsibility. See Heffes & Frenkel, 2017, p. 70.

²²⁶ Under the Genocide Convention, States have not only the obligation to prosecute those committing genocide but also to prevent genocide. In the case of the Yazidi genocide, Syria, Iraq and Turkey could eventually be held accountable because they didn’t take all measures necessary to prevent it. See Venis, 2022.

accountability of ISIS members. For the purpose of our work, we will only explore the accountability of ISIS members.

4.1 National prosecution

One of the most obvious mechanisms to prosecute ISIS members for their actions is to do so directly in the territories where they committed those actions. As Courts in Iraq and Syria have jurisdiction over where most of the crimes were committed, they are the first ones to prosecute ISIS members, regardless of whether fighters are nationals.²²⁷ Additionally, both Iraq and Syria have an obligation under customary law, independent of treaty ratification, to investigate and prosecute those who have committed international crimes in their territories.²²⁸

Regarding Iraq, in 2017, the Iraqi government and the Kurdistan Regional Government, with the assistance of international partners, launched a military campaign against ISIS. During this campaign, thousands of suspected ISIS fighters and affiliates, including children, were detained and tried under Iraq's counterterrorism laws.²²⁹ Complementarily, also in 2017, the Investigative Team to Promote Accountability for Crimes Committed by ISIL/Da'esh (UNITAD) came about. UNITAD was established by resolution 2379, which tasked the Secretary-General to create an investigative team to reinforce Iraqi domestic courts in prosecuting and investigating ISIS members.²³⁰ Their mandate was extended until September 17, 2023, by Resolution 2651²³¹.

Despite thousands of ISIS members being prosecuted in Iraq, victims have not received proper justice. One reason for this lack of justice is that ISIS members, although having committed systematic rape and sexual slavery against Yazidi women, have not been prosecuted for these crimes.²³² Instead, Iraqi courts have only prosecuted them based on their ISIS affiliation,²³³ completely disregarding the specific crimes that were committed, which amount to the genocide of the Yazidi community. On the same note, there has not been a single prosecution recognizing the commission of crimes against humanity, war crimes, or genocide by the group's fighters, despite overwhelming evidence of these crimes.²³⁴

What is curious is that on March 1st, 2021, a significant step was taken when the Iraqi parliament passed a law recognizing that crimes such as rape, sexual slavery, and forced pregnancy were committed against Yazidi women.²³⁵ The Yazidi survivors Law provides

²²⁷ Hechler, 2017, p. 609.

²²⁸ Chamblee Bruch, 2004, p. 12; Jones, 2013, p. 802.

²²⁹ HRW, 2017.

²³⁰ Resolution 2379, 2017, para. 2.

²³¹ Resolution 2651, 2022.

²³² HRW, 2021.

²³³ Ibidem.

²³⁴ Ibidem.

²³⁵ HRW, 2021.

reparations to survivors in the form of a monthly salary, a plot of land, and access to healthcare, employment, and education.²³⁶ Despite the necessary regulations being passed by parliament, though, little to no progress has been made in actually implementing the law.²³⁷

When it comes to Syria, the situation is much more complex. In fact, prosecution at the national level requires State cooperation and institutional capacity, which unfortunately is not the case for Syria or Syrian domestic courts.²³⁸ Behind Syria's inability to properly prosecute and investigate ISIS crimes are the ongoing conflict and the lack of cooperation among Syrian authorities, which are fundamental elements to properly prosecute actors of international crimes.²³⁹ Like in Iraq, the United Nations have also implemented an investigative team, the International, Impartial, and Independent Mechanism to Assist in the Investigation and Prosecution of Persons Responsible for the Most Serious Crimes under International Law Committed in the Syrian Arab Republic since March 2011 (IIIM). The IIIM was established by resolution A/71/248 adopted by the United Nations General Assembly in 2016.²⁴⁰ What is particularly interesting about the IIIM is that it was instituted and implemented without the consent of Syria to both its creation and operation,²⁴¹ making it quite different from UNITAD, as Iraq actually sought assistance from the Security Council to better ensure the prosecution and accountability of ISIS members.²⁴² In addition, UNITAD's mandate limits itself to only investigating ISIS crimes, whereas IIIM can investigate all crimes committed in Syria.

Although national prosecution by domestic courts in Syria and Iraq seems to be the most obvious first step in seeking accountability for ISIS actions, we can see that, in this specific case, it is not very effective. Indeed, in the case of Iraq, by only prosecuting ISIS fighters on the grounds of their affiliation to the terrorist group, a large part of the crimes they committed is left out. In the case of acts of sexual violence, the lack of prosecution or even acknowledgement of such acts brings no justice to the victims whatsoever. As Saretha Ashraph well said: "We fail to understand the crimes being committed, the reasons why these crimes are being committed, when we take a gender-blind approach".²⁴³ From our point of view, these prosecutions do not actually help in the fight for accountability of ISIS members, since they do not acknowledge the proper international crimes committed by the group or the specificities of such crimes, which clearly had a gender context. In the end, it is not only about putting people behind bars; it's about properly investigating and prosecuting these people and acknowledging the proper acts that were committed and that brought about the destruction of the group.

²³⁶ Venis, 2022.

²³⁷ HRW, 2021.

²³⁸ Hechler, 2017, p. 611.

²³⁹ Jones, 2013, p. 805.

²⁴⁰ Resolution A/71/248, 2016.

²⁴¹ Van Schaack, 2018, p. 114.

²⁴² Vitrenko, Letter dated 14 August 2017 from the Charge d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Iraq to the UN addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/710/ 2017, 16 August 2017.

²⁴³ Venis, 2022.

In light of the lack of effectiveness of national prosecution by domestic courts in Iraq and Syria, an alternative could be prosecution by domestic courts in foreign countries.²⁴⁴ Indeed, foreign countries can prosecute acts committed outside of their territory and by non-nationals through the use of what we call the universal jurisdiction principle. When it comes to crimes against humanity, war crimes, and genocide, in particular, universal jurisdiction provides the possibility for domestic courts from foreign countries to try actors of such crimes, even if these weren't committed under their jurisdiction.²⁴⁵ These crimes, amongst others, are considered so "heinous" that any country in the world can exercise its judicial power to stop them.²⁴⁶ The use of universal jurisdiction is a crucial tool, particularly in cases where prosecution is not feasible, and it also helps to make perpetrators accountable regardless of their countries' capacity to do so. Ultimately, it is also a way of recognizing that some crimes are so important that they will not be tolerated by the international community.

In the case of the crimes committed by ISIS and their accountability for such crimes, universal jurisdiction is particularly useful and important, especially given the lack of possibility or conditions to prosecute ISIS fighters in Syria. As of today, there have been two prosecutions of ISIS fighters for genocide through the lens of universal jurisdiction in Germany.²⁴⁷

For the first time ever, in November 2021, the regional Court of Frankfurt convicted Taha A.-J., an Iraqi national and ISIS member, of genocide, crimes against humanity, and war crimes, based on the enslavement and abuse of Yazidis.²⁴⁸ Taha A.-J. and his wife enslaved a five-year-old Yazidi girl and her mother, subjecting them to slavery and other abuses. He was sentenced to life imprisonment. This case was the first-ever conviction for the Yazidi genocide, including on the grounds of sexual violence.

The second case was handled by the Higher Regional court of Hamburg in July 2022, where Jalda A., a German ISIS member, was convicted of aiding and abetting genocide, as well as crimes against humanity and war crimes for the enslavement and abuse of a young Yazidi woman.²⁴⁹ The defendant was sentenced to five years and six months in prison.

As we can see, universal jurisdiction represents the best solution to prosecute ISIS members, even though there are only two cases as of today. In addition, the use of universal jurisdiction sends a clear message to the Islamic State, namely that the international community is committed²⁵⁰ to bringing justice to the Yazidis, particularly Yazidi women and girls. Moreover, it is also a proper way to acknowledge what Yazidi women and girls endured

²⁴⁴ Hechler, 2017, p. 619.

²⁴⁵ Chamblee Bruch, 2004, p. 26.

²⁴⁶ Hechler, 2017, p. 619.

²⁴⁷ Togni, 2022.

²⁴⁸ Taha A.-J. case, Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] November 30, 2022; Doughty Street chambers, 2021.

²⁴⁹ Doughty Street chambers, 2022.

²⁵⁰ Lattimer, Mojtahedi & Tucker, 2015, p. 20.

in the hands of ISIS and that a genocide was indeed committed. It is crucial that the survivors receive justice, and the full scope of attacks on Yazidis is taken into account when prosecuting ISIS affiliates.²⁵¹ Unfortunately, only Germany has prosecuted ISIS members for genocide under the principle of the universal jurisdiction. We hope that, in the future, more countries will make use of the principle of universal jurisdiction and help in the fight to bring justice to the Yazidi survivors.

4.2. Prosecution by the ICC

The international Criminal Court might seem like the most obvious second step in the pursuit of accountability for ISIS members. However, prosecution by the ICC is actually not a possibility for crimes committed by ISIS, including genocide.

Article 13 of the Rome Statute specifies the circumstances under which the International Court exercises jurisdiction. These circumstances include when: 1) A state party refers the situation to the Court (...), 2) The UN Security council refers the situation to the Court under Chapter VII of the UN Charter, and 3) the Prosecutor opens an investigation *proprio motu* under Article 15 on the basis of information on crimes within the jurisdiction of the Court.

Therefore, apart from the case of referral by the UN Security Council, the ICC only has jurisdiction over crimes that have been committed on the territory or by nationals of a State that is a signatory of the Rome Statute.²⁵² Hence, in order for the ICC to prosecute ISIS members, Iraq and Syria should have been signatories of the Rome Statue, which they are not. Besides, both Iraq and Syria have not accepted the court's jurisdiction, which could have been a remedy to the situation.²⁵³

A ratification of the statute is unlikely in the case of Syria, as ratifying it would also grant the Court jurisdiction over the crimes committed by the government.²⁵⁴ In the case of Iraq, the European Union and the UN Human Rights Office have urged the country to accept the ICC jurisdiction. However, no openness has been shown by the country, mainly because the court would also have jurisdiction over the crimes committed by high-ranking Iraqi Officials.

Regarding a possible referral of the case by the UN Security Council (UNSC), this is also highly unlikely, especially because a 2014 resolution of the UNSC referring the situation in Syria was vetoed by China and Russia.²⁵⁵ Consequently, no draft resolution has been proposed since then, making this possibility unviable.

On the one hand, another possibility for prosecuting ISIS individuals at the ICC is to prosecute ISIS affiliates who are nationals of States signatories of the Rome Statute.

²⁵¹ Venis, 2022.

²⁵² Hechler, 2017, p. 612.

²⁵³ Hechler, 2017, p. 612.

²⁵⁴ Ibidem.

²⁵⁵ Lattimer, Mojtahedi & Tucker, 2015, p. 12.

On the other hand, the ICC has a policy of focusing on the prosecution of those individuals who have committed mass crimes the most, which, for the most part, are individuals from Iraq and Syria.

Therefore, for the time being, the ICC does not seem to be a possibility for the prosecution of ISIS members for their actions against Yazidi women and girls.

5. Conclusion

Looking back to the beginning of our work, we wanted to know whether “the crime of crimes” could be accomplished through acts of sexual violence. The Yazidi genocide is a clear example of this. Sexual violence, such as rape and sexual slavery, played an integral role in the destruction of the group. ISIS acted following precise guidelines and a specific agenda when raping and enslaving Yazidi women and girls. They were raped and enslaved because they were both women and Yazidi, which represents a double dehumanization of women: they suffered heinous acts of sexual violence for being women of a certain group, and because, most of the times, they were cast out of their community because of what they had endured; they were no longer fit for purpose and suffered with undeniable trauma.

However, one thing is also clear: the Yazidi genocide could not have been accomplished through acts of sexual violence alone. Theoretically speaking, it could have been possible in the long-term, but in practical terms, or at least in the short-term, it was not really feasible. The killings of older men and the conversion of children played the most important part in the genocide of the group.

Nonetheless, there is no question about the important role that sexual violence played in the genocide. If there is one example of widespread sexual violence being used against women in modern times as a tool of war, it is definitely the ISIS attacks against Yazidi women and girls.

Furthermore, it is deceiving that no proper justice has been attained for victims. Although Germany has prosecuted ISIS members for genocide on the grounds of acts of sexual violence through the use of the universal jurisdiction principle, the journey towards proper justice is still long. The international community must further its efforts in holding ISIS members accountable, and by prosecuting their nationals not only for terrorism or their ISIS affiliation, but also for international crimes, specifically genocide. This is of utmost importance for the victims, because until what have they endured being properly acknowledged, they can never find peace knowing that their perpetrators have been held accountable for their actions. When it comes to prosecuting ISIS members, a gender-blind approach is not the answer, given that gender played such an important role in their way of conducting hostilities.

Finally, there are still over 200.000 Yazidi people internally displaced in camps around Duhok, in northern Iraq, and over 2.700 women and children under ISIS captivity. These people deserve to return to their places of origin. They deserve to have their lives back, and this begins with properly prosecuting ISIS members for the genocide of the Yazidis and recognizing

Bibliography

- ACKERMAN, S. (2015). Anti-terrorism summit reinforces 'fear and hate' towards Muslims, critics warn. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/us-news/2015/feb/13/muslim-anti-terrorism-summit-white-house-critics>.
- AHMADO, N. (2018). Yazidis still suffering years after genocide. *Voices of America*. <https://reliefweb.int/report/iraq/yazidis-still-suffering-years-after-genocide>.
- AHRAM, A. L. (2015). Sexual violence and the making of ISIS. *Survival*, vol. 57, no. 3, pp. 57-58.
- AMBOS, K. (2009). What does "intent to destroy" in genocide mean? *International Review of the Red Cross*, vol. 91, no. 876, pp. 833-858.
- ASHER-SHAPIRO, A. (2014). Who are the Yazidis, the ancient, persecuted religious minority struggling to survive in Iraq? *National Geographic News*. <https://www.nationalgeographic.com/history/article/140809-iraq-yazidis-minority-isil-religion-history>.
- ASHRAPH S. (2017). Acts of annihilation: The role of gender in the commission of the crime of genocide. *Confluences Méditerranée*, vol. 4, no. 103, pp. 15-29.
- ASKIN, D. K. (2003). Prosecuting wartime rape and other gender-related crimes under International Law: Extraordinary advances, enduring obstacles. *Berkeley Journal of international Law*, vol. 21, no. 2, pp. 288-349.
- AULASSYAHIED, Q. (2018). Problem of ISIS's Qur'anic interpretations and claim of the implementation of Sharia Law. *International Journal of Islamic Studies and Humanities*, vol. 1, no. 2, pp. 76-86.
- BELLAL, A. (2016). Beyond the pale? Engaging the Islamic State on International Humanitarian Law. *Yearbook of International Humanitarian Law* (forthcoming). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2770745.
- BOON, K. (2001). Rape and forced pregnancy under the ICC Statute: Human Dignity, Autonomy, and Consent. *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 32, pp. 625-627.
- BORDA, Z. A. (2022). Putting reproductive violence on the agenda: A case study of the Yazidis. *Journal of Genocide Research*, pp. 1-21.
- BRADFORD, A. (2015). Western women of ISIS. *Huffington Post*. https://www.huffingtonpost.co.uk/alexandra-bradford-413/isis-women_b_6570494.html.
- BRAUSHCHWIEGER, A. (2015). Interview: These Yazidi girls escaped ISIS. Now what? *Human Rights Watch*. https://features.hrw.org/features/Interview_These_Yezidi_Girls_Escaped_ISIS/index.html
- BRUCH CHAMBLEE, E. (2004). Post-war Iraq: Prosecuting Saddam Hussein. *California Criminal Law Review*, vol. 7, no. 1, pp. 1-49.
- CALLIMACHI, R. (2015). ISIS enshrines a theology of rape. *N.Y. TIMES*. <http://www.nytimes.com/2015/08/14/world/middleeast/isis-enshrines-a-theology-of-rape.html?r=0>.
- CASTELLANO SAN JOSÉ, P. (2020). The rapes committed against the Yazidi women: A genocide? A study of the crime of rape as a form of genocide in international criminal law. *Comillas Journal of International Relations*, no. 18, pp. 50-71.

- CHERTOFF, E. (2017). Prosecuting gender-based persecution: The Islamic State at the ICC. *Yale Law Journal*, vol. 126, no. 4, pp. 1050-1117.
- CHETERIAN, V. (2019). ISIS genocide against the Yazidis and mass violence in the Middle East. *British Journal of Middle Eastern Studies*, vol. 48, no. 4, pp. 629-641.
- COALSON, R. (2013). What's the difference between "crimes against humanity" and "genocide"? *THE ATLANTIC*. <https://www.theatlantic.com/international/archive/2013/03/whats-the-difference-between-crimes-against-humanity-and-genocide/274167>.
- CRAWFORD, J. (2006). *The creation of States in International Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.
- CRAWFORD, K. F. (2017). *Wartime sexual violence: from silence to condemnation of a weapon of war*. Georgetown University Press.
- CRONIN, K. A. (2015). ISIS is not a terrorist group: Why counterterrorism won't stop the latest jihadist threat. *Foreign Affairs*, vol. 94, no.2, pp. 87-98.
- DE VITO, D., GILL, A. & SHORT, D. (2009). Rape characterised as genocide. *International Journal on Human Rights*, vol. 6, no. 10, pp. 29-51.
- EBOE-OSUJI, C. (2012). International law and sexual violence in armed conflicts. *International Humanitarian Series*, vol. 35, pp. 159-177.
- ELLIS, M. (2007). Breaking the silence: Rape as an international crime. *case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 38, no. 2, pp. 225-246.
- EL-MASRI, S. (2018). Prosecuting ISIS for the sexual slavery of the Yazidi women and girls. *The International Journal of Human Rights*, vol. 22, no. 8, pp. 1047-1066.
- FISH, A. C. (2018). Beyond "sex slaves" and "tiny terrorists": Toward a more nuanced understanding of human trafficking crimes perpetrated by Da'esh. *New York International Law Review*, vol. 31, no. 1, pp. 1-19.
- GAGGIOLI, G. (2014). Sexual violence in armed conflicts: A violation of international humanitarian law and human rights law. *IRRC*, vol. 96, no. 894, pp. 503-538.
- GANOR, B. (2015). Four questions on ISIS: A "trend" analysis of the Islamic State. *Perspectives on Terrorism*, vol. 9, no. 3, pp. 56-64.
- GANOR, B. (2017). The hybrid terrorist organization and incitement. *The Jerusalem Center for Public Affairs*, pp. 13-19.
- GOLDSMITH, K. (2010). The issue of intent in the Genocide Convention and its effects on the prevention and punishment of the crime of genocide: Toward a knowledge-based approach. *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, vol. 5, no. 3, pp. 238-257.
- GUILFOYLE, D. (2016). *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 269-289.
- HEALEY, S.A. (1995). Prosecuting rape under the Statute of the War Crimes Tribunal for the former Yugoslavia. *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 21, no. 2, pp. 336-337.
- HECHLER, S. (2017). Prosecuting Islamic State members for sexual and gender-based crimes committed against Yazidi women and girls. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 25, no. 3, pp. 595-626.
- HEFFES, E. & FRENKEL, B.E. (2017). the international responsibility of non-State armed groups: In search of the applicable rules. *Goettingen Journal of International Law*, vol. 8, no. 1, pp. 39-72.

- HINTZE, A. (2019). An introduction to Zoroastrianism. *British Library*. <https://www.bl.uk/sacred-texts/articles/an-introduction-to-zoroastrianism>.
- HUBBARD, B. & SCHMITT, E. (2014). Military skill and terrorist technique fuel success of ISIS. *N.Y. TIMES*. <http://www.nytimes.com/2014/08/28/world/middleeast/army-know-how-seen-as-factor-in-isis-successes.html>.
- IBRAHIM, H. et al. (2018). Trauma and perceived social rejection among Yazidi women and girls who survived enslavement and genocide. *BMC Medicine*, vol. 16, no. 1, pp. 1-11.
- JALABI, R. (2014). Who are the Yazidis and why is ISIS hunting them? *THE GUARDIAN*. <https://www.theguardian.com/world/2014/aug/07/who-yazidi-isis-iraq-religion-ethnicity-moutains>.
- JONES, A. (2013). Seeking international criminal justice in Syria. *International Law Studies*, vol. 89, pp. 802-816.
- KIM, J., BISLAND, M. B. & SHIN, S. (2019). Teaching about the Comfort Women during World War II and the use of personal stories of the victims. *Asian Literature in the Humanities and the Social Sciences*, vol. 23, no. 3, pp. 58-63.
- LAMB, C. (2021). *Our bodies, their battlefield: What war does to women*. William Collins.
- LATTIMER, M., MOJTAHEDI, S. & TUCKER, A.L. (2015). A step towards justice: Current accountability options for crimes under international law committed in Syria. *Syria Justice and Accountability Centre*.
- LONGOBARDO, M. (2017). The self-proclaimed statehood of the Islamic State between 2014 and 2017 and International Law. *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 33, pp. 205-228.
- LOPES CARVALHO, F.A. (2021). Proteção multinível da liberdade sexual: Crime de violação no direito internacional e o caso Bemba Gombo. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 21, pp. 797-829.
- AZEREDO LOPES, J. A. (2022). A violação da Ucrânia. *CNN Portugal Opinião*: <https://cnnportugal.iol.pt/guerra/russia/jose-alberto-azeredo-lopes-a-violacao-da-ucrania/20220415/6259996a0cf2ea4f0a44e5dc>.
- AZEREDO LOPES, J. A. (2020). Capítulo I: Uso da força e Direito Internacional. In Azeredo Lopes, J.A. (coord.), *Regimes jurídicos internacionais – Volume I*, pp. 120-144. Porto: Universidade Católica Editora.
- MACKINNON, C. A. (1993). Crimes of war, crimes of peace. *UCLA Women's Law Journal*, vol.4, no. 1, pp. 59-86.
- MITCHELL, D. S. (2005). The prohibition of rape in international humanitarian law as a norm of *jus cogens*: Clarifying the doctrine. *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 15, no. 2, pp. 219-258.
- MOHAMED, J. (2021). The role of rape in the Yazidi genocide. *Liberated Arts: A Journal for Undergraduate Research*, vol. 8, no. 1, pp. 1-12.
- MYERS RABEN, S. (2018). The ISIS eradication of Christians and Yazidis: Human trafficking, genocide, and the missing international efforts to stop it. *Brazilian Journal of International Law*, vol. 15, no. 1, pp. 239-254.

- NANNINGA, P. (2019). “Cleansing the Earth of the stench of shirk”: The Islamic State’s violence as acts of purification. *Journal of Religion and Violence*, vol. 7, no. 2, pp. 128-157.
- NICOLAUS, P. & YUCE, S. (2017). Sex-slavery: One aspect of the Yezidi genocide. *Iran & the Caucasus*, vol. 21, no. 2, pp. 196-229.
- NJOROGE, F. (2016). Evolution of rape as a war crime and a crime against humanity. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2813970.
- OLSEN, M. G. (2014). Director, *National Counterterrorism Center*, Remarks for the Brookings Institution. http://www.nctc.gov/docs/2014-09-03_remarks_for_the_brookings_institution.pdf.
- REDLICH REVKIN, M. & JEAN WOOD, E. (2020). The Islamic State’s pattern of sexual violence: Ideology and institutions, policies and practices. *The Journal of Global Security Studies*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3654558
- REINL, J. (2015). Q&A: Probing Islamic State’s sex atrocities with the United Nations. *Middle East Eye*. <http://www.middleeasteye.net/news/qa-probing-islamic-state-s-sex-atrocities-united-nations-1064004421>.
- REYNOLDS, S. (1998). Deterring and preventing rape and sexual slavery during periods of armed conflict. *Minnesota Journal of Law & Inequality*, vol. 16, no. 2, pp. 601-632.
- RUSSELL-BROWN, S. L. (2003). Rape as an act of genocide. *Berkeley Journal of International Law*, vol. 21, no. 2, pp. 350-374.
- SALEH, J. (2021). The women of ISIS and the Al-Hol camp. *Fikra Forum*. <https://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/women-isis-and-al-hol-camp>.
- SCHARF, P. M. (2016). How the war Against ISIS changed international law. *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 48, pp. 1-54.
- SHORT, J. M.H(2003). Sexual violence as genocide: The developing law of the International Criminal Tribunals and the International Criminal Court. *Michigan Journal of Race and Law*, vol. 8, pp. 503-526.
- SMITH, B. (2015). ISIS and the sectarian conflict in the Middle East. *House of Commons Library Research Paper 15/16*. <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/RP15-16/RP15-16.pdf>.
- STAHN, C. (2018). *A critical introduction to International Criminal Law*. Cambridge University Press, p. 34.
- STERIO, M. (2015). The applicability of the humanitarian intervention “exception” to the Middle Eastern refugee crisis: Why the international community should intervene against ISIS. *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 38, no. 2, pp. 325-357.
- SZPAK, A. (2013). Sexual slavery before *ad hoc* international criminal tribunals and the International Criminal Court. *European Scientific Journal*, vol. 9, no. 16, pp. 316-325.
- TAVARES, M.I. (2013). De “velhos” *ius ad bellum* e *ius in bellum* a um “novo” *ius post bellum*? A intervenção militar de 2003 no Iraque. Trabalho desenvolvido no âmbito do doutoramento em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, pp. 21, 325, 326.
- TOGNI, F. (2022). Towards a more meaningful transitional justice approach for the Yazidi diaspora in Europe. *The International Centre for Counterterrorism (ICCT)*.

- <https://www.icct.nl/publication/towards-more-meaningful-transitional-justice-approach-yazidi-diaspora-europe>.
- TOMUSCHAT, C. (2015). The Status of the “Islamic State” under International Law. *Die Friedens-Warte*, vol. 90, no. 3/4, pp. 223-244.
- VAN SCHAACK, B. (2018). The Iraq investigative team and prospects for justice for the Yazidi Genocide. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 16, no. 1, pp. 113-140.
- VAURS-CHAUMETTE, A.L (2014). Daesh, un “État” islamique? *Annuaire Français de Droit International*, vol. 60, pp. 71-89.
- VENIS, J. (2022a). Justice for the Yazidis. International Bar Association. <https://www.ibanet.org/Justice-for-the-Yazidis>
- VENIS, J. (2022b). Report calls for ICJ case over state failure to prevent Yazidi genocide. International bar Association. <https://www.ibanet.org/War-crimes-Report-calls-for-ICJ-case-over-state-failures-to-prevent-Yazidi-genocide>
- WISEUR SELLERS, P. & GETGEN KESTENBAUM, J. (2020). Missing in action – The international crime of the slave trade. *Journal of International Criminal Justice*, pp. 1-28. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3583564.
- WEINER, P. (2013). The evolving jurisprudence of the crime of rape in international criminal law. *Boston College International & Comparative Law Review*, vol. 54, pp. 1207-1237.
- WELCH, A. S. (2017). Human trafficking and terrorism: Utilizing national security resources to prevent human trafficking in the Islamic State. *Duke Journal of Gender Law & Policy*, vol. 24, no. 2, pp. 165-188.
- WERLE, G. & JESSBERGER, F. (2020). *Principles of international criminal law*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, pp. 334-372.
- WILMSHURST, E. (2010). Genocide. In Cryer et al, *An introduction to international criminal law and procedure*, pp. 203-229. Oxford: Cambridge University Press.
- ZAWATI, H. M. (2015). Gendered violence as a weapon of mass destruction. *Centre for International Accountability and Justice (CIAJ)*, pp. 139-197.

Documents, Reports and Press articles

- BBC (2019). Rwanda genocide: 100 days of slaughter. <https://www.bbc.com/news/world-africa-26875506>.
- BBC (2023). Shamina Begum: How can you lose your citizenship? <https://www.bbc.com/news/explainers-53428191>.
- CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (2022), The Islamic State. <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF10328>.
- Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Jan. 12, 1951, 78 U.N.T.S. 277. https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf.

Convention on Rights and Duties of States adopted by the Seventh International Conference of American States, Dec. 26, 1933. <https://www.un-illibrary.org/content/books/9789210596800s003-co02>

CUNY SCHOOL OF LAW, MADRE & OWFI (2017). Communication to the ICC Prosecutor pursuant to Article 15 of the Rome Statute requesting a preliminary examination into the situation of: Gender-based persecution and torture as crimes against humanity and war crimes committed by the Islamic State of Iraq and the Levant (ISIL) in Iraq.

DEPARTMENT OF DEFENSE (2014). Press briefing by Rear Adm. Kirby in the Pentagon briefing room. <https://www.defense.gov/News/Transcripts/Transcript/Article/606912/department-of-defense-press-briefing-by-rear-adm-kirby-in-the-pentagon-briefing/>.

DOUGHTY STREET CHAMBERS (2021). German Court hands down first genocide conviction against ISIS member. <https://www.doughtystreet.co.uk/news/german-court-hands-down-first-genocide-conviction-against-isis-member>

DOUGHTY STREET CHAMBERS (2022). German Court hands down second genocide conviction against ISIS member following enslavement and abuse of Yazidi woman in Syria. <https://www.doughtystreet.co.uk/news/german-court-hands-down-second-genocide-conviction-against-isis-member-following-enslavement>

EUROJUST (2017). The prosecution at national level of sexual and gender-based violence (SGBV) committed by the Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL).

FOUNDATION SCELLES (2016). Prostitution: Exploitation, persecution, repression. Ed Economica. https://www.fondationscelles.org/pdf/RM4/Terrorism_and_Sexual_Exploitation_eng.pdf

Gay J. McDougall (Special rapporteur on the issue of systematic rape and sexual slavery practices in armed conflict), *Contemporary forms of slavery: Systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 June 1998. <https://digitallibrary.un.org/record/257682?ln=en>.

GLOBAL JUSTICE CENTER (2016). Daesh's gender-based crimes against Yazidi women and girls include genocide. <https://globaljusticecenter.net/publications/advocacy-resources/284-daesh-s-gender-based-crimes-against-yazidi-women-and-girls-include-genocide>

GLOBAL NETWORK OF WOMEN PEACEBUILDERS (2020). Seeking accountability and preventing reoccurrence: Addressing conflict-related sexual slavery through the women, peace, and security agenda – Case study: Conflict-related Sexual Slavery and the Yazidi genocide, Iraq. https://gnwp.org/wp-content/uploads/Iraq_GNWP-Conflict-Related-Sexual-Slavery-Research_Dec-2020.pdf.

GLOBAL NETWORK OF WOMEN PEACEBUILDERS (2017). Flawed justice: Accountability for ISIS crimes in Iraq. <https://www.hrw.org/report/2017/12/05/flawed-justice/accountability-isis-crimes-iraq>.

GLOBAL NETWORK OF WOMEN PEACEBUILDERS (2021). Iraq: Events of 2021. <https://www.hrw.org/world-report/2022/country-chapters/iraq>.

GLOBAL NETWORK OF WOMEN PEACEBUILDERS (2015). Iraq: ISIS escapees describe systematic rape. <https://www.hrw.org/news/2015/04/14/iraq-isis-escapees-describe-systematic-rape>.

GLOBAL NETWORK OF WOMEN PEACEBUILDERS (2022). Syria: Repatriations lag for foreigners with alleged ISIS ties. <https://www.hrw.org/news/2022/12/15/syria-repatriations-lag-foreigners-alleged-isis-ties>.

ICRC, *Commentary of 2016 of the Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949, Article 3 – Conflicts not of an international character*, 2016. https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gci-1949/article-3/commentary/2016#_Toc465169920.

ICRC, *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention)*, 12 August 1949, 75 UNTS 287. <https://www.refworld.org/docid/3ae6b36d2.html>.

ICRC, *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, 1125 UNTS 3. <https://www.refworld.org/docid/3ae6b36b4.html>.

ICRC, *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II)*, 8 June 1977, 1125 UNTS 609. <https://www.refworld.org/docid/3ae6b37f40.html>.

The Kurdish Project, *Kurdish Peshmerga*, s.d. <https://thekurdishproject.org/history-and-culture/kurdish-nationalism/kurdish-peshmerga>.

LE MONDE (2023). German lawmakers recognize Yazidi in Iraq. https://www.lemonde.fr/en/international/article/2023/01/20/german-lawmakers-recognize-yazidi-genocide-in-iraq_6012355_4.html

REUTEURS (2023). German lawmakers recognise Islamic State crimes against Yazidis as genocide. <https://www.reuters.com/world/europe/german-lawmakers-recognise-islamic-state-crimes-against-yazidis-genocide-2023-01-19/>.

SECRETARY OF STATE PRESS BRIEFING ROOM (2016). John Kerry, Remarks on Daesh and Genocide. <https://2009-2017.state.gov/secretary/remarks/2016/03/254782.htm>.

UNHCR (2015). Yazidi women welcomed back to the faith. <http://www.unhcr.org/uk/news/stories/2015/6/56ec1e9611/yazidi-women-welcomed-back-to-the-faith.html>.

UN, General Assembly: Report of the International Law Commission of 2019, Chapter V on Peremptory norms of general international law (ius cogens). U.N. Doc. A/74/10 (2019). <https://legal.un.org/ilc/reports/2019/english/chp5.pdf>.

UN, General Assembly: Resolution A/71/248 of 21 December 2016. U.N. Doc. A/RES/71/248 (2017). <https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/462/01/PDF/N1646201.pdf?OpenElement>.

UN, Human Rights Council, “They came to destroy”: ISIS crimes against the Yazidis, 15 June 2016, A/HRC/32/CRP.2/. (HRC). <https://digitallibrary.un.org/record/843515?ln=en>.

UN, Human Rights Council, Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the human rights situation in Iraq in the light of abuses committed by the so-called Islamic State in Iraq and the Levant associated groups, 27 March 2015, A/HRC/28/18. <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/regular-sessions/session28/list-reports>.

UN, Press Release Security Council, ISIL/Da'esh Committed Genocide of Yazidi, War Crimes against Unarmed Cadets, Military Personnel in Iraq, Investigative Team Head Tells Security Council, 10 May 2021, SC/14514. <https://press.un.org/en/2021/sc14514.doc.htm>

UN, Security Council: Resolution 2651 of 15 September 2022. U.N. Doc. S/RES/2651 (2022). <http://unscr.com/en/resolutions/doc/2651>.

UN, Security Council: Resolution 2379 of 21 September 2017. U.N. Doc. S/RES/2379 (2017). <http://unscr.com/en/resolutions/doc/2379>.

UN, Security Council (2015a): Resolution 2253 of 17 December 2015. U.N. Doc. S/RES/2253 (2015). <https://www.un.org/securitycouncil/s/res/2253-%282015%29>.

Yearbook of the International Law Commission, *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with Commentaries*, UN Doc. A/CN.4/L.532 (1996). https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l532.pdf.

VITRENKO, Y. (2017). Letter dated 14 August 2017 from the Charge d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Iraq to the UN addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/710/2017. <https://undocs.org/S/2017/710>.

Jurisprudence

Taha A.-J. case, Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] November 30, 2022, <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=132381&pos=0&anz=1>.

ICTR, *The prosecutor v. Nyiramasuhuko*, Case No. ICTR-98-42-T, Trial Chamber, Judgement, 24 June 2011.

ICTY, *The Prosecutor v. Stakić*, Case No. IT-97-24-A, Appeals Chamber, Appeals Judgment, 22 March 2006.

ICTR, *Prosecutor v. Muhimana*, Case No. ICTR-95-1B-T, Trial chamber III, Judgment, 28 April 2005.

ICTR, *The Prosecutor v. Gacumbitsi*, Case No. ICTR-2001-64-T, Trial Chamber III, Judgment, 17 June 2004.

ICTR, *Prosecutor v. Kajelijeli*, Case No. ICTR-98-44A-T, Trial Chamber II, Judgment, 1 December 2003.

ICTY, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Case No. IT-98-33-T, Trial Chamber, Judgement, 2 August 2001.

ICTR, *Prosecutor v. Ignace Bagilishema*, Case No. ICTR-95-1A-T, Trial Chamber I, Judgement, 7 June 2001.

ICTY, *The Prosecutor v. Kunarac, Kovac & Vokovic*, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Trial Chamber, Judgment, 22 February 2001.

ICTR, *Prosecutor v. Alfred Musema*, Case No. ICTR-96-13-T, Trial Chamber I, Judgement, 27 January 2000.

ICTY, *Prosecutor v. Kupregki*, Case No. IT-95-16, Trial Chamber, Judgement, 14 January 2000.

ICTY, *Prosecutor v. Goran Jelisić*, Case No. IT-95-10-T, Trial Chamber, judgement, 14 December 1999.

ICTY, *The Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-T, Trial Chamber, Judgement, 10 December 1998.

Acidentes de tele(trabalho)

Tiago Filipe Pereira Cabral

Sob a orientação do Professor
Doutor Júlio Manuel Vieira Gomes

Agradecimentos

Aos meus pais, que sempre me apoiaram ao longo de todo o meu percurso pessoal e académico, demonstrando nada menos do que compreensão, consideração e orgulho por tudo aquilo que faço.

A todos os meus amigos da vida – e para a vida – que tão pacientemente toleram os meus devaneios e sonhos. Avidez com avidez se paga.

Ao excelentíssimo Senhor Professor Doutor Júlio Manuel Vieira Gomes, meu orientador na elaboração desta dissertação. É com profunda admiração que agradeço os incomensuráveis ensinamentos e lições que me transmitiu.

A todos os meus caros colegas da Nuno Cerejeira Namora, Pedro Marinho Falcão & Associados, por diariamente me mostrarem a imensidão daquilo que ainda existe para aprender.

Resumo

Na presente dissertação analisamos o regime jurídico do “teletrabalho”, desenvolvendo em especial a matéria do “acordo de teletrabalho” e alguns aspetos do seu conteúdo mínimo obrigatório – na sequência da alteração legislativa operada pela Lei n.º 83/2021 – a saber: o “local de trabalho” e o “tempo de trabalho”. Explicamos ainda a articulação do teletrabalho com o conceito de “acidente de trabalho”, evidenciando os problemas e insuficiências jurídicas da legislação acidentária que podem surgir neste âmbito.

Palavras-chave: teletrabalho; acordo de teletrabalho; local de trabalho; tempo de trabalho; acidente de trabalho; acidente doméstico; acidentes *in itinere*.

Abstract

In this dissertation, we analyse the legal regime of “telework”, specifically developing the subject of the “telework agreement” and some aspects of its mandatory minimum content – following the legislative amendment performed by Law No. 83/2021 –, namely the “place of work” and “working time”. We also explain the articulation of telework with the concept of “work accident”, highlighting the legal problems and inadequacies of accident legislation that may arise in this context.

Keywords: telework; telework agreement; place of work; working time; work accident; domestic accident; commuting accidents.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
art(s).	artigo(s)
CC	Código Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho
LAT	Lei n.º 98/2009
n.º(s)	número(s)
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TIC	Tecnologias de informação e comunicação
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

Advertência

Da bibliografia constam todos os textos que foram consultados em virtude da presente dissertação, aparecendo estes identificados nas notas de rodapé. Na sua identificação, utiliza-se os nomes pelos quais os autores são geralmente conhecidos, o ano de edição da obra em questão e, caso se revele necessário, a página – ou páginas – de maior relevo.

A bibliografia está organizada alfabeticamente, em função do apelido do autor ou do primeiro apelido dos autores, quando múltiplos.

Na bibliografia, cada um dos textos aparece sempre identificado em função dos seguintes elementos: pelo nome do autor, pelo título, pelo ano de edição, pelo local de edição e se necessário, pelas páginas.

A maior parte das transcrições que constam da presente dissertação foram feitas em língua portuguesa. Todas as citações em língua estrangeira foram traduzidas para português, com a exceção de uma delas, que por questões de precisão e rigor intelectual permaneceu na sua língua original. Todas as traduções realizadas são da nossa autoria e responsabilidade.

Toda a jurisprudência portuguesa invocada pode ser consultada em www.dgsi.pt.

Índice

Introdução	6
Capítulo I – O teletrabalho	8
1.1 O “teletrabalho” ou o “barril vazio”	8
1.2 O fenómeno do “teletrabalho” e a sua noção legal: o âmbito de aplicação	11
1.3 O acordo para a prestação de teletrabalho: as noções de “local” e “tempo” decorrentes da alteração legislativa operada pela Lei n.º 83/2021	15
Capítulo II – Os acidentes de trabalho	20
2.1 A responsabilidade por danos decorrentes de acidentes de trabalho: Um breve enquadramento teórico-dogmático	20
2.2 O conceito de “acidente de trabalho” e a sua definição legal	22
2.2.1 O critério subjetivo	24
2.2.2 O critério geográfico	25
2.2.3 O critério temporal	26
2.2.4 O nexo de causalidade	26
2.3 “Acidente de trabalho” e “acidente doméstico”	28
Conclusão	33
Bibliografia	34

Introdução

Com a presente dissertação, pretendemos analisar o fenômeno do teletrabalho e a forma como a compreensão jurídica deste se articula com a matéria dos acidentes de trabalho, isto é, revelando os pontos de conexão e de divergência entre ambos os regimes, assim como as implicações teóricas que a referida articulação conceitual exige. Deste modo, expondo o itinerário do presente estudo, depois de realizado o enquadramento teórico-legal do “teletrabalho”, procederemos à análise da figura do “acordo de teletrabalho”, indagando especificamente sobre as noções de “local” e de “tempo de trabalho” fixadas pela Lei n.º 83/2021, e as suas repercussões no que diz respeito à tutela jurídica acidentária. Posteriormente, tecidas as adequadas considerações sobre o conceito de “acidente de trabalho”, demonstraremos as dificuldades e insuficiências decorrentes da aplicação da LAT aos sinistros que se verificam quando a prestação laboral é executada em regime de teletrabalho.

Capítulo I – O teletrabalho

1.1 O “teletrabalho” ou o “barril vazio”¹

Nas sociedades pós-industriais, em virtude da constante evolução tecnológica e do devir do tecido socioeconómico, uma das dimensões com maior significância da existência humana sofreu uma mutação irretornável: o trabalho. Um dos maiores desafios propostos ao Direito do Trabalho, não só enquanto ramo do Direito, mas também sob a forma de “ciência social e humana”², é a maneira como o mesmo realiza o enquadramento conceitual das diferentes metamorfoses sofridas pela relação jurídico-laboral clássica³.

A inquietação incessante do sistema económico e o desenvolvimento tecnológico produziram uma mudança estrutural, não apenas no que toca ao conceito mais elementar de “trabalho”, mas também na forma como os vários elementos constituintes da realidade socioeconómica são coletivamente apreendidos e, conseqüentemente, compreendidos e enquadrados. No passado, uma das características mais predominantes do conceito de “empresa” era, precisamente, a sua “estaticidade”, que constituía, até um certo momento histórico, um fator inultrapassável da sua identidade social. Assim, a empresa era definida como um “centro jurídico, físico e social de produção que agrega um coletivo de trabalhadores sujeito a um estatuto único e homogéneo”⁴. Em contrapartida, atualmente, a empresa tornou-se uma realidade dinâmica, fragmentária, descentralizada, desmaterializada e pautada pela heterogeneidade dos seus vínculos jurídicos. Em suma, na modernidade, até a empresa acaba por se apresentar em moldes líquidos e rarefeitos, aglomerando uma multiplicidade de realidades em si mesma⁵.

¹ O presente título baseia-se na subsequente história enunciada pelo filósofo esloveno Žižek, 2009, p. 1: “Existe uma velha história sobre um trabalhador acusado de roubar: todas as tardes, quando ele deixa a fábrica, o barril que traz consigo é minuciosamente inspecionado. Os guardas não conseguem encontrar nada. Está sempre vazio. Finalmente, tudo faz sentido: aquilo que o trabalhador está a roubar são os próprios barris”. Tradução da nossa autoria e responsabilidade, realizada diretamente do inglês. No nosso entendimento, a teorização e análise crítica de uma determinada figura ou conceito jurídico não devem assentar apenas no estudo do seu regime legal, mas também na forma como este se articula e se conecta com outras figuras e/ou conceitos ou, em última instância, com a própria realidade material que pretende traduzir e regular.

² Amaral, 2004, p. 46. Na obra supracitada, o autor refere-se à aceção de “Direito” como “ciência social”, que se distingue das suas outras aceções como “direito objetivo” e “direito subjetivo”.

³ A relação de trabalho *standard* já experimentou um amplo conjunto de mudanças ao longo do tempo, entre as quais se destacam as transformações sofridas em virtude da industrialização, da computação e da eletrónica. Fazendo nossas as palavras de Redinha, 2001, p. 88, após o impacto produzido pela indústria automóvel, “o transístor parece destinado a um papel emblemático no desenho da sociedade pós-industrial”.

⁴ Como afirma Redinha, 2001, p. 88, “as tecnologias de informação não estão isentas de responsabilidade no declínio da empresa fordista”, sendo que, cada vez mais, a empresa “adota uma estrutura reticular que permite a adaptação mimética às exigências do mercado: produz-se aquilo que serve, no momento em que serve e com os meios estritamente indispensáveis”.

⁵ Fala-se de um modelo de organização de trabalho em “trevo”, que consiste no exercício da atividade empresarial por várias categorias e/ou tipos de trabalhadores, designadamente: trabalhadores internos,

Por identidade de razão, o mesmo fenómeno ocorre com a relação jurídico-laboral. Deste modo, numa era tecnológica dominada pela digitalização, a execução e inserção organizativa da prestação jurídico-laboral deixa de assentar nos seus trâmites clássicos. Destarte, a prestação de trabalho já não implica a deslocação física do trabalhador para um local de trabalho pré-fixado, onde este labora em função de um horário de trabalho aprioristicamente estabelecido. Nos moldes clássicos da relação laboral, o trabalhador voltava para casa ao final do dia, despindo as vestes da sua vida profissional para começar a sua vida pessoal, privada e familiar⁶.

Posto isto, dada a flexibilidade e ductilidade da organização do trabalho na contemporaneidade, já não é possível enquadrar o trabalho subordinado nos quadros tradicionais de uma relação fordista⁷. Assim, o teletrabalho, caracterizado pela realização da prestação jurídico-laboral à distância (“elemento geográfico ou topográfico”) e com recurso a TIC (“elemento tecnológico ou instrumental”)⁸, revela-se uma das figuras de maior importância no seio deste fenómeno, que apenas se viu intensificado com o advento da pandemia COVID-19.

Recuando até ao momento da origem do teletrabalho, a verdade é que este sempre teve uma natureza controversa: foi apontado, por uns, como uma modalidade de trabalho altamente vantajosa e eficiente e apresentado, por outros, como um fenómeno revestido de descrença e ceticismo⁹. A posição por nós adotada na presente dissertação é, indubitavelmente, pautada pela ambivalência, visto que o teletrabalho apresenta um amplo leque de benefícios, por um lado, e de desvantagens, por outro¹⁰.

empresas contratadas ou subcontratadas (fenómeno do *outsourcing*), e trabalhadores externos (na qual se enquadram os teletrabalhadores domiciliários). Gomes, 2020, p. 2.

⁶ Seguindo o afirmado por Amado, 2018, p. 124, na contemporaneidade, “a situação típica inverte-se, sendo o trabalho que, de algum modo, se desloca até ao trabalhador”. Segundo Levi, 2022, p. 103, “a tecnologia, de facto, permite uma progressiva desmaterialização física da empresa, com a possibilidade de desagregar a contextualidade física do “onde” se trabalha e muitas vezes também do “quando” se trabalha, pelo que o espaço físico em que tradicionalmente se produz, ou seja, a empresa em seu sentido clássico, tende a dissolver-se, libertando-se da sua componente física e tornando-se cada vez mais “virtual”.

⁷ Sobre esta matéria, Penalva, 2016, pp. 132-133, referindo-se especificamente ao teletrabalho, afirma que “muitos dos institutos clássicos criados para proteger os direitos laborais durante o desenvolvimento da relação laboral, pelas suas características, na prática não são plenamente úteis para a satisfação das necessidades de proteção do teletrabalho”. Tradução da nossa responsabilidade e autoria, realizada diretamente do espanhol. Aliás, a dificuldade de definir e enquadrar um conceito jurídico possui uma onerosidade acrescida quando esse mesmo conceito é “portador de elementos desestruturantes de um ‘tipo’ consagrado e estabelecido”. Fernandes, 2022, p. 7.

⁸ Amado, 2018, pp. 124-125.

⁹ Na esteira do afirmado por Redinha, 2001, p. 91, a originalidade do teletrabalho encontra-se “na possibilidade da distanciação física dos sujeitos envolvidos na relação de trabalho. Possibilidade que tem dado azo a entusiasmos proféticos e ceticismos cautelosos”.

¹⁰ Vide Almeida, 2020, p. 87 e Amado, 2018, p. 124. Quanto aos supostos benefícios ambientais do teletrabalho, colocamos, contudo, sérias dúvidas, já que a questão não se afigura totalmente líquida. Assim, na sequência do afirmado por Gomes, 2022, p. 182, “o recurso acrescido à informática está relativamente pouco desenvolvido e os equipamentos exigem o recurso a materiais poluentes (ácidos, metais pesados, solventes)”.

No que concerne a esfera jurídica do trabalhador, mais do que os riscos físicos¹¹, o teletrabalho implica um conjunto de preocupações específicas, quanto à segurança e saúde no trabalho. Neste sentido, destaca-se o elevado risco de isolamento social para o trabalhador, facto que pode possuir consequências danosas para este, como a redução da sua capacidade de interação social e, até, a deterioração da sua própria saúde¹². Além disso, o solipsismo na realização da prestação laboral pode também gerar o empobrecimento da experiência profissional do trabalhador, decorrente da redução significativa do contacto humano, o que pode ter repercussões negativas no desenvolvimento da carreira do trabalhador¹³. Acrescenta-se, ainda, a “sensação de vigilância permanente e dificuldade de conciliação com a vida pessoal”¹⁴, que, em bom rigor, se consubstancia numa consequência da miscigenação da vida profissional com a vida pessoal associada ao teletrabalho¹⁵. Por último, destaca-se a existência de riscos psicossociais como o “stress tecnológico”¹⁶, as “tecnoadições” e outros fenómenos de natureza paralela, como a “tecnofobia” e a “tecnofadiga”¹⁷. Assim, por causa da sua natureza ambivalente, das preocupações que suscita e da multiplicidade de formas que o teletrabalho assume – como se desenvolverá *infra* –, este revela-se um fenómeno complexo, intrincado e multifacetado.

Por seu turno, o sistema jurídico-normativo não pode ser caracterizado por um conjunto de aparelhos conceituais, sectorialmente divididos em “ramos” fechados e estagnados. Pelo contrário, este consiste num fluxo dinâmico de normas, no qual qualquer construção conceitual proveniente da realidade material – e seu consequente

¹¹ Como as radiações nocivas decorrentes dos instrumentos tecnológicos; a inexistência de exercício físico por parte do teletrabalhador; os riscos associados à instalação elétrica dos equipamentos; e a existência de distúrbios músculo-esqueléticos. Gomes, 2022, pp. 187-188. Para um desenvolvimento do estudo dos distúrbios músculo-esqueléticos, vide Gorski, Pereira, Pizblski & Pilatti, 2014. Salienta-se, também, a exposição de carácter prolongado a “campos eletromagnéticos e ecrãs de visualização”. Costa, 2020, p. 158.

¹² É precisamente por esta razão que Redinha, 2001, p. 94 alerta para o “desenraizamento social e psicológico do trabalhador” como produto da execução da sua prestação laboral em regime de teletrabalho. Segundo um estudo realizado por Hawkey & Capitano, 2015, pp. 2-7, existe uma correlação entre a perceção de “isolamento social” por parte do indivíduo e a degradação da sua saúde mental, física e cognitiva. Neste seguimento, por sua vez, um estudo publicado no American Journal of Epidemiology demonstra a existência de uma correlação entre o “isolamento social” e o risco de morte prematura. Alcaraz, *et al.*, 2019.

¹³ Gomes, 2020, p. 3. Ressalva-se a existência de um dever jurídico da entidade empregadora de “diligenciar no sentido da redução do isolamento do trabalhador”, nos termos do art. 169.º-B, n.º 1, alínea c) do CT.

¹⁴ Costa, 2020, p. 9.

¹⁵ No teletrabalho, existe uma ubiquação da subordinação jurídica, operada pela utilização das TIC. Assim, embora estejam fisicamente separados, permanecem quer o trabalhador, quer a entidade empregadora, conectados um ao outro. Fernandes, 2020, p. 244. De não somenos importância é um estudo da Eurofound, datado de 2016, que demonstra que o número de horas de trabalho prestadas pelos trabalhadores que recorrem a TIC é mais elevado. Cabrita, Boehmer & Bino, 2016. Concluindo com as palavras de Gomes, 2022, p. 181, “a maior autonomia na gestão do tempo pode revelar-se facilmente uma miragem, diluindo-se as fronteiras, temporais e espaciais, entre a vida profissional e a vida pessoal”.

¹⁶ O “stress tecnológico” traduz-se num estado de tensão psicofisiológica, decorrente da utilização de TIC. A importância deste fenómeno evidencia-se no facto de este risco poder estar na génese de “transtornos mentais e comportamentais, tais como o esgotamento, o burnout, o desgaste, a ansiedade e a depressão, assim como danos físicos, como doenças cardiovasculares e distúrbios músculo-esqueléticos”. Organização Internacional do Trabalho, 2016, p. 6.

¹⁷ Para maiores desenvolvimentos, vide Secretaria de Salud Laboral y Medio Ambiente, 2019 e Costa, 2022, pp. 157 e ss.

enquadramento jurídico-normativo – pode implicar, em última instância, uma reestruturação de conceitos basilares¹⁸.

Posto isto, o estudo jurídico do teletrabalho pressupõe a análise, não apenas da plurivocidade com que este fenómeno se apresenta – e se transforma – na realidade material, mas também do modo como o mesmo impõe uma nova reflexão sobre noções estruturais do ordenamento jurídico-laboral, como o próprio conceito de “acidente de trabalho”. Destarte, a reconfiguração da relação de trabalho *standard* – nos termos já explanados – e o aparecimento do teletrabalho exigem uma reconceitualização desta noção. Consequentemente, o olhar do intérprete não deve estar exclusivamente direcionado para o “interior do barril”, mas antes dirigido ao próprio “barril” enquanto paradigma e objeto de análise¹⁹.

1.2 O fenómeno do “teletrabalho” e a sua noção legal: o âmbito de aplicação²⁰

Apesar de não se afigurar tarefa simples a de definir juridicamente aquilo que se entende por “teletrabalho”²¹, em termos gerais, a doutrina tem apontado a existência de dois traços característicos desta modalidade de organização de trabalho, nomeadamente: o elemento “topográfico” e o elemento “instrumental”²².

A particularidade do teletrabalho enquanto realidade apreensível caracteriza-se, essencialmente, pela articulação de dois fatores: por um lado, a execução da prestação jurídico-laboral à distância e, por outro, o recurso às TIC²³. Contudo, importa especificar que o recurso às TIC tem de assumir um papel primário na execução da prestação

¹⁸ Gomes, 2020, p. 3 refere que o teletrabalho impõe ao Direito do Trabalho “o repensar de certos conceitos laborais, como os de local de trabalho e de tempo de trabalho”.

¹⁹ Acompanhamos Leitão, 2021, p. 210, quando a autora afirma que o regime jurídico dos acidentes de trabalho “foi e está pensado para uma relação laboral assente nos cânones tradicionais, com fronteiras relativamente bem delimitadas entre tempo de trabalho e períodos de descanso e exercida em instalações do empregador, a mudança de paradigma que paulatinamente se vem fazendo sentir no panorama das relações de trabalho subordinado, seja através do crescente recurso às tecnologias de informação e comunicação, da deslocalização da atividade laboral e, de uma forma geral, da modernização das relações de trabalho, influencia diretamente a sinistralidade laboral e conduz à necessidade de análise e adaptação dos quadros clássicos de matéria a diferentes realidades e novos desafios”. No mesmo sentido, Gomes, 2021, p. 145, “o conceito de acidente de trabalho, pelo menos no seu ‘núcleo duro’, regulado no artigo 8.º da LAT, parece ter sido concebido em um contexto histórico em que o trabalho por conta de outrem era realizado essencialmente em um espaço disponibilizado e controlado pelo empregador e numa realidade em que o próprio tempo de trabalho era muito mais fácil de distinguir do tempo de não trabalho ou, se se preferir, era muito mais rígido”.

²⁰ A noção de teletrabalho consubstancia um “critério objetivo de aplicação do respetivo regime jurídico”. Redinha, 2022, pp. 21-22.

²¹ Aliás, tal deve-se ao facto de o teletrabalho se apresentar na realidade material sob vestes múltiplas, assumindo diferentes modalidades, categorias ou tipos.

²² Existe uma variação terminológica quantos aos elementos caracterizadores do teletrabalho, utilizando-se também a nomenclatura de “fator geográfico”, quanto ao primeiro elemento supraelencado, e de “fator funcional” ou “elemento tecnológico”, relativamente ao segundo. Gomes, 2020, p. 7.

²³ Ramalho, 2022, p. 63.

jurídico-laboral, inclusivamente no que ao seu conteúdo funcional diz respeito²⁴. Em boa verdade, o recurso às TIC é o “critério eletivo” do teletrabalho enquanto modalidade de contrato de trabalho²⁵.

No entanto, não obstante as características apontadas, convém realçar que o teletrabalho é um fenómeno vago, complexo e subtil. Em virtude da multiplicidade de expressões que o teletrabalho assumiu, a doutrina categorizou este fenómeno em diversas modalidades, variáveis em função de um conjunto de critérios, designadamente: o local onde a atividade jurídico-laboral é prestada; o tipo de comunicação estabelecida entre o teletrabalhador e o beneficiário da atividade; e, por fim, a relação jurídica existente entre o teletrabalhador e o beneficiário da atividade.

Deste modo, em função do primeiro critério, é possível categorizar o teletrabalho nas seguintes divisões: o “teletrabalho no domicílio”²⁶, o “*telecottage*”²⁷, o “teletrabalho em escritório satélite”²⁸ e o “teletrabalho móvel”²⁹. Existe, também, a possibilidade de articular qualquer uma das diferentes modalidades supramencionadas com a realização esporádica da atividade laboral nas instalações principais da empresa, falando-se, nestes casos, em teletrabalho “rotativo”, “alternado” ou “pendular”³⁰.

²⁴ Existe doutrina que defende a existência de um “elemento organizatório”, dependente da quantidade de trabalho realizado na conjugação dos fatores supramencionados. Assim, se a utilização de TIC se revelar de carácter secundário – ou pelo menos de importância diminuta – já não estamos perante uma situação de teletrabalho. Deste modo, não será qualificado como “teletrabalho” o exercício da atividade profissional em que a verificação dos elementos “geográfico” e “tecnológico” é de carácter meramente ocasional ou eventual. Gomes, 2020, p. 9.

²⁵ Redinha, 2022, p. 25. Para maiores desenvolvimentos no que diz respeito às TIC, vide Redinha, 2019, pp. 123 e ss.

²⁶ Também apelidado de “teletrabalho domiciliário”. Como o nome indicia, em regra geral, o teletrabalhador executa a sua prestação laboral no seu domicílio. Todavia, cumpre salientar que este não tem de corresponder estritamente ao conceito técnico-jurídico de “domicílio”, podendo o trabalhador laborar noutro lugar objeto do seu direito de propriedade. Martinez, 2023, p. 20.

²⁷ O teletrabalhador executa a sua prestação jurídico-laboral em local externo ao seu domicílio e às instalações principais do beneficiário da atividade, sendo estes locais apelidados de “centros de trabalho comunitário”. Almeida, 2020, p. 85.

²⁸ Os escritórios satélites podem ser definidos como “uma unidade física, apartada da sede ou localização central da empresa, onde vários teletrabalhadores partilham o espaço e equipamento necessário para a sua atividade”. Redinha, 2001, p. 97. O que distingue os “escritórios satélites” dos “centros de trabalho comunitários” é, precisamente, o facto de os primeiros serem unicamente ocupados por trabalhadores vinculados à mesma entidade empregadora.

²⁹ Também apelidado de teletrabalho “nómada” ou “itinerante”. O teletrabalhador executa a sua atividade laboral num local externo às instalações do beneficiário da atividade, que não é aprioristicamente definido nem, por sua vez, fixo. Almeida, 2020, p. 85. Segundo Redinha, 2022, pp. 23-24, a maioria destes teletrabalhadores, apelidados de “nómadas digitais”, exercem a sua atividade de forma autónoma, sendo que apenas uma reduzida fração é que se reconduz à categoria de trabalhador subordinado.

³⁰ Gomes, 2020, p. 9. Esta modalidade de carácter mais flexível tem assento legal no art. 166.º, n.º 3 do CT, no qual consta que “o acordo de teletrabalho define o regime de permanência ou de alternância de períodos de trabalho à distância e de trabalho presencial”.

Por seu turno, atendendo ao segundo critério, é possível distinguir entre o “teletrabalho *offline*”³¹, o “teletrabalho *one way line*”³² e o “teletrabalho *online*”³³.

Por último, aplicando o terceiro critério, o teletrabalho pode ser prestado de forma autónoma, subordinada e parasubordinada³⁴. O teletrabalho autónomo é prestado ao abrigo da figura jurídica do contrato de prestação de serviços³⁵, enquanto o teletrabalho subordinado existe no âmbito de um contrato de trabalho³⁶. Por outro lado, o teletrabalho parasubordinado integra-se nas chamadas “situações equiparadas”, nos termos do art. 10.º do CT. Neste último caso, o teletrabalho é prestado em termos ambíguos, sendo, conseqüentemente, insuscetível de ser subsumido integralmente a qualquer uma das outras categorias invocadas³⁷, dado que, embora haja dependência económica, não se verifica a existência de subordinação jurídica³⁸.

Da sua noção legal, plasmada no art. 165.º do CT, resulta que se considera teletrabalho “a prestação de trabalho em regime de subordinação jurídica do trabalhador a um empregador, em local não determinado por este, através do recurso a tecnologias de informação e comunicação”, sendo esta a definição que resulta da redação atribuída pela Lei n.º 83/2021. Da redação original do art. 165.º do CT – aprovada pela Lei n.º 7/2009 – constava que se considerava “teletrabalho a prestação laboral realizada

³¹ Nesta situação, não existe uma “comunicação informática entre quem trabalha e quem recolhe o resultado do trabalho”, sendo a execução da prestação laboral baseada em instruções prévias. Redinha, 2001, p. 99.

³² Nesta modalidade, existe um “fluxo de dados ou informações do computador periférico para o central sem que haja possibilidade de retorno”, verificando-se, assim, uma “conexão de sentido único”. Redinha, 2001, p. 99. Almeida, 2020, p. 86 afirma que no “teletrabalho *one way line*, há uma comunicação constante, em tempo real e unidirecional, através de tecnologias de informação e de comunicação, entre o teletrabalhador e o beneficiário da atividade”.

³³ Aqui, “o computador externo está inserido numa rede de comunicações eletrónica (intranet), o que permite um diálogo interativo constante, em tempo real, não só com o computador matricial, mas com todos os terminais da rede”. Redinha, 2001, p. 99.

³⁴ Ramalho, 2022, pp. 63-64. Quanto à questão de subordinação jurídica no teletrabalho, vide Bastos, 2004.

³⁵ Segundo o disposto no art. 1154.º do CC.

³⁶ Nos termos dos arts. 11.º do CT e 1152.º do CC. O teletrabalho pode ser prestado mediante qualquer modalidade de contrato de trabalho, nomeadamente, através de um contrato de duração indeterminada ou contrato a termo, e de um contrato a tempo completo ou contrato parcial. O teletrabalho subordinado, na ótica de Ramalho, 2022, pp. 64-65, poderá corresponder a uma das seguintes situações: “será um contrato de trabalho especial, no caso de ser *ab initio*, celebrado nesse regime com um trabalhador externo à empresa (é a modalidade que designamos como teletrabalho externo e que está agora prevista na parte final do n.º 1 do artigo 166.º do CT); ou consubstanciará uma vicissitude modificativa de um contrato de trabalho comum já em execução (é a modalidade que designamos como teletrabalho interno, que está agora prevista na parte inicial do n.º 1 do artigo 166.º do CT), que será, em princípio, temporária e reversível e que pode assentar tanto no acordo de teletrabalho como no exercício do direito do trabalhador à passagem ao regime de teletrabalho nas várias situações em que a lei lhe atribui esse direito (que estão agora previstas no artigo 166.º-A do Código do Trabalho, introduzido pela Lei n.º 83/2021, de 6 de dezembro)”.

³⁷ Todavia, se o teletrabalho for prestado no domicílio – ou em local equiparado – podem estas situações ser reguladas pela Lei n.º 101/2009, que estabelece o regime jurídico do trabalho no domicílio.

³⁸ A noção de “dependência económica” consiste num conceito que tem vindo a ser definido pela jurisprudência, nomeadamente, no Ac. do STJ, datado de 30/03/2022, no âmbito do processo n.º 186/09.9TTLRA.L1.S1, constatando-se que a dependência económica pressupõe a “i)- a integração do prestador, de modo tendencialmente duradouro e exclusivo, no processo empresarial de outrem, sendo com ela incompatíveis situações de prestação de serviços sem contrapartida retributiva ou, por outro lado, meramente casuais ou esporádicas; e ii)- a inaproveitabilidade por terceiro da atividade desenvolvida, não sendo determinante, embora possa revelar, que o trabalhador não tenha outro emprego, outro salário ou outro benefício da sua atividade profissional”. No mesmo sentido, o Ac. do TRL, datado de 25/05/2022, no âmbito do processo n.º 271/18.6T8VPV.L1-4 e o Ac. do TRC, datado de 13/11/2019, no âmbito do processo n.º 716/14.4TTCB.R.C1.

com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e comunicação”³⁹. Segundo Pedro Romano Martinez, a *ratio* subjacente à modificação deste preceito normativo foi sublinhar a inexistência de um “controlo direto” da prestação jurídico-laboral por parte da entidade empregadora. Não obstante, na ótica do supramencionado autor, para efeitos de aplicação das regras de saúde e segurança no trabalho, existe um “controlo indireto” sobre o local de trabalho⁴⁰. Contudo, ressalva-se que os poderes de supervisão e controlo do cumprimento das obrigações da saúde e segurança no trabalho por parte da entidade empregadora se encontram significativamente limitados, em consequência da proteção jurídica do domicílio e da vida familiar do trabalhador⁴¹. Em ambas as redações, a opção do legislador laboral foi a de incorporar neste conceito jurídico, apenas o teletrabalho prestado em moldes juridicamente subordinados.

Todavia, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 83/2021, nomeadamente ao art. 165.º, n.º 2 do CT, as normas constantes dos arts. 168.º, 169.º-A, 169.º-B, 170.º e 170.º-A aplicam-se às “situações de trabalho à distância, sem subordinação jurídica, mas em regime de dependência económica”, nas quais se incluem os casos de teletrabalho parasubordinado em que se verifique o requisito de compatibilidade. Assim, em virtude desta norma, aplicam-se as regras de saúde e segurança no trabalho a estas situações, segundo o disposto no art. 170.º-A do CT. Todavia, a aplicação dos “regimes jurídicos relativos à segurança e saúde no trabalho e a acidentes de trabalho e doenças profissionais” a estes casos já resulta do disposto no art. 5.º da Lei n.º 101/2009, aplicável ao teletrabalho domiciliário parasubordinado. Posto isto, ressaltamos que a presente opção legislativa pode suscitar um conflito normativo entre as normas constantes do CT e as normas que resultam da Lei n.º 101/2009, ficando, porém, uma lacuna quanto ao trabalho subordinado comum prestado à distância⁴².

³⁹ Para Redinha, 2022, p. 29, a expressão “local não determinado” remete para o sentido de local não controlado ou gerido pela entidade empregadora.

⁴⁰ Martinez, 2023, pp. 19-21. Consubstanciando esta umas das razões pelas quais o local de trabalho tem de estar sempre identificado.

⁴¹ Penalva, 2016, p. 137. Salienta-se que a forma de controlo do cumprimento das obrigações de saúde e segurança mais adequada é a faculdade de visita prevista no art. 170.º-A, n.º 4 do CT. Cumpre sublinhar que o controlo pode assumir contornos mais complicados quando se trata de “teletrabalho *offline*”, segundo Garzón & Ramirez, 2015, p. 18, e, ainda, no que concerne o “teletrabalho móvel”.

⁴² Ramalho, 2022, pp. 67-68. Segundo a mencionada autora, esta lacuna deverá ser integrada mediante a aplicação analógica do art. 165.º, n.º 2 do CT.

1.3 O acordo para a prestação de teletrabalho: As noções de “local” e “tempo” decorrentes da alteração legislativa operada pela Lei n.º 83/2021

O legislador laboral estabeleceu como regra geral para a implementação do regime de teletrabalho o acordo de vontade das partes, quer no caso do teletrabalho interno, quer no caso do teletrabalho externo⁴³.

No que diz respeito à forma exigida, o acordo de teletrabalho deve ter forma escrita⁴⁴, em consonância com o disposto no art. 166.º, n.º 2 do CT. Nos termos deste art., é possível distinguir duas situações: aquela em que um trabalhador é contratado *ab initio* para o exercício da sua atividade em regime de teletrabalho, e aquela em que, na pendência da relação laboral, as partes celebram um acordo, passando a aplicar-se o regime de teletrabalho. Na verdade, a exigência de forma escrita consubstancia uma formalidade *ad probationem*⁴⁵, ou seja, esta apenas funciona como meio probatório, não acarretando a sua inobservância a aplicação do regime da nulidade.

Outrossim, em conformidade com o art. 166.º, n.º 4 do CT, o legislador fixou um “conteúdo mínimo obrigatório” para o acordo de teletrabalho, no qual constam um conjunto de matérias consideradas essenciais, nomeadamente: a identificação das partes; o local de trabalho; o período normal do trabalho diário e semanal⁴⁶; o horário de trabalho; a atividade contratada; a retribuição; a propriedade dos instrumentos de trabalho, bem como o responsável pela respetiva instalação e manutenção; e por último, a periodicidade e o modo de concretização dos contactos presenciais, que resultam do art. 169.º-B, n.º 1, alínea c) do CT. Uma das alterações mais relevantes neste domínio operadas pela Lei n.º 83/2021 prende-se com o aditamento da matéria relativa ao *locus*

⁴³ Contudo, cumpre referir que o Decreto n.º 3-A/2021, como forma de diminuir a expansão da pandemia da doença COVID-19, instituiu a adoção obrigatória do regime do teletrabalho, independentemente da existência de um acordo das partes, desde que o teletrabalho fosse compatível com a atividade laboral exercida e o trabalhador dispusesse de condições para a executar. Importa também ressaltar que, nos termos do diploma mencionado, o legislador equiparou o regime jurídico aplicável aos teletrabalhadores e aos trabalhadores comuns, segundo o disposto no seu art. 5.º. Mestre, 2021, p. 70.

⁴⁴ No caso do teletrabalho interno, como refere Ramalho, 2022, p. 69, o acordo pode constar logo do contrato de trabalho inicial. A supramencionada autora refere, analisando a razão subjacente à exigência de forma escrita, que, no caso do teletrabalho externo, o legislador “replica a regra geral em matéria de forma dos contratos de trabalho especiais”. Por seu lado, no que concerne o teletrabalho interno, o legislador exige a forma escrita, como concretização do princípio “*pacta sunt servanda*”, nos termos do artigo 406.º, n.º 1 do CC.

⁴⁵ Segundo o disposto no art. 166.º, n.º 5 do CT. Invoca-se o teor do Ac. do TRG, datado de 7/12/2017, no âmbito do processo n.º 440/13.5TBVLN-A.G1, segundo o qual consta que: “Admite, contudo, o referido art.º 220.º, que a lei preveja outra sanção para a falta de forma. É o que ocorre quando o documento seja exigido apenas para facilitar a prova da declaração – formalidade *ad probationem*. Neste caso, da inobservância da forma legalmente imposta apenas resulta dificultada a prova, não sendo afectada a validade do acto, que, porém, só poderá ser provado ou por um meio mais solene, com força probatória superior à do documento exigido, ou por confissão, de acordo com o disposto no n.º 2 do acima mencionado art.º 364.º do CC”.

⁴⁶ Do acordo de teletrabalho deve obrigatoriamente resultar a indicação do “período normal de trabalho”. Porém, segundo Mestre, 2021, p. 70, se tal não for indicado, no caso de um teletrabalhador superveniente, é possível aplicar o regime de tempo de trabalho a que este se encontrava vinculado anteriormente.

executionis no “conteúdo mínimo obrigatório”. Assim, nos termos do art. 164.º, n.º 4, alínea b) do CT, o acordo de teletrabalho deve conter: “o local em que o trabalhador realizará habitualmente o seu trabalho, o qual será considerado, para todos os efeitos legais, o seu local de trabalho”. A norma supracitada tem de ser articulada com o disposto no art. 8.º, n.º 2, alínea c) da LAT, do qual resulta que “no caso de teletrabalho ou trabalho à distância, considera-se local de trabalho aquele que conste do acordo de teletrabalho”. Deste modo, sendo o “local de trabalho” um elemento estrutural do conceito de acidente de trabalho⁴⁷, os termos em que este está regulado – e especificado – podem determinar a aplicabilidade ou inaplicabilidade da tutela jurídica acidentária.

No que se refere à estipulação do “local de trabalho” no acordo de teletrabalho, a questão pode afigurar-se bastante complexa. A título de exemplo, podem as partes contratuais fixar como “local de trabalho” todo o domicílio do trabalhador ou, em termos mais restritivos, apenas uma única divisão ou espaço compreendidos neste, delimitando-se o elemento espacial do conceito de “acidente de trabalho”⁴⁸⁻⁴⁹.

Segundo Pedro Romano Martinez, atendendo ao elemento literal do art. 166.º, n.º 4, alínea b) do CT, do qual resulta a necessidade de ser fixado “o local em que o trabalhador realizará habitualmente o seu trabalho, o qual será considerado, para todos os efeitos legais, o seu local de trabalho”, este preceito parece indicar que o trabalhador poderá determinar unilateralmente o seu local de trabalho. Além disso, nos termos da norma invocada, parece que o local de trabalho está logicamente indefinido aquando da data em que se inicia a execução da prestação laboral. Apesar disso, na ótica do supramencionado autor, tal entendimento não se coaduna com a exigência legal de um acordo escrito quanto ao “local de trabalho”. Ainda na sua linha de raciocínio, esta leitura não se demonstra compatível com o facto de, não estando o “local de trabalho” determinado, ficar a entidade empregadora impossibilitada de exercer o seu poder de controlo, mesmo que de carácter indireto. Para além do mais, continuando neste plano de análise, Pedro Romano Martinez salienta que a expressão “habitualmente” parece sugerir que a prestação jurídico-laboral é passível de ser executada, ocasionalmente, num local que não o acordado. Segundo o autor, por identidade de razão, tal também se revela inconciliável com o exercício do poder de controlo indireto por parte da entidade

⁴⁷ O conceito de “acidente de trabalho” consubstancia-se no âmbito de aplicação objetivo da LAT, matéria que será desenvolvida *infra*.

⁴⁸ Nas palavras de Vicente, 2022, p. 68, “cabendo às partes a definição do local, é de admitir que o possam fazer, fixando como local de trabalho, todo o domicílio do trabalhador, mas também, em termos mais restritivos, identificando um determinado espaço ou divisão desse domicílio, o que, naturalmente, poderá ter impacto, nomeadamente em matéria de acidentes de trabalho”. Mais considerações sobre esta matéria serão realizadas *infra*, quando articulada com o conceito de “acidente de trabalho” e com a aplicação da LAT.

⁴⁹ A alteração do “local de trabalho” que consta do acordo de teletrabalho, se exigida forma escrita, pode revelar possuir uma operacionalidade prática desproporcionadamente rígida. Na esteira do afirmado por Gomes, 2022, pp. 201-202, impõe-se a seguinte questão: modificando-se a divisão onde o teletrabalhador exerce a sua atividade profissional, em virtude de uma inundaçãõ, ou “porque os vizinhos armam uma algazarra e se torna insuportável trabalhar nessas condições”, qual será o local considerado?

empregadora. O art. 170.º-A, n.º 5 do CT estabelece que o “regime legal de reparação dos acidentes de trabalho e doenças profissionais aplica-se às situações de teletrabalho, considerando-se local de trabalho o local escolhido pelo trabalhador para exercer habitualmente a sua atividade”. É defendido que esta norma está em contrariedade com a exigência legal de acordo, nos termos do art. 166.º, n.º 4, alínea b) do CT, assim como, com a imposição geral do art. 193.º do CT, segundo o qual o local de trabalho deve ser contratualmente determinado pelas partes⁵⁰. Pelas razões invocadas, conclui o suprarreferido autor no sentido de que o confronto das diferentes aceções de “local de trabalho” – introduzidas pela Lei n.º 83/2021 – deverá ser dirimido pelo “local de trabalho” que consta do acordo das partes⁵¹.

Embora os argumentos apresentados por Pedro Romano Martinez, *de jure constituto*, demonstrem a contradição lógica entre a exigência de uma fonte contratual como regra geral para a implementação do regime de teletrabalho e a própria redação normativa utilizada pelo legislador na regulação desta matéria, parece o autor deixar de parte a questão do teletrabalho nómada. Uma das maiores virtudes do teletrabalho é a possibilidade da sua itinerância, fenómeno inerente à utilização das TIC, que atinge o seu exponente máximo no teletrabalho móvel. De facto, atendendo precisamente ao seu carácter “itinerante”, esta modalidade revela-se como a mais difícil de delimitar geograficamente. Defendemos que a menção do “local de trabalho” no acordo de teletrabalho móvel deverá obedecer às exigências decorrentes do art. 193.º, n.º 1 do CT, segundo o qual “o trabalhador deve, em princípio, exercer a actividade no local contratualmente definido”. De igual modo, estará o acordo de teletrabalho móvel sujeito à observância o princípio da “segurança no emprego”, positivado no art. 53.º da CRP, que impõe a existência de uma estabilidade no vínculo laboral, projetando-se esta, por seu turno, na própria delimitação do local de trabalho. Desta maneira, o local de trabalho

⁵⁰ Martinez, 2023, pp. 21-22. Refere o autor que “para efeito de acidente de trabalho causa alguma perplexidade tal incerteza, que, por certo, seria dificilmente aceite pelo segurador no contrato de seguro”. Vicente, 2022, pp. 67-68 defende que “o local de trabalho, mesmo resultando de uma escolha do trabalhador, terá de merecer a concordância do empregador”. Do mesmo modo, as modificações ao local de trabalho terão, por identidade de razão, de exigir o acordo da entidade empregadora. Levantando um conjunto de problemas quanto à aplicação deste regime, Costa, 2022, pp. 168-169 nota que “ora, naturalmente que se o local de trabalho é aquele que as partes fizeram constar do acordo de teletrabalho, esse não coincidirá necessariamente com o que o trabalhador escolheu para exercer habitualmente a sua atividade. Pense-se no trabalhador que faz constar do acordo a sua residência habitual, mas que acaba por exercer a sua atividade de forma mais frequente num espaço de *co-working*, ou que simplesmente exerce a atividade profissional enquanto viaja, como nómada”. Concordamos com a supracitada autora, no sentido de que a limitação da noção de “local de trabalho” é muito mais restritiva do que aquela que resulta do art. 106.º, n.º 3, alínea b) do CT, segundo o qual pode ser feita uma menção ao “local de trabalho ou, não havendo um fixo ou predominante, a indicação de que o trabalho é prestado em várias localizações”.

⁵¹ Segundo Martinez, 2023, p. 23: “Não pode depender da habitualidade nem da escolha por parte do trabalhador, pois o local de trabalho tem de ser determinado por acordo entre as partes. Esta interpretação sistemática da Lei n.º 83/2021 resulta do facto de a mesma conter soluções contraditórias, que têm de ser resolvidas dentro do espírito do sistema jurídico. Para efeito de acidente de trabalho, o local de trabalho deve ser unicamente o que resulta do acordo de teletrabalho”.

tem de estar determinado ou, pelo menos, ser determinável⁵². O que não poderá acontecer é uma “total indeterminação do local de trabalho” sob pena de a heterodisponibilidade do trabalhador não possuir qualquer limite⁵³. Ainda assim, salienta-se que a noção de “local de trabalho” é revestida de uma certa “relatividade”, sendo que “tanto pode dar-se-lhe a amplitude de uma província (ou de um país), como a de um certo compartimento em determinado edifício”⁵⁴.

Resulta do art. 170.º-A, n.º 5 do CT que, na aplicação do regime legal de reparação dos acidentes de trabalho e doenças profissionais às situações de teletrabalho, se considera como “tempo de trabalho todo aquele em que, comprovadamente, esteja a prestar o seu trabalho ao empregador”, servindo esta norma como um auxílio interpretativo ao constante no art. 8.º n.º 1 da LAT. Daqui depreende-se que constitui “acidente de trabalho” o circunstancialismo fáctico que se verificar durante o tempo de trabalho⁵⁵. Segundo Pedro Romano Martinez, esta noção não se encontra em consonância com o disposto nos arts. 197.º e ss., 166.º, n.º 4, alíneas c) e d) do CT e 8.º, n.º 2, alínea b) da LAT, classificando o autor esta norma como “verdadeiramente anómala”⁵⁶. Por outro lado, Ana Ribeiro Costa afirma que o disposto no art. 170.-A, n.º 5 do CT, em articulação com os arts. 166.º, n.º 4 do CT e 8.º, n.º 2, alínea c) da LAT, poderá ser potencialmente prejudicial para os trabalhadores. A autora invoca o exemplo de um trabalhador que, utilizando o teletrabalho como um mecanismo de facilitação da conciliação da vida familiar com a vida profissional, decide fazer um intervalo durante a tarde, com o intuito de ir buscar os seus filhos à escola, retomando a execução da sua prestação laboral durante a noite. Ora, se o horário de trabalho deste trabalhador for aprioristicamente – e rigidamente – fixado contratualmente, poderá um sinistro não ser considerado como acidente de trabalho, pelo facto de o teletrabalhador não conseguir provar que o evento se verificou dentro do tempo de trabalho⁵⁷.

Por último, chamamos a atenção para o facto de o legislador laboral, como forma de implementar o regime de teletrabalho, ter previsto também um “direito ao teletrabalho”, nos termos do art. 166.º-A do CT⁵⁸. Segundo o disposto no mencionado artigo, são titulares deste direito, desde que verificadas determinadas circunstâncias, os

⁵² Cumpre sublinhar que, segundo Mesquita, 2004, pp. 571-572, o “local de trabalho” pode concretizar-se com a “efetiva execução contratual”.

⁵³ Amado, 2018, pp. 229-230. Em consonância com o disposto no Ac. do TRC, datado de 27/11/2020, no âmbito do processo n.º 4087/19.4T8CBR.C1, “não pode confundir-se a extensão geográfica do local de trabalho com a sua indeterminabilidade”. Aliás, outro entendimento não estaria em conformidade com as exigências decorrentes do art. 280.º do CC. Em boa verdade, “local de trabalho” exerce uma “função delimitadora” relativamente à dimensão espacial da subordinação jurídica. Fernandes, 2020, p. 610.

⁵⁴ Fernandes, 2020, p. 610.

⁵⁵ Neste sentido, Costa, 2022, p. 169.

⁵⁶ Martinez, 2023, pp. 22-23. Sobre os elementos constitutivos do conceito de “tempo de trabalho”, *vide* Carvalho, 2017.

⁵⁷ Costa, 2022, p. 170.

⁵⁸ Vicente, 2022, p. 58 afirma que o reconhecimento deste direito tem suporte na própria sistematização do CT.

trabalhadores vítimas de violência doméstica⁵⁹, os trabalhadores com filhos até três anos⁶⁰ e o trabalhador a quem tenha sido reconhecido o estatuto de cuidador informal não principal. Quanto a esta matéria, a doutrina tem vindo a afirmar que se trata de um “direito potestativo”, gerando a questão, contudo, alguma controvérsia⁶¹.

Existindo a necessidade de um acordo “modelador” para lá de “constitutivo” da relação de teletrabalho⁶², a verdade é que se colocam os mesmos problemas respeitantes à redação normativa que regula o acordo de teletrabalho e a sua conseqüente articulação com o regime da tutela acidentária. Não obstante, levanta-se toda uma nova dimensão político-jurídica, devido às categorias socialmente sensíveis de trabalhadores em causa. Além do mais, dá-se especial ênfase ao facto de o legislador não ter previsto quaisquer normas procedimentais como forma de regular o exercício destes direitos⁶³.

⁵⁹ Nos termos do art. 195.º do CT.

⁶⁰ Este direito viu o seu âmbito de aplicação subjetivo alargado pela Lei n.º 83/2021 para os pais de crianças dos quatro aos oito anos, mediante a verificação dos requisitos legalmente previstos.

⁶¹ Defendendo que se trata de um “direito potestativo”, Almeida, 2020, pp. 109 e ss. Em sentido contrário, Rouxinol, 2022, pp. 79-97.

⁶² Seguimos Vicente, 2022, p. 58 no sentido da existência da distinção entre a função “constitutiva” e a função “modeladora ou conformadora” do acordo. Defendendo a supramencionada autora, a necessidade de um acordo de teletrabalho não apenas constitutivo, mas também modelador, indaga esta se o referido acordo terá de cumprir os requisitos fixados pelo art. 166.º, n.º 4 do CT. Questionamos se a necessidade do acordo – na sua função conformadora e não constitutiva – não obstará à classificação deste direito como “potestativo”, visto que este se interpõe entre a posição ativa do trabalhador e o suposto “estado de sujeição” da entidade empregadora, descaracterizando a produção inelutável de efeitos jurídicos, característico dos direitos potestativos. Em bom rigor, quanto a esta matéria, retomamos a definição clássica de Pinto, 1990, pp. 174-175, segundo a qual os “direitos potestativos são poderes jurídicos de, por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeitos jurídicos que inelutavelmente se impõem à contraparte”.

⁶³ Assim, não existe qualquer suporte legal capaz de regular a forma como o trabalhador deve comunicar o exercício do direito à sua entidade empregadora, nem qual a antecedência que esta comunicação deve observar (entre outros aspetos).

Capítulo II – Os acidentes de trabalho

2.1 A responsabilidade por danos decorrentes de acidentes de trabalho: Um breve enquadramento teórico-dogmático

A responsabilidade por danos decorrentes de acidentes de trabalho está regulada na Lei n.º 98/2009, tendo sido este diploma fundamentalmente pensado para tutelar a infortúnica laboral com base no modelo da relação jurídica *standard* ou tradicional⁶⁴.

No entanto, em conformidade com o já explanado, a progressiva modernização e, por consequência, a deslocalização da prestação laboral – paradigma onde se enquadra o teletrabalho – levou ao surgimento de novos desafios e à compreensão clássica da tutela acidentária.

Iniciando o estudo desta matéria pela sua vertente histórica, o tratamento jurídico da infortúnica laboral surge como uma consequência reivindicativa da revolução industrial. Destarte, a necessidade de acautelar a situação de carência socioeconómica do crescente número de sinistrados – e das suas famílias – nasceu em virtude do manuseamento de maquinaria industrial⁶⁵, ditando-se a necessidade de realizar uma intervenção legislativa particularmente direcionada para este domínio⁶⁶. Pelo contexto histórico subjacente à génese da responsabilidade acidentária, é possível apontar-lhe a existência de um cariz assistencial.

Ao longo do tempo, esta responsabilidade sofreu uma evolução dogmática que pode ser dividida, genericamente, em três fases principais. A primeira fase corresponde à “responsabilidade civil aquiliana ou extracontratual”, na qual o ónus da prova impendia sobre o lesado, tendo este de provar a existência de culpa da entidade empregadora. Os acidentes submetiam-se às regras gerais, visto que, na altura, não se considerava existir um risco específico do trabalho. Todavia, desenvolvendo-se a ideia de que a relação laboral é pautada pela desigualdade posicional das partes e, sendo o trabalhador a parte mais débil, foi necessário conferir a este uma proteção especial. Assim, surgiu a fase da “responsabilidade civil contratual”. Contudo, a mesma revelou-se insuficiente, atendendo à quantidade de sinistros que se verificavam sem que houvesse,

⁶⁴ No mesmo sentido, Leitão, 2021, p. 210.

⁶⁵ A insuficiência – e até ausência – de educação e formação necessárias para a operacionalização da maquinaria fabril, associadas ao frenético desenvolvimento industrial em escala e à concorrência selvagem que existia entre as empresas, geraram uma situação de flagelo socioeconómico. Leitão, 2016, pp. 409-410. Esta questão específica foi a grande responsável pelo desenvolvimento do Direito Laboral nos séculos XIX e XX. Leitão, 2021, p. 209. Na esteira do afirmado por Domingos, Reis & Ravara, 2013, p. 17, “o desenvolvimento da sinistralidade e a inerente perda da capacidade de ganho somadas às múltiplas carências económicas e sociais dos operários da época dariam origem àquilo que se designou por ‘questão social’ e à necessidade de criação de medidas legislativas de proteção relativamente aos acidentes de trabalho”.

⁶⁶ Quanto à história legislativa – nacional e internacional – desta matéria vide Ramalho, 2019, pp. 763 e ss.

propriamente, uma violação contratual por parte da entidade empregadora. Por último, destaca-se a “fase da responsabilidade objetiva ou pelo risco”, que corresponde, na nossa ótica, ao modelo atualmente em vigor. No entanto, esta sofreu algumas alterações, designadamente, através da introdução da inversão do ónus probatório, com o intuito de desonerar a posição do trabalhador⁶⁷.

Ainda num plano histórico-dogmático, importa mencionar as diferentes teorias jurídicas do “risco”, uma vez que estas possuem repercussões no tratamento legislativo-jurídico da matéria dos acidentes de trabalho⁶⁸. Sobre este assunto, fazemos nossas as palavras de Júlio Gomes, no sentido de que a presente questão “não se reduz a uma mera questão terminológica ou de classificação mais ou menos bizantina, mas tem repercussões a nível prático”⁶⁹.

Essencialmente, é possível afirmar que as “teorias do risco”, que fundamentam a tutela jurídica acidentária, são duas: a “teoria do risco profissional” e a “teoria do risco de autoridade”. Segundo a primeira teoria, a responsabilidade por danos decorrentes de acidente de trabalho funda-se nos “perigos inerentes à atividade profissional desenvolvida pelo trabalhador”⁷⁰, ou seja, revela-se necessária a existência de uma “relação de causa efeito, ou nexos de causalidade, entre o acidente (evento lesivo) e o trabalho executado”⁷¹. Posteriormente, surgiu a segunda teoria, nos termos da qual, o risco inerente aos acidentes de trabalho deriva da própria existência de subordinação jurídica⁷². Deste modo, já não será exigível um nexos de causalidade entre a prestação de trabalho e o sinistro ocorrido, sendo apenas determinante a existência de um risco associado à “situação laboral amplamente considerada”⁷³.

Por outras palavras, inicialmente, o “acidente de trabalho” correspondia ao “acidente ocorrido durante a execução do contrato de trabalho e por causa dessa

⁶⁷ Tal acontece, pois o desequilíbrio estrutural da relação jurídico-laboral acarreta consigo uma dificuldade acrescida em substanciar facticamente, em termos probatórios, a culpa da entidade empregadora. Deste modo, historicamente, a distribuição do ónus da prova, em consonância com o regime geral previsto no art. 342.º, n.º 1 do CC – no sentido de que aquele que invoca um direito, tem o ónus de provar os factos que o sustentam – resultou numa proliferação de acidentes de trabalho, sem que aos lesados fosse concedido qualquer montante a título indemnizatório. Martinez, 2019, p. 858. No entanto, cumpre salientar que ainda existe a previsão legal de responsabilidade baseada na culpa nos termos do art. 18.º da LAT.

⁶⁸ Domingos, Reis & Ravara, 2013, p. 20.

⁶⁹ Gomes, 2000, p. 208.

⁷⁰ Ramalho, 2019, p. 774.

⁷¹ Cardoso, 2015, p. 41.

⁷² Segundo Leitão, 2021, p. 213, o alargamento do âmbito de aplicação da tutela acidentária chegou a um nível em que esta “extravasa o risco da atividade desenvolvida”, assumindo-se como “manifestação da socialização do risco”. Assim, em consonância com que consta do Ac. do TRE, datado de 24 de Setembro de 2019, no âmbito do processo n.º 564/15.4T8EVR.E1: “a teoria do “risco económico” ou “risco de autoridade” em que assenta o conceito de acidente de trabalho e as suas extensões (...) remete não para um risco específico de natureza profissional, mas para um risco genérico ligado ao conceito amplo de autoridade patronal, ou seja, o acidente tem de ter uma conexão com a relação laboral e não propriamente com a prestação laboral em si”.

⁷³ Cardoso, 2015, p. 42. Nas palavras de Ramalho, 1993, p. 562, respeitantes à fundamentação da responsabilidade acidentária: “trata-se antes de fazer revelar a situação global de subordinação, de sujeição à determinação (potestativa) por outrem da prestação a desenvolver”.

execução”, tendo esse risco de caráter específico – conexionado diretamente com a prestação de trabalho – sido substituído por um risco mais generalizado⁷⁴. Aliás, é precisamente esta *ratio* que subjaz à supramencionada extensão, que permite justificar a qualificação dos “acidentes *in itinere*” como verdadeiros acidentes de trabalho⁷⁵.

A distinção teórica entre as teorias invocadas possui repercussões práticas, visto que, para os defensores da teoria do “risco profissional”, a aplicação da tutela jurídica acidentária exige “uma causa adequada entre o trabalho daquele trabalhador e o acidente de trabalho”⁷⁶, conformando o âmbito de aplicação da tutela acidentária de forma situacionalmente mais limitada. No nosso entendimento, cremos que não há necessidade de se verificar uma conexão causal entre o acidente e a execução do trabalho, bastando que “o acidente ocorra, na terminologia italiana e anglo-saxónica, por ocasião do trabalho”⁷⁷. Na esteira do afirmado por Júlio Gomes, a noção de acidente de trabalho não se reconduz “ao acidente ocorrido na execução do trabalho, nem havendo sequer que exigir uma relação causal entre o acidente e essa mesma execução do trabalho. Poderão ser acidentes de trabalho múltiplos acidentes em que o trabalhador não está, em rigor, a trabalhar, a executar a sua prestação, muito embora se encontre no local de trabalho e até no tempo de trabalho”⁷⁸.

2.2 O conceito de “acidente de trabalho” e a sua definição legal

No ordenamento jurídico português, o âmbito de aplicação do regime de reparação de danos decorrentes de acidente de trabalho, previsto na LAT, pressupõe logicamente – *a priori* – a existência de um acidente de trabalho propriamente dito. O conceito de acidente de trabalho consubstancia, do ponto de vista mais pragmático, o âmbito de aplicação da LAT.

Como já foi demonstrado, o regime de reparação de danos decorrentes de acidente de trabalho está geneticamente conexionado com a relação jurídico-laboral clássica,

⁷⁴ Gomes, 2013, p. 35. Segundo o mesmo autor, “em um primeiro momento falava-se no risco profissional, mas hoje aceita-se que tal descrição é demasiado restritiva, invocando-se, por isso, um risco de autoridade”.

⁷⁵ Leitão, 2021, p. 213. No mesmo sentido, Cardoso, 2015, p. 42. Segundo Almeida, 2017, pp. 188 e ss., nos termos específicos dos acidentes *in itinere*, fala-se de um “risco de trajecto”, sendo este tipo de acidentes um “acidente de trabalho especial”.

⁷⁶ Gomes, 2021, p. 209. Neste sentido, Xavier, 2018, p. 1034, afirmando que, para que exista um acidente de trabalho, é necessária uma “ligação ou conexão com a prestação de trabalho, ainda que esteja superada a exigência de uma relação de caráter casual entre o acidente e o trabalho”. Por seu turno, Alegre, 1995, p. 33, interpretando na altura o conceito do “acidente de trabalho” contido da Base V da Lei n.º 2127, afirmava que “Nascida sob o signo desta teoria, à luz do espírito que a enforma, qualquer interpretação que possa ser dada à Base V, da Lei n.º 2127, tem que assentar em que a autoridade do empregador, sendo corolário da relação de subordinação (jurídica e/ou económica) do trabalhador, substitui a simples relação entre o trabalho e o acidente”.

⁷⁷ Gomes, 2013, pp. 98-99.

⁷⁸ Gomes, 2013, p. 97. No mesmo sentido, Leitão, 2016, p. 416, afirmando que a “relação entre o acidente e a prestação de trabalho é uma relação diferente, de natureza etiológica, que se estabelece através da ocorrência do acidente no momento em que o trabalhador pratica atos, de alguma forma ligados à sua prestação de trabalho”. Todavia, existe doutrina que defende a posição oposta, como Ribeiro, 1984, p. 207; Xavier, 2020, p. 958.

sendo que a aplicação deste conceito – e consequentemente da LAT – ao teletrabalho pode evidenciar alguma desadequação. Assim, o grande desafio proposto pelo teletrabalho na matéria da infortunistica laboral prende-se, essencialmente, com a definição de “acidente de trabalho” e não tanto com a questão dos danos ressarcíveis⁷⁹.

Deste modo, procedendo à definição deste conceito em termos doutrinários, o “acidente de trabalho” pode ser conceitualizado como um “evento súbito e imprevisto, de origem externa e de carácter lesivo do corpo humano, ou seja, um acontecimento instantâneo ou de duração curta e limitada no tempo, de origem exterior ao organismo do sinistrado e que provoque uma alteração no anterior estado físico ou de saúde”⁸⁰. Em bom rigor, o conceito normativo de acidente de trabalho é dotado de elevada complexidade, já que este não se confunde nem com a lesão provocada, por um lado, nem com o facto ou evento que a causou em primeiro ponto, por outro. Todavia, é o próprio acidente de trabalho o facto fundador da responsabilidade acidentária⁸¹.

A distinção entre um “acidente de trabalho” e de uma “doença profissional” está relacionada com o elemento de “subitaneidade”, sendo o acidente um acontecimento súbito, ao passo que a doença se assume como um fenómeno de “verificação lenta e imperceptível”⁸². Porém, a diferenciação prática entre os estes dois conceitos – que determinam a *summa divisio* inerente à sistematização da LAT – afigura-se desmesuradamente difícil, dado que estes fenómenos se apresentam, muitas vezes, na realidade material de forma ambígua, cinzenta e indissociável. Aliás, pode mesmo acontecer que, de um acidente de trabalho, possa resultar uma doença prevista da lista de doenças profissionais. Apesar de ambos estes conceitos integrarem a noção mais ampla de “infortunistica laboral”, e estando o regime jurídico que os regula na LAT, os “acidentes de trabalho” estão ligados a um sistema de seguro privado, por oposição às “doenças profissionais”, que se encontram integradas no sistema de protecção da segurança social⁸³.

Nos termos do art. 8.º, n.º 1 da LAT: “é acidente de trabalho aquele que se verifique no local e no tempo de trabalho e produza directa ou indirectamente lesão corporal,

⁷⁹ Leitão, 2021, p. 214. Quanto ao desenvolvimento conceitual da noção de “dano”, vide Ribeiro, 1984, pp. 212 e ss. Posto isto, não desenvolveremos esta matéria na presente dissertação.

⁸⁰ Reis, 2009, p. 11.

⁸¹ Fazemos nossas as palavras de Ribeiro, 1984, p. 192: “o acidente de trabalho, enquanto *facto complexo* ou, melhor dizendo, *causa complexa* do direito e dever de indemnizar, desdobra-se no plano ontológico, tal como a nossa lei o configura, em várias constatações, cada uma delas perfeitamente autonomizável em termos de facto. Nenhuma delas é susceptível, só por si, de se identificar com o conceito legal de acidente de trabalho. Só a cumulação e inter-relacionamento são susceptíveis de integrar aquele conceito legal”. Como afirma Martinez, 2019, p. 870, “o facto gerador de qualquer situação de responsabilidade, quase sempre, é um facto complexo, dissecável em vários factos individualizáveis”.

⁸² Ramalho, 2019, p. 769. O acidente de trabalho assume o sentido naturalístico de um acontecimento súbito e violento, de carácter exterior ao lesado, sendo que, por seu turno, a doença profissional pressupõe uma exposição continuada a um determinado agente exterior ao doente. Ribeiro, 1984, pp. 208-209.

⁸³ Martinez, 2022, p. 79. A obrigatoriedade de a entidade empregadora transferir a responsabilidade pela reparação de danos decorrentes de acidente de trabalho está prevista no art. 81.º, n.º 1 da LAT.

perturbação funcional ou doença de que resulte redução na capacidade de trabalho ou de ganho ou a morte”. Da definição legal de acidente de trabalho – e em virtude do presente estudo – revela-se imprescindível proceder a uma análise mais aprofundada dos seguintes elementos ou critérios: o critério subjetivo, o critério geográfico, o critério temporal e, por fim, o nexo de causalidade.

2.2.1 O critério subjetivo

O “critério subjetivo” refere-se à natureza da relação jurídica que existe entre a entidade empregadora ou beneficiária da prestação, por um lado, e o trabalhador subordinado ou prestador de serviços, por outro.

Em primeira linha, é possível afirmar que, num acidente de trabalho, o lesado corresponde a um “trabalhador por conta de outrem”, nos termos do art. 3.º, n.º 1 da LAT, sendo necessário articular esta norma com a noção de contrato de trabalho, que resulta do art. 11.º do CT. Cumpre salientar que o acidente de trabalho não pode ser descaracterizado pelo facto de o contrato de trabalho ser inválido, tendo em conta a regra geral do art. 122.º do CT⁸⁴.

Porém, este recorte de índole subjetivo admite um conjunto de extensões fixadas pelo legislador, que vão além do trabalhador por conta de outrem. Deste modo, estão também abrangidos pela tutela acidentária o prestador de serviços economicamente dependente, o aprendiz ou estagiário e o formando profissional⁸⁵, assim como o administrador, diretor, gerente ou equiparado⁸⁶.

Em conformidade com o já explanado, a noção jurídica de “teletrabalho” pressupõe a existência de subordinação jurídica, ao abrigo de um contrato de trabalho, segundo o disposto no art. 165.º, n.º 1 do CT. No entanto, o alargamento do âmbito de aplicação do regime do teletrabalho operado pela Lei n.º 83/2021, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, obriga a aplicação do art. 170.º-A do CT, no qual consta – mais concretamente no seu n.º 5 – o “regime legal de reparação dos acidentes de trabalho e doenças profissionais” aos teletrabalhadores parasubordinados.

⁸⁴ Ramalho, 2019, p. 775. Segundo Martinez, 2023, p. 9, constitui acidente de trabalho aquele que ocorre no período de suspensão do contrato de trabalho, desde que este se fundamente numa razão do foro da entidade empregadora, assim como durante o período de suspensão preventiva do contrato de trabalho, por aplicação do art. 354.º do CT. Ora, refere o supramencionado autor que o trabalhador subordinado tanto pode ser um trabalhador estrangeiro que preste o seu serviço em Portugal, nos termos do art. 5.º da LAT, como um trabalhador de nacionalidade portuguesa – ou até estrangeiro, desde que residente em Portugal – ao serviço de uma empresa portuguesa, cuja laboração seja realizada no estrangeiro, segundo o disposto no art. 6.º da LAT.

⁸⁵ Nos termos do art. 4.º, n.º 1, alínea a) da Lei Preambular ao CT de 2009.

⁸⁶ Estes titulares de órgãos societários são abrangidos pelo regime de reparação de danos decorrentes de acidentes profissionais, independentemente da existência de contrato de trabalho, desde que sejam remunerados pela respetiva atividade, segundo o disposto no art. 4.º, n.º 1, alínea b) da Lei Preambular ao CT de 2009. Os trabalhadores independentes também podem estar abrangidos pelo regime da tutela acidentária, desde que celebrem um contrato de seguro para o efeito, nos termos do art. 4.º, n.º 2 da Lei Preambular ao CT de 2009.

Por seu turno, os trabalhadores independentes estão obrigados a celebrar um seguro de acidentes de trabalho, segundo o disposto no art. 1.º, n.º 1 do Decreto-lei n.º 159/99. Ressalvamos, contudo, que os teletrabalhadores autónomos não estão enquadrados no âmbito de aplicação do regime de teletrabalho previsto no CT, devendo ser regulados pela Lei n.º 101/2009 – regime jurídico do “trabalho à distância” – de forma a acautelar esta lacuna no ordenamento jurídico.

2.2.2 O critério geográfico

O *locus executionis* corresponde ao “centro estável (ou permanente)” onde a atividade laboral é desenvolvida. O próprio conceito de local de trabalho já contém em si as situações em que este é deslocalizado e diluído, dada a sua “relatividade”⁸⁷.

No entanto, na matéria da infortunistica laboral, o legislador fixou uma noção autónoma, de carácter mais amplo, de “local de trabalho”. Nos termos do art. 8.º, n.º 2, alínea a) da LAT, considera-se “local de trabalho todo o lugar em que o trabalhador se encontra ou deva dirigir-se em virtude do seu trabalho e em que esteja, directa ou indirectamente, sujeito ao controlo do empregador”.

Assim, para além da área geográfico-espacial de fixação da empresa, a noção de local de trabalho engloba, ainda, todos os locais que lhe são exteriores, desde que o trabalhador esteja sujeito, de forma direta ou indireta, ao controlo da sua entidade empregadora.

O “controlo direto” verifica-se tipicamente na relação jurídico-laboral *standard*, em que o trabalhador executa a sua prestação laboral, durante um horário de trabalho previamente fixado, num espaço pertencente à sua entidade empregadora, estando assim sujeito ao poder de direção desta; o “controlo indireto” existe nos casos em que a realização da prestação jurídico-laboral ocorre fora das instalações da empresa, ou seja, quando a entidade empregadora exerce o seu poder de direção num local que não lhe pertence.

No “teletrabalho domiciliário”, no “teletrabalho móvel” e no “teletrabalho prestado nos centros comunitários”, é o “controlo indireto” que está em causa, uma vez que o teletrabalhador, em qualquer uma das supramencionadas modalidades (com recurso às TIC), executa a prestação jurídico-laboral fora do centro de implantação da sua entidade empregadora.

2.2.3 O critério temporal

Por identidade de razão com o que acontece quanto ao “local de trabalho”, o legislador fixou um conceito mais amplo de tempo de trabalho no âmbito da tutela

⁸⁷ Fernandes, 2020, p. 610.

acidentária. Assim, nos termos do art. 8.º, n.º 2, alínea b) da LAT, considera-se “tempo de trabalho” não apenas o período normal de trabalho, definido nos termos do art. 198.º do CT, mas também os seguintes períodos: os que precedem o seu início, sejam atos preparatórios ou com ele relacionados; todos os períodos que o sucedem em atos também com ele relacionados; e as “interrupções normais ou forçadas de trabalho”. Deste modo, o legislador estende a aplicação da LAT para os acidentes que se verificam “fora do tempo de trabalho, mas no desenvolvimento de atividades de que o empregador possa beneficiar”⁸⁸.

2.2.4 O nexo de causalidade

Um dos elementos estruturantes do conceito de “acidente de trabalho” prende-se com a existência de um “nexo de causalidade” entre o acidente propriamente dito e os danos produzidos na esfera jurídica do trabalhador. Existe doutrina que fala da existência de um “duplo nexo de causalidade”, visto que é necessário estabelecer um nexo causal entre o acidente e o dano físico ou psíquico sofrido pelo trabalhador, por um lado, e entre estes danos e o “dano laboral”, por outro⁸⁹.

A especificidade do regime jurídico previsto na LAT consubstancia-se na existência de uma “presunção de causalidade” positivada no art. 10.º, n.º 1 da LAT. Assim, uma lesão constatada no “local” e no “tempo de trabalho”, presume-se ser uma consequência de um acidente de trabalho⁹⁰. Portanto, apenas recai sobre o sinistrado o ónus jurídico de provar que determinado circunstancialismo fáctico ocorreu durante o tempo e local de trabalho, impendendo sobre a entidade empregadora, na posição diametralmente oposta, o ónus jurídico de afastar o nexo causal, por se tratar de uma presunção *iuris tantum*.

Nas situações não incluídas no art. 10.º, n.º 1 da LAT, aplicam-se as regras gerais da distribuição do ónus probatório, cabendo a prova ao sinistrado ou aos seus familiares⁹¹.

O teletrabalho suscita um conjunto de problemas probatórios delicados. Assim, recai sobre o teletrabalhador o ónus de provar a ocorrência de determinado circunstancialismo fáctico. Na grande maioria dos casos, esta ocorrência verificar-se-á no seu próprio domicílio, podendo o referido ónus consubstanciar-se num encargo

⁸⁸ Ramalho, 2019, p. 778.

⁸⁹ Ramalho, 2019, p. 779.

⁹⁰ Martinez, 2023, pp. 16-17, afirma que o reconhecimento da lesão apenas poderá ser feito pelo empregador – ou seu representante –, sendo que, se a lesão fosse constatada por um terceiro, estranho à relação laboral, a presunção de causalidade não funcionaria. Contudo, segundo o supramencionado autor, nos casos em que a atividade é desenvolvida fora da empresa, onde se enquadram as situações dos trabalhadores que laboram em regime de teletrabalho, a verificação da lesão poderá ser realizada por uma pessoa estranha à relação jurídica.

⁹¹ Segundo o disposto no art. 10.º, n.º 2 da LAT.

probatório excessivamente oneroso⁹². Uma das soluções para este problema, hipotetizadas pela doutrina *de jure condendo*, seria o registo do tempo que o trabalhador está conectado às TIC, de forma a salvaguardar virtualmente a operacionalidade prática desta presunção⁹³.

No caso do teletrabalho móvel, o problema afigura-se mais complexo⁹⁴. Nestas situações, a tarefa de provar a existência de uma “lesão constatada no local e no tempo de trabalho” – de forma que o trabalhador beneficie da presunção de causalidade prevista no art. 10.º da LAT – pode revelar-se mais árdua, atendendo à indeterminação e flexibilidade que esta modalidade de teletrabalho assume. Na verdade, a previsão do “local de trabalho” no acordo de teletrabalho apenas terá de preencher as exigências do art. 280.º do CC – em conformidade com o já mencionado –, sendo que uma determinação excessivamente concreta do local teria o efeito de desvirtualizar o carácter itinerante do teletrabalho móvel. Assim, cremos que o legislador deveria ter optado por regular uma obrigação de comunicação por parte do trabalhador, no sentido de concretizar, previamente e, dentro do possível, qual o local para onde o trabalhador, previsivelmente, se vai dirigir a fim de prestar o seu trabalho. Essa informação deveria ser comunicada pela entidade empregadora ao segurador de acidentes de trabalho⁹⁵.

2.3 “Acidente de trabalho” e “acidente doméstico”

A execução da prestação jurídico-laboral em regime de teletrabalho domiciliário implica uma reconfiguração de alguns recortes e figuras jurídicas, cuja construção conceitual foi pensada para os moldes da relação laboral clássica. Assim, a miscigenação

⁹² Neste ponto, Mestre, 2021, p. 71, referindo-se ao vírus SARS-coV-2, afirma que a prova do contágio por parte do teletrabalhador domiciliário pode revelar-se uma verdadeira *probatio diabólica*. O autor defendia que durante a vigência do Estado de emergência pandémico, e enquanto o teletrabalho e o confinamento fossem obrigatórios, deveria ser adotada “uma presunção judicial no sentido de que todos os contágios por SARS-COV-2 comprovadamente ocorridos no domicílio do trabalhador, constituem, sem mais, acidentes de trabalho, salvo circunstâncias excepcionais, em que se consiga fazer a demonstração de que a infeção realmente nenhuma relação tem com o ambiente laboral e ocorreu num puro acto da vida privada (art. 351.º do CC)”. Segundo Gomes, 2021, p. 144, “o artigo 10.º da LAT consagra uma presunção relativa de causalidade entre a lesão constatada no local e no tempo de trabalho – ou numa das situações previstas no art. 9.º da LAT – mas que para operar, tem o sinistrado o ónus da prova do evento causador das lesões, em primeiro ponto. No teletrabalho poderá existir uma dificuldade acrescida em provar a existência do evento (e até em beneficiar da presunção de causalidade)”.

⁹³ Penalva, 2016, pp. 143-144. Porém, ressaltamos – em consonância com o afirmado pela referida autora – que este registo teria de ser instrumentalizado em função da salvaguarda da saúde e segurança do teletrabalhador, e nunca como forma de controlar a sua produtividade. Quanto a este último assunto, *vide* as “Orientações sobre o controlo à distância em regime de teletrabalho” da Comissão Nacional de Protecção de Dados. Na nossa ótica, a hipótese de registar o tempo de conexão do trabalhador poderia enquadrar-se nos termos do art. 169.º-A, n.º 4 do CT. Saliencia-se, todavia, a existência de uma obrigação de cooperação entre as partes, tendo o trabalhador de comunicar à sua entidade empregadora sempre que se encontre perante qualquer risco não identificado.

⁹⁴ A este respeito, Leitão, 2021, p. 229.

⁹⁵ Referindo-se ao teletrabalho móvel, Garzón & Ramirez, 2015, p. 20 afirmam que “nestes casos, seria desejável, para facilitar a protecção do trabalhador, especificar possíveis rotas de trabalho. Sobretudo, para evitar a desvalorização do nexos, estabelecer uma conexão permanente com o empregador relativamente ao lugar onde, em cada momento, se vai executar a prestação de serviços”. Tradução da nossa autoria e responsabilidade.

da vida profissional com a vida íntima, pessoal e familiar acarreta consigo uma diluição das fronteiras – legalmente sedimentadas – entre as noções de “tempo de trabalho” e “tempo de descanso”, “local de trabalho” e “local de repouso”. Deste modo, sob vestes cinzentas, ambíguas e indecifráveis, o intérprete questiona o Direito: onde começa a autodisponibilidade e acaba a heterodisponibilidade? Onde se inicia o homem e termina o trabalhador?

A própria legislação acidentária coloca em evidência as suas falhas e insuficiências, visto que a sua estrutura conceitual não foi claramente pensada para os casos em que a prestação de trabalho é realizada em regime de teletrabalho domiciliário ou de teletrabalho móvel, itinerante ou nómada. Nestas modalidades, as condições inerentes à execução da prestação jurídico-laboral ficam – quase na sua totalidade – na esfera de disponibilidade do trabalhador⁹⁶.

Ainda que a lei imponha a definição do “local de trabalho” como um elemento de conteúdo mínimo obrigatório do acordo de teletrabalho, não cremos que será necessário definir em concreto qual a divisão do domicílio do trabalhador onde se desenrolará a execução da prestação jurídico-laboral. Contudo, nada obsta a que as partes possam livremente estipulá-la. Destarte, sendo o domicílio uma parte essencial da vida privada do indivíduo⁹⁷, situado numa esfera de total disponibilidade por parte do trabalhador, este deve poder geri-lo e organizá-lo livremente. Além disso, pode o trabalhador decidir qual a divisão em concreto na qual decide prestar o seu trabalho⁹⁸.

Apesar de reconhecermos a utilidade em estipular, no acordo de teletrabalho, qual a divisão em concreto em que o trabalho será prestado, cremos que tal não poderá ser imposto ao trabalhador; em primeiro lugar, porque o “domicílio” é objeto de tutela jurídica e, em segundo, tal critério pode afigurar-se como dotado de excessiva volatilidade. Pense-se, por exemplo, no acidente que ocorre no caminho do quarto do trabalhador para a divisão que consubstancia o seu local de trabalho. Será este considerado um “acidente *in itinere*”? Na nossa ótica, tal solução revela-se algo incoerente, dado que, segundo a jurisprudência relevante, o trajeto para o trabalho

⁹⁶ No teletrabalho prestado em centros satélites e em centro comunitários, a questão da sua delimitação espacial não apresenta dificuldades acrescidas, especialmente no primeiro caso, em que a entidade empregadora é proprietária do espaço onde o trabalho é executado, possuindo, deste modo, um evidente controlo direto sobre o local. Leitão, 2021, p. 221. No mesmo sentido, Garzón & Ramirez, 2015, p. 19.

⁹⁷ Em bom rigor, a “intimidade da vida privada” do teletrabalhador é tutelada nos termos do art. 26.º da CRP, assim como nos arts. 70.º e 80.º do CC. Rebelo, 2004, pp. 100 e ss.

⁹⁸ Seja este local no escritório, na sala, na cozinha, no quarto, etc. Segundo Martinez, 2022, pp. 98-99, no caso de teletrabalho superveniente, a entidade empregadora deve comunicar ao segurador de acidentes de trabalho a alteração operada, indicando para o efeito qual a morada em concreto que resulta do acordo celebrado entre as partes. Durante a execução da prestação laboral em regime de teletrabalho domiciliário, o trabalhador pode escolher o local em que pretende desempenhar a sua atividade profissional, sendo possível mudá-lo (dentro do domicílio) ao longo do dia, sem necessidade de o comunicar à sua entidade empregadora ou ao segurador.

apenas se inicia depois de o trabalhador sair para o exterior da sua habitação⁹⁹. Sublinham-se, ainda, as dificuldades que podem surgir no caso do “teletrabalho alternado”, sendo importante definir – com previsibilidade, antecedência e concretização – os dias em que o trabalhador labora a partir do seu domicílio ou nas instalações da empresa, e comunicá-lo ao segurador de acidentes de trabalho. Por seu turno, no que diz respeito ao “teletrabalho móvel”, salientamos que cabe ao empregador a respetiva comunicação da deslocação ao estrangeiro do trabalhador ao segurador de acidentes de trabalho, nos termos do art. 24.º, n.º 1, alínea c) da Portaria n.º 256/2011¹⁰⁰.

Posto isto, um acidente que se verifique no domicílio do teletrabalhador, em consonância com a morada que resulta do acordo de teletrabalho e durante o tempo de trabalho, poderá ser qualificado de duas maneiras: enquanto “acidente de trabalho”¹⁰¹ ou pelo contrário, como um “acidente doméstico”¹⁰². O efeito pragmático desta distinção conceitual prende-se com o facto de o primeiro caso determinar a aplicação da LAT, enquanto o segundo fica sujeito às regras gerais. Segundo o pensamento de Sara Leitão, um sinistro consubstancia um “acidente de trabalho” quando existir “uma certa conexão, embora limitada, entre o local em causa e o exercício da atividade profissional”. Assim, a supramencionada autora invoca, como exemplo de um “acidente doméstico”, o sinistro que ocorre durante o tempo de trabalho, no domicílio do trabalhador, quando este se desloca até à cave ou à lavandaria. No entanto, se essa deslocação ocorrer por motivo atendível – mesmo que não conexas com a prestação laboral – tal configurará, na ótica da autora, um “acidente de trabalho”¹⁰³. Seguindo, ainda, Sara Leitão, devem ser considerados, para efeitos do conceito de acidente de trabalho, os desvios ao “tempo” e “local” de trabalho que resultarem dos atos realizados pelo teletrabalhador em virtude da satisfação de “necessidades atendíveis”¹⁰⁴ ou por “casos fortuitos” ou “motivos de

⁹⁹ Vide o Ac. do STJ, datado de 18/02/2016, no âmbito do processo n.º 375/12.9TTLRA.C1.S1, no qual consta que: “acidente in itinere o ocorrido entre a residência habitual ou ocasional do sinistrado, desde a porta de acesso para as áreas comuns do edifício ou para a via pública, até às instalações que constituem o seu local de trabalho”. De igual modo, o Ac. do STJ, datado de 5/12/2018, no âmbito do processo n.º 460/14.2TTVCT.G1.S1. No mesmo sentido, Pedro Romano Martinez, 2023, pp. 25-26.

¹⁰⁰ Diploma que fixa as condições gerais e especiais uniformes da apólice de seguro obrigatório de acidentes de trabalho para trabalhadores por conta de outrem. A questão tratada no presente subcapítulo pode complicar-se ainda mais, nos casos em que a prestação de trabalho em regime de teletrabalho móvel suscite a aplicação de mais do que um ordenamento jurídico nacional.

¹⁰¹ Como exemplos de “acidente de trabalho” em teletrabalho, enquadram-se os casos em que o teletrabalhador se corta “com um x-ato ou com um agraphador, durante o seu horário de trabalho enquanto abre correspondência ou agrafa documentos da empresa, no exercício das suas funções”. Leitão, 2021, p. 220.

¹⁰² Segundo Martinez, 2023, p. 25, um acidente doméstico corresponde ao acidente que não se relaciona ou conexas, de todo, com a execução da prestação jurídico-laboral.

¹⁰³ São exemplos de deslocações abrangidas por motivos atendíveis, segundo a autora, o caso em que o trabalhador se desloca à lavandaria na sequência de uma fuga de água ou até à entrada de casa para receber correspondência postal. Leitão, 2021, pp. 223-224.

¹⁰⁴ Segundo a autora supracitada, incluem-se aqui as necessidades de “ordem pessoal e familiar do trabalhador”, não sendo necessário que estas se apresentem como “urgentes ou imprescindíveis”. Sara Leitão, 2021, p. 224.

força maior”, à semelhança do disposto no art. 9.º, n.º 3 da LAT, no âmbito dos acidentes *in itinere*¹⁰⁵.

Por sua vez, Pedro Romano Martinez, de forma a distinguir o “acidente doméstico” do “acidente de trabalho”, recorre a um outro exemplo: a situação abstrata de um trabalhador que sofre um acidente decorrente de um curto-circuito, quando, durante a sua pausa, vai tirar um café à máquina. Segundo o autor, se o referido sinistro ocorrer na empresa onde o trabalhador exerce a sua atividade profissional, este será qualificado como um “acidente de trabalho”, uma vez que o risco da máquina de café é da responsabilidade da entidade empregadora. Pelo contrário, caso o mesmo sinistro se verifique no domicílio do teletrabalhador, tal será um “acidente doméstico”, já que não se encontra compreendido na esfera de risco da entidade empregadora. Seguindo esta linha de raciocínio, a qualificação de um sinistro como “acidente de trabalho” fica dependente da existência de um “controlo” do espaço por parte da entidade empregadora que permita a eliminação dos fatores de perigo¹⁰⁶.

Segundo a nossa ótica, a qualificação jurídica de um determinado evento como “acidente de trabalho” ou “acidente doméstico” depende da natureza do ato que está na sua origem. Assim, o ato pode ter sido praticado em virtude – ou por ocasião – da execução da prestação laboral, caso que será abrangido pela tutela acidentária. Por oposição, se o ato configurar uma manifestação da vida privada do trabalhador, será excluído do âmbito de aplicação da LAT¹⁰⁷. No entanto, esta operação de qualificação por parte do intérprete, que se baseia no binómio “vida profissional” – “vida privada”, pode revelar-se especialmente difícil no teletrabalho pelos motivos já explanados. Assim, perante a miríade de situações “cinzentas” que podem surgir na prática, o intérprete deve auxiliar-se dos ditames axiológicos fixados pelo “princípio da igualdade de tratamento”, previsto no art. 169.º, n.º 1 do CT¹⁰⁸. Por meio de um exercício comparativo, o intérprete deve equiparar a situação concreta a uma hipótese abstrata que, nos mesmos termos e moldes, se verificaria nas instalações da empresa. Findo este método, poderá concluir se

¹⁰⁵ Leitão, 2021, pp. 223-224.

¹⁰⁶ Martinez, 2023, pp. 24-25.

¹⁰⁷ Aliás, esta divisão já tinha sido admitida pela jurisprudência portuguesa, nomeadamente no Ac. do TRP datado de 25-06-2018, no âmbito do processo n.º 1130/15.0T8VFR.P1, do qual resulta que o “acidente ocorrido no interior da casa de banho do quarto de hotel onde o trabalhador se encontrava hospedado (na qual, pelas 7h30, após ter tomado banho, caiu) não ocorreu no local de trabalho, nem no tempo de trabalho, não consubstanciando acidente de trabalho, mas, antes, acidente inserido na sua vida pessoal, estranho à sua actividade laboral”. Salienta-se, quanto a esta matéria, o entendimento propugnado no dia 8 de dezembro de 2021 pelo 2.º Senado do Tribunal Federal Social Alemão (Bundessozialgericht), que considerou como acidente de trabalho um sinistro que ocorreu durante a deslocação do trabalhador do seu quarto para o escritório onde trabalhava. Esta última decisão judicial encontra-se disponível em https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/2021_37.html.

¹⁰⁸ Aliás, mesmo Martinez, 2023, p. 25 afirma que “Ainda assim, a dúvida subsiste tendo por base o princípio da igualdade – com uma concretização específica neste âmbito no art. 169.º do CT – e o facto de, em sede de acidentes de trabalho, se atender a um risco empresarial, relacionado com a vantagem da prestação realizada pelo trabalhador”.

determinado evento deverá ser – ou não – qualificado como “acidente de trabalho”. Além do mais, enquadrando o caso concreto à luz da teoria do “risco de autoridade”, dever-se-á questionar se o sinistro ocorreu, não apenas devido à execução da prestação jurídico-laboral, mas também como uma consequência da própria existência de subordinação jurídica.

Na esteira da tese apresentada, um sinistro que ocorre no domicílio do trabalhador, a título de exemplo, enquanto este se desloca para a casa de banho, seria enquadrado na categoria das “interrupções normais de trabalho”, prevista no art. 8.º, n.º 2, alínea b) da LAT, integrando o conceito de acidente de trabalho¹⁰⁹. O mesmo aconteceria, por seu turno, quanto ao exemplo invocado por Pedro Romano Martinez, segundo o qual um trabalhador, ao tirar um café da máquina ou a fazer uma torrada no seu domicílio, sofre um acidente na sequência de um curto-circuito. Face ao exposto, fazemos nossas as palavras de Júlio Gomes quanto a esta matéria: “afigura-se que o interprete será forçado a uma interpretação extensiva, atualizadora e teleológica das normas legais existentes, a qual poderá, mesmo assim, não ser suficiente para dotar o teletrabalhador de uma tutela verdadeiramente eficaz em matérias de acidentes de trabalho”¹¹⁰.

Um problema diferente, mas de idêntica complexidade dogmática, está relacionado com os acidentes *in itinere* em regime de teletrabalho. Se, por um lado, os casos em que o teletrabalhador sofre um acidente enquanto se desloca às instalações da empresa ou a um determinado local para a realização de testes e exames médicos são facilmente qualificados como “acidentes de trajeto”¹¹¹, o mesmo pode não acontecer quando o sinistro ocorre numa das deslocações “de” e “para” o seu domicílio¹¹². Ressalvamos que, segundo o nosso entendimento, pelas razões já explanadas, a questão dos acidentes de percurso não se coloca quanto aos sinistros que se verifiquem no interior do domicílio do trabalhador. Cremos, também, que, no caso do “teletrabalho nómada”, não existirão acidentes de trajeto, visto que o “local de trabalho” para este

¹⁰⁹ Segundo Gomes, 2022, pp. 197-198, “No fim de contas, se no trabalho prestado no âmbito espacial de uma empresa é acidente de trabalho aquele que ocorre quando o trabalhador, por exemplo, tropeça e cai, partindo um pé, no caminho para a cantina ou para a casa de banho, dir-se-á que por força da referida igualdade de tratamento será um acidente tutelado como acidente de trabalho o que ocorra ao teletrabalhador em condições similares”.

¹¹⁰ Gomes, 2021, p. 145.

¹¹¹ Esta questão apresenta-se algo pacífica na doutrina, como é possível constatar em Martinez, 2023, p. 26; Leitão, 2021, p. 227; Garzón & Ramirez, 2015, p. 20; Gomes, 2022, pp. 198-199. Refere o último autor que deverá ser tutelado como acidente *in itinere* o sinistro que ocorra entre o domicílio do teletrabalhador e o local onde este compra “consumíveis” de que necessita – com urgência – para a execução do seu trabalho ou reparação de equipamento. Nestas situações poderá estar em causa a aplicação do art. 9.º, n.º 1, alínea h) da LAT.

¹¹² Leitão, 2021, p. 226.

efeito pressupõe a existência de um caráter móvel e itinerante como parte integrante de si mesmo¹¹³. Nestes casos, o local de trabalho confunde-se com a própria deslocação¹¹⁴.

Na nossa ótica, qualquer deslocação realizada pelo teletrabalhador na ida – ou no regresso – do seu domicílio é um verdadeiro acidente de trajeto, desde que cumpra as exigências do art. 9.º, n.º 3 da LAT, em consonância com o “princípio da igualdade de tratamento” já invocado. Assim, se a deslocação se verificar para a “satisfação de necessidades atendíveis”¹¹⁵, que não têm de assumir uma natureza imprescindível¹¹⁶, existe um acidente de trajeto.

¹¹³ Quanto a esta questão, *vide* o Ac. do TRL, datado de 14/06/2017, no âmbito do processo n.º 1558/13.0TTLSB.L1-4, no qual consta que “é acidente de trabalho em sentido estrito, e não acidente *in itinere*, aquele que um trabalhador independente, que não tem local de trabalho fixo, sofre ao regressar a casa”. Cumpre salientar o disposto na lei italiana, relativamente ao “trabalho ágil”, mais concretamente no art. 23, n.º 3 da Legge 22 maggio 2007, n.º 81, segundo a qual “Il lavoratore ha diritto alla tutela contro gli infortuni sul lavoro occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali (...) quando la scelta del luogo della prestazione sai dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessita' del lavoratore di conciliare le esigenze di vita com quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza”. Deste modo, segundo a lei italiana, são “acidentes *in itinere*” dos teletrabalhadores móveis os que ocorram durante o trajeto – de ida ou volta – do local de residência para o local escolhido para a execução da prestação laboral, desde que a escolha desse local seja ditada por razões conexas com a prestação laboral ou com necessidades de conciliação da vida pessoal e da vida profissional do trabalhador, mediante “critérios de razoabilidade”. Gomes, 2022, pp. 199-200.

¹¹⁴ Assim, será possível incluir estas deslocações naquilo que Almeida, 2017, p. 193 apelida de “deslocações ordinárias”.

¹¹⁵ Martinez, 2023, p. 26 enquadra, neste âmbito, os exemplos dos acidentes de percurso que ocorrem quando o teletrabalhador, antes de iniciar a execução da sua prestação laboral, vai levar os filhos à escola. No mesmo sentido Leitão, 2021, pp. 227-228. A autora afirma que o sinistro ocorrido durante a deslocação do teletrabalhador da casa de um seu familiar (ou de um amigo) onde pernitoou para o seu domicílio pode ser qualificado como um acidente de trajeto ocorrido entre o domicílio ocasional do trabalhador e o seu local de trabalho, nos termos do art. 9.º, n.º 2, alínea b) da LAT. Apesar de desconhecermos jurisprudência portuguesa disponível quanto a acidentes de trabalho em teletrabalho, Martinez, 2022, p. 102, em referência a informação prestada por um segurador, relata a existência de casos em que o sinistro que se verificou durante a deslocação do teletrabalhador para levar os filhos à escola foi qualificado como um “acidente de percurso”.

¹¹⁶ Por exemplo, nos termos do Ac. do TRL, datado de 05/12/2018, no âmbito do processo n.º 4899/16.0T8LRS.L1, a aquisição de uma camisola de um clube desportivo foi entendida como uma necessidade atendível. Por seu turno, também consubstanciará uma “necessidade atendível” o facto de o teletrabalhador ir almoçar com o pai idoso ao lar onde se encontra internado, como resulta do Ac. do STJ, datado de 25/09/2014, no âmbito do processo n.º 771/12.1TTSTB.E1.S. Por identidade de razão, o desvio que o teletrabalhador realiza para comprar mantimentos para o seu almoço também deve ser aqui incluído, em consonância com o que resulta do Ac. do TRL, datado de 29/04/2020, no âmbito do processo n.º 3112/16.5T8BRR.L1-4.

Conclusão

As mutações sofridas pela relação jurídico-laboral *standard* desnudaram as insuficiências de algumas estruturas conceituais basilares do Direito Laboral. Assim, com o surgimento e desenvolvimento do teletrabalho – fenómeno pautado pelo seu carácter múltiplo – colocaram-se várias dificuldades na adaptação de alguns conceitos normativos à realidade material, nomeadamente no que diz respeito à tutela acidentária. Reconhecendo, pelo menos até determinado ponto, este problema, o legislador laboral, através da alteração legislativa realizada pela Lei n.º 83/2021, decidiu regular o conteúdo do “acordo de teletrabalho” previsto no CT, modificando também, por seu turno, a noção de “local de trabalho” para efeitos da aplicação da tutela jurídica acidentária. Contudo, o legislador revelou uma técnica-jurídica deficitária. Por um lado, as expressões literais utilizadas suscitam uma certa ambiguidade e dificuldades interpretativas, designadamente no que concerne as matérias relativas ao tempo e ao local de trabalho. Por outro lado, não existe, de momento, na nossa ótica, um tratamento jurídico adequado de um conjunto de aspetos jurídicos do teletrabalho que mereciam ser objeto de uma tutela jurídica específica, já que o paradigma inerente a esta alteração legislativa foi, evidentemente, o teletrabalho domiciliário.

Outrossim, o núcleo estruturante da noção de “acidente de trabalho”, âmbito objetivo de aplicação da LAT, foi pensado para um determinado modelo de organização das relações laborais, em que a prestação de trabalho ocorria nas instalações da entidade empregadora, em função de um horário aprioristicamente fixado. Destarte, em virtude do contexto histórico-social em que esta noção surge, a figura jurídica do “acidente de trabalho” demonstra-se inapta para subsumir normativamente a realidade fáctica em que se desenrola o exercício da atividade profissional em regime de teletrabalho. Face a estas manifestas insuficiências, cumpre interpretar de forma atualista e extensiva as normas relevantes nesta matéria, sob pena de um conjunto de situações da vida quotidiana ficarem presas no *limbo* que medeia entre o universo normativo e a materialidade do real.

Bibliografia

- ALCARAZ, K. et al. (2019). Social isolation and mortality in US black and white men and women. *American Journal of Epidemiology*, vol. 188, pp. 102-109.
- ALEGRE, C. (1995). *Acidentes de trabalho: Notas e comentários à Lei n.º 2127*. Coimbra: Livraria Almedina.
- ALMEIDA, M. (2020). O teletrabalho e o direito a teletrabalhar. *Revista Questões Laborais*, n.º 56, pp. 81-123.
- ALMEIDA, S. (2017). Notas sobre acidentes *in itinere*: Qualificação e descaracterização. *Prontuário de direito do trabalho*, n.º 2, pp. 185-209.
- AMADO, J. (2018). *Contrato de trabalho*, 2.ª ed. Coimbra: Livraria Almedina.
- AMARAL, D. (2004). *Manual de introdução ao direito*, vol. 1. Coimbra: Livraria Almedina.
- AMBIENTE, S. (2019). Incidencia de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en la seguridad y salud de los trabajadores. https://www.ugt.es/sites/default/files/folletotics_web.pdf.
- BASTOS, M. (2014). A questão da subordinação no contexto do teletrabalho e seus reflexos: Uma análise comparada entre Brasil e Portugal. <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/44571>.
- CABRITA, J., BOEHMER, S. & BINO, C. (2016). Working time developments in the 21st century: Work duration and its regulation in the EU. <https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/2016/working-time-developments-21st-century-work-duration-and-its-regulation-eu>.
- COSTA, A. (2020). Riscos psicossociais e COVID-19: O renascimento da saúde e segurança no trabalho. *Tripalium*, n.º 3, pp. 3-15.
- COSTA, A. (2022). A saúde e segurança no novo regime do teletrabalho: Reflexões sobre o sentido mais favorável aos trabalhadores. *Revista Questões Laborais*, n.º 60, pp. 153-179.
- DOMINGOS, A., REIS, V. & RAVARA, D. (2013). Os acidentes de trabalho e as doenças profissionais – Uma introdução. *Cadernos do CEJ*. <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=07tYuWg6fdg%3D&portalid=30>.
- FERNANDES, A. (2022). Teletrabalho – Um feixe de problemas. *Revista Questões Laborais*, n.º 60, pp. 7-20.
- GARZÓN, J. & RAMÍREZ, C. (2015). Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n.º 4, pp. 1-29.
- GOMES, J. (2000). Breves reflexões sobre a noção de acidente de trabalho no novo (mas não muito) regime dos acidentes de trabalho. *Congresso Nacional de Direito dos Seguros*, vol. I, pp. 203-218.
- GOMES, J. (2013). *O acidente de trabalho: O acidente in itinere e a sua descaracterização*. Coimbra: Coimbra Editora, S.A.
- GOMES, J. (2021). Algumas reflexões críticas sobre a responsabilidade civil por acidentes de trabalho. *Revista Julgar*, n.º 43, pp. 133-149.

- GOMES, J. (2022). O teletrabalho obrigatório em tempos de COVID-19: Algumas insuficiências do regime jurídico português. *Estudos APODIT*, n.º 9, pp. 179-206.
- GOMES, M. (2020). O teletrabalho e as condições de trabalho: Desafios e problemas. <https://hdl.handle.net/1822/67361>.
- GORSKI, G., PEREIRA, D., PIZBLSKI, E. & PILATTI, L. (2014). Trabalho e saúde: Fatores de risco relacionados aos profissionais de *call centres*. *Revista Mineira de Educação Física*, n.º 22, pp. 100-126.
- HAWKLEY, C. & CAPITANIO, J. (2015). Perceived social isolation, evolutionary fitness and health outcomes: A lifespan approach. *Philosophical Transactions of the Royal Society B*, vol. 370, pp. 2-7.
- LEITÃO, S. (2021). Acidentes de teletrabalho. *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 1, pp. 209-232.
- LEVI, A. (2022). Trabalho digital e poder de direção. *A Revista*, n.º 2, pp. 103-110.
- MARTINEZ, P. (2019). *Direito do trabalho*, 9.ª ed. Coimbra: Edições Almedina.
- MARTINEZ, P. (2022). Acidentes de trabalho em teletrabalho. *A Revista*, n.º 2, pp. 75-102.
- MARTINEZ, P. (2023). Acidentes de trabalho em teletrabalho. *Revista de Direito da Responsabilidade*, n.º 5, pp. 1-25.
- MENEZES L. (2019). *Direito do trabalho*, 6.ª ed. Coimbra: Edições Almedina.
- MESQUITA, J. (2004). *Direito do trabalho*, 2.ª ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- MESTRE, B. (2021). Sobre o enquadramento jurídico da contaminação pelo vírus Sars-Cov.2 (COVID-19) no contexto laboral: Algumas anotações. *Revista Julgar*, n.º 44, pp. 59-79.
- MONTEIRO, A. (2020). *Direito do trabalho*, 20.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, S.A.
- PENALVA, A. (2016). El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas. *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 134, pp. 129-166.
- PINTO, C. (1990). *Teoria geral do direito civil*, 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- RAMALHO, M. (2019). *Tratado de direito do trabalho – Parte II: Situações laborais individuais*, 7.ª ed. Lisboa: Edições Almedina, S.A.
- RAMALHO, M. (2022). Delimitação do teletrabalho, âmbito de aplicação do regime legal e acordo de teletrabalho: Breves reflexões sobre alguns problemas colocados pelas alterações ao regime do teletrabalho introduzidas pela Lei n.º 83/2021, de 6 de dezembro. *A Revista*, n.º 1, pp. 59-75.
- RAMALHO, M. (dezembro de 1993). Sobre os acidentes de trabalho em situação de greve. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 3, pp. 521-574.
- REBELO, G. (2004). Reflexões sobre o teletrabalho: Entre a vida privada e a vida profissional. *Revista Questões Laborais*, n.º 23, pp. 99-116.
- REDINHA, M. (2001). O teletrabalho. *Revista Questões Laborais*, n.º 17, pp. 87-107.
- REDINHA, M. (2019). Relações atípicas de emprego – A cautionary tale. <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/121077/2/341970.pdf>.
- REDINHA, M. (2022). A noção de teletrabalho na Lei 83/2021, de 6 de dezembro. *Revista Questões Laborais*, n.º 60, pp. 21-30.

- REIS, V. (2009). *Acidente de trabalho*. Coimbra: Almedina.
- RIBEIRO, V. (1994). *Acidentes de trabalho: Reflexões e notas práticas*. Lisboa: Rei dos Livros.
- ROUXINOL, M. (2022). O direito ao teletrabalho após a Lei n.º 83/2021, de 6/12. *Revista Questões Laborais*, n.º 60, pp. 79-97.
- TRABALHO, O. (2016). Workplace stress: A collective challenge. https://www.ilo.org/safework/info/publications/WCMS_466547/lang--it/index.htm.
- VICENTE, J. (2022). A nova disciplina do acordo para a prestação de teletrabalho. *Revista Questões Laborais*, n.º 60, pp. 57-58.
- XAVIER, B. (2018). *Manual de direito do trabalho*, 3.ª ed. Lisboa: Rei dos Livros.
- ZIZEK, S. (2009). *Violence: Six sideways reflections*. Londres: Profile Books Ltd.

Os défices normativos do Artigo 12.º-B
da Convenção Modelo da ONU

Vasco Maria Moniz da Gama Lobo Xavier

Sob a orientação do Professor
Doutor João Félix Pinto Nogueira

Agradecimentos

Ao Professor Doutor João Félix Nogueira, pela incessante tolerância ao longo deste período, pela frequente disponibilidade e celeridade, mas também pela confiança.

À minha família, em especial aos meus pais, por todos os ensinamentos e por todas as possibilidades que me deram, e por serem os primeiros a apresentarem-me ao mundo do Direito.

À Sara, pela ajuda e pelo apoio constante, e aos meus amigos, pelo exemplo e pelos conselhos.

Resumo

A presente dissertação de mestrado incide sobre o art. 12.º-B da Convenção-Modelo da Organização das Nações Unidas, que estabelece o regime normativo a ser acordado pelos Estados Contratantes para a tributação dos rendimentos provenientes de serviços digitais automatizados.

O reconhecimento pela ONU, em 2017, da necessidade de combater os desafios associados à digitalização dos negócios, devido à inadequação dos critérios tradicionais empregues na atribuição da legitimidade tributária, traduziram-se, em 2020, na proposta de adoção do novo nexo tributário baseado na localização do comprador. O novo nexo visa proteger os interesses dos países em desenvolvimento que se encontram frequentemente impossibilitados de tributar os lucros empresariais de sociedades sem residência nem estabelecimento permanente no seu território.

Proceder-se-á a uma breve contextualização sobre a necessidade e pertinência do preceito normativo desenvolvido na proposta de alteração da Convenção-Modelo da ONU, acompanhada pela história do mesmo. De seguida, passaremos à necessária exposição do modo de funcionamento do art. 12.º-B, traçando a sua estrutura e o seu *rationale* e identificando os seus fatores-chave e as suas principais vantagens. Por último, será imperativo analisar os défices normativos que comprometem a concretização harmoniosa do seu *rationale*, acompanhando a referida exposição com as possíveis soluções a adotar para uma correta implementação do mesmo.

Palavras-chave: Artigo 12.º-B; Convenção Modelo da Organização das Nações Unidas sobre Dupla Tributação; planeamento fiscal; economia digital; nexo tributário.

Abstract

This dissertation focuses on article 12-B of the United Nations Model Convention, which establishes the normative regime to be agreed upon by the Contracting States for the taxation of income from automated digital services.

The recognition by the UN, in 2017, of the need to combat the challenges associated with the digitalization of business, due to the inadequacy of the traditional criteria used in the attribution of tax legitimacy, resulted, in 2020, in the proposal to adopt the new tax nexus based on the location of the buyer. This new nexus aims at protecting the interests of developing countries which are prevented from taxing business profits of non-resident companies without a permanent establishment in their territory.

A brief contextualization will be carried out regarding the need and pertinence of the normative precept developed in the proposed amendment of the UN Model Convention, accompanied by its history. Then, we will move on to the necessary exposition of the *modus operandi* of art. 12-B, outlining its structure and rationale and identifying its key factors and main advantages. Lastly, it will be imperative to analyse the regulatory deficits that compromise the harmonious implementation of its rationale, accompanying the referred presentation with the possible solutions to be adopted for its correct implementation.

Keywords: Article 12-B; United Nations Model Convention on Double Taxation; tax planning; digital economy; tax nexus.

Lista de acrónimos e abreviaturas

§	Parágrafo
Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
Al.	Alínea
Art.	Artigo
B2B	Business to Business (“de empresa para empresa”)
B2C	Business to Consumer (“de empresa para consumidor”)
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting (“Erosão da Base e Transferência de Lucros”)
CDT	Convenção de Dupla-Tributação
CFB	Consumer-Facing Businesses
Cfr.	Conforme
DUE	Direito da União Europeia
EE	Estabelecimento Estável
et al.	et alli (“e outros”)
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
ITAT	Indian Income Tax Appellate Tribunal
n.º(s)	Número(s)
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
ONU	Organização das Nações Unidas
op. cit.	opus citatum (da obra citada)
p(p).	Página(s)
PME	Pequenas e médias empresas
RST	Remunerações por Serviços Técnicos
ss.	Seguintes
TA	Tribunal Administratif
UE	União Europeia

Índice

1. Introdução	6
1.1 Contextualização	6
1.2 Research question/Hipótese de investigação	7
1.3 Objeto	7
1.3.1 Delimitação positiva	7
1.3.2 Delimitação negativa	7
1.4 Metodologia	7
1.5 Sequência	8
2. Introdução do art. 12.º-B	8
2.1 Os desafios da era digital no direito fiscal	9
2.2 A história do art. 12.º-B	10
2.3 O regime legal	10
2.4 Rationale, incidência e modus operandi do art. 12.º-B	13
2.4.1 Rationale	13
2.4.2 Incidência objetiva – a definição de serviços digitais automatizados	15
2.4.3 Modus operandi	16
3. Os défices normativos do art. 12.º-B	18
3.1 As críticas do Comité de Peritos em Cooperação Internacional sobre Matéria Fiscal	18
3.1.1 O nexu tributário e a aplicação do regime	18
3.1.2 A solução através de uma medida bilateral	20
3.1.3 A definição insuficiente dos termos utilizados	21
3.1.4 A desconsideração pelas despesas incorridas na tributação bruta dos rendimentos	21
3.1.5 O encargo para as administrações fiscais e para o consumidor final	23
3.2 A desconformidade com o regime de tributação das remunerações devidas por serviços técnicos	25
3.2.1 Nota introdutória sobre o art. 12.º-A da CM da ONU	25
3.2.2 A interpretação restritiva do art. 12.º-A	25
3.2.3 A divergência entre as taxas de imposto aplicáveis	29
3.2.4 O englobamento das transações B2C	29
Conclusões	31
Bibliografia	35
Jurisprudência	36

1. Introdução

1.1 Contextualização

A desavença entre o Direito e o desenvolvimento tecnológico configura-se, incontestavelmente, na incapacidade de antecipação do primeiro relativamente ao sucessivo avanço implementado pela era digital, de tal forma que assistimos a um Direito sôfrego e trôpego na tentativa de compensar a notória ascensão do seu adversário.

O art. 12.º-B da Convenção Modelo da Organização das Nações Unidas (doravante CM da ONU) representa esta última conjetura, isto é, uma tentativa do Direito, mais concretamente, do Direito Fiscal, de tentar nivelar a sua atuação relativamente a uma nova realidade subjacente ao desenvolvimento tecnológico que o ultrapassou em larga escala, que conseguiu cruzar as entrelinhas da lei, esquivando-se da apetência da tributação.

Falamos dos modelos de negócio digital, de empresas que operam em várias partes do globo, obtendo avultadas receitas em várias localizações sem pagar impostos sobre o rendimento em nenhuma (para lá da jurisdição em que são residentes). Isto sucede-se continuamente devido à inaptidão da realidade normativa atual para capturar os lucros provenientes do Estado da Fonte dos seus rendimentos.

Nomes como a Google, a Netflix e o Twitter são já tão familiares no nosso vocabulário e dia-a-dia que custa a crer que só tão recentemente o Comité das Nações Unidas tenha identificado o rendimento dos serviços digitais automatizados como um assunto prioritário no seu plano de atuação.

Este tema situa-se na mais vertiginosa vanguarda do Direito Fiscal. Os desafios à tributação não param de surgir e o dinamismo dos dias de hoje, decorrente da globalização a que assistimos, faz com que este não seja um tema estanque: é, compreensivelmente, difícil alcançar o equilíbrio entre soluções fiscais internacionais pioneiras e a simplicidade e a abrangência que se pretende em matérias tão melindrosas e lucrativas.

Estamos, ainda, longe do consenso e da solução ideal, pelo que se revela premente trazer o tema para cima da mesa, dissecá-lo e limar-lhe as pontas, para que os avanços tributários possam, pelo menos, porfiar lado a lado com os avanços tecnológicos.

Propomo-nos, por isso, expor as novidades normativas europeias e internacionais em matéria de tributação do rendimento dos serviços digitais automatizados, realizar uma análise crítica ao afamado art. 12.º-B da Convenção Modelo da ONU, devidamente alicerçada na doutrina e jurisprudência relevantes e, por último, apresentar possíveis soluções para os dilemas e contingências que se profetisa que advirão da implementação desta solução legislativa.

1.2 Research question/Hipótese de investigação

A presente dissertação debruça-se sobre a seguinte questão: “que alterações podem ser efetuadas ao art. 12.º-B de modo a melhor cumprir o seu *rationale*?”.

1.3 Objeto

1.3.1 Delimitação positiva

Este estudo tem em consideração o art. 12.º-B da Convenção Modelo da Organização das Nações Unidas e o respetivo Comentário, na sua versão atualizada.

1.3.2 Delimitação negativa

A nossa investigação é delimitada pelo regime exposto no art. 12.º-B e o respetivo Comentário. Mesmo que, ocasionalmente, ocorram comparações entre determinados aspetos do regime com outras propostas de tributação de rendimentos da mesma espécie, não se pretende, com a presente dissertação, confrontar o regime indicado com outros preceitos normativos, nomeadamente o Pilar I, Pilar II, *Digital Services Tax*, *Digital Permanent Establishment*, alocação do lucro residual de Devereux, *et al.*, ...

1.4 Metodologia

O desenvolvimento aqui apresentado deriva da análise legislativa do art. 12.º-B da CM da ONU e do respetivo Comentário, complementado com a revisão bibliográfica disponível sobre o número tema. Com efeito, a presente dissertação foi, primordialmente, suportada por artigos recentes de origem internacional.

Foram seguidas as orientações estabelecidas no Manual de Estilo disponibilizado pela Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto.

Estabelece-se, desde já, que, na ausência de indicação em contrário, as disposições citadas referem-se à CM da ONU para evitar a Dupla Tributação, nomeadamente ao seu art. 12.º-B que estabelece a tributação de rendimentos provenientes de serviços digitais automatizados (doravante, SDA).

1.5 Sequência

Sucedem-se à presente secção o capítulo 2, cujo propósito transfigura-se na apresentação do art. 12.º-B enquanto uma opção viável para o combate aos desafios tributários decorrentes da era digital, procedendo-se à descrição do seu desenvolvimento, funcionamento e *rationale* legislativo.

De seguida, o capítulo 3 introduz os desafios normativos do preceito em crise, apontando, prontamente, para as medidas que, em nosso ver, revertem para o aprimoramento da tributação de rendimentos provenientes de SDA.

Por último, o capítulo 5 é dedicado à exposição das conclusões.

2. Introdução do art. 12.º-B

2.1 Os desafios da era digital no direito fiscal

A digitalização da economia, traduzindo-se num fenómeno infatigável no desenvolvimento do mercado global, atua como principal fator disruptivo na tributação dos novos negócios, contribuindo, em primeira linha, para o descortinar da inaptidão dos padrões tradicionais que definem a aplicação da legitimidade tributária¹. Estes critérios comumente utilizados não permitem, de forma adequada, localizar concretamente o local de onde provém uma determinada quantidade de riqueza². Assim, os elementos utilizados para determinar a presença de uma atividade económica significativa num determinado Estado revelam-se profundamente inadequados em virtude da desmaterialização do processo produtivo na nova era digital.

Devido à preocupação associada à facilidade na alocação de ativos intangíveis em jurisdições com taxas de imposto reduzidas, surge a necessidade de criar uma solução para combater este novo fenómeno. Neste sentido, o principal problema consiste na inexistência de um nexo fiscal que permita a devida atribuição de legitimidade tributária ao Estado cuja conexão com a atividade desenvolvida seja perceptível. Atendendo à possibilidade de interceder num determinado mercado por meio de uma atividade digital, sem necessitar de estabelecer quaisquer meios superficiais que determinem a sua presença física e permanência nesse local, é imperativo desenvolver um novo nexo que opere em conformidade com a desmaterialização da economia³.

Neste âmbito, foram desenvolvidas múltiplas propostas, das quais nos interessas abordar apenas uma: o art. 12.º-B da CM da ONU.

¹ O comprometimento dos critérios tradicionais e a dificuldade na qualificação dos rendimentos no âmbito dos tratados bilaterais encontram-se já devidamente observados no âmbito da jurisprudência internacional. Neste sentido: ITAT Bengaluru, *Google India Pvt. Ltd. v. Addl. CIT*, de 23 de outubro de 2017; ITAT Kolkata, *Right Florist Pvt. Ltd., Kolkata vs Department Of Income*, de 12 de abril de 2013; ITAT Mumbai, *Taj TV Ltd. vs ADDIT*, de 5 de julho de 2016. ITAT Pune, *EPRSS Prepaid Recharge Services India P. Ltd. v. ITO*, de 24 de outubro de 2018; e TA Paris, *Google Ireland Ltd. v. Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, de 12 de julho de 2017.

² Andrade, 2022, p. 3.

³ Andrade, 2022, p. 4.

2.2 A história do art. 12.º-B

Em resultado dos rápidos avanços tecnológicos dos últimos anos, o Comité Fiscal da ONU reconheceu a elevada importância do tema da tributação da economia digital. Aquando da revisão efetuada em 2017 à CM da ONU, foi incluída uma nova categoria de rendimentos⁴, chamados de “*Fees for Technical Services*”⁵. Tal disposição, a ser adotada nas convenções bilaterais, permite reforçar os poderes tributários do Estado da Fonte, mesmo em situações em que uma empresa aí desenvolva atividades sem recurso a qualquer presença física.

O Comité Fiscal da ONU afirmou, num relatório de 2017, que abordaria o tema da tributação da economia digital de forma independente do relatório BEPS. Isto porque, esperar que o plano BEPS fosse finalizado para dar início à tributação dos SDA acarretaria perdas de receitas ao longo desses anos. No mesmo ano, o Comité Fiscal da ONU criou o Subcomité⁶ da ONU, encarregue deste tema.

Em agosto de 2020, o Subcomité apresentou uma primeira proposta para um novo Artigo 12.º-B (“*Income from Automated Digital Services*”), a ser incluído na CM da ONU. A proposta identificou a receita dos SDA como uma questão prioritária. A versão revista do Artigo 12.º-B do Modelo da ONU foi publicada em outubro de 2020. O Subcomité introduziu, ainda, algumas mudanças entre a segunda versão revista, discutida em outubro de 2020, e a versão final, aprovada em abril de 2021. Já com algumas vírgulas, cremos que a história do Artigo 12.º-B ainda não conhece um ponto final.

2.3 O regime legal

No confronto com a inadequação dos critérios tradicionais de atribuição do poder tributário no combate aos desafios da economia digital, devido à desnecessidade de estabelecer uma presença física numa determinada jurisdição para intervir no mercado, o Comité da ONU reconheceu a importância de estabelecer um novo elemento de conexão que fosse apropriado para proteger os direitos dos Estados onde surgem estes novos modelos de negócio. Assim, o Comité pretendeu ir ao encontro de uma solução simples, de fácil implementação, sem encargos excessivos para as administrações ou para os sujeitos passivos, que culminasse na concreta determinação da participação do Estado da Fonte na tributação dos rendimentos provenientes do seu território⁷. Surge, desta forma, o art. 12.º-B enquanto método acessível que permite atribuir ao Estado da

⁴ Cfr. art. 12.º-A da CM da ONU.

⁵ Remunerações por serviços técnicos (tradução da nossa responsabilidade).

⁶ *Drafting Group of developing country Members of UN Tax Committee.*

⁷ Comentário do Art. 12.º-B da CM da ONU (2021), p. 434.

Fonte legitimidade tributária sobre os rendimentos provenientes de SDA⁸ com base na localização do pagador dos respetivos serviços.

O preceito normativo começa por prever que, em regra, os rendimentos provenientes de SDA podem ser tributados no Estado de Residência. No entanto⁹, esses rendimentos também podem ser tributados no Estado da Fonte, de acordo com a sua legislação doméstica, sem ultrapassar uma determinada percentagem de imposto, acordada bilateralmente entre os Estados contratantes, a aplicar ao montante bruto dos pagamentos subjacentes aos rendimentos em causa.

Numa primeira linha, o preceito normativo prevê a tributação do rendimento bruto de acordo com uma percentagem acordada entre os Estados Contratantes. No entanto, o regime estabelece a possibilidade de, a pedido do sujeito passivo, optar pela sujeição do rendimento líquido¹⁰. O § 2 do art. 12.º-B estipula o requisito do beneficiário efetivo¹¹ dos rendimentos como forma de garantir que as prerrogativas previstas na Convenção não são disponibilizadas somente devido ao facto de os respetivos pagamentos serem feitos a um residente do outro Estado Contratante¹².

Por sua vez, o § 3 do art. 12.º-B prevê a possibilidade de o sujeito passivo optar pela tributação do rendimento líquido, sujeitando o lucro qualificado à taxa de imposto prevista na legislação interna do Estado da Fonte. Neste âmbito, os lucros qualificados configuram-se em 30% do valor resultante da aplicação do índice de lucratividade do segmento¹³ dedicado à prestação de SDA no Estado Contratante onde o rendimento surge. Porém, se o beneficiário efetivo pertencer a um grupo empresarial multinacional, o rácio de rendibilidade a aplicar será o do segmento de atividade do grupo relativo aos rendimentos provenientes da prestação de SDA, ou do grupo como um todo, no caso de não haver contas segmentadas, desde que tal índice de lucratividade do grupo empresarial multinacional seja superior ao referido índice do beneficiário efetivo. A opção pela tributação líquida, nos termos do § 3 do art. 12.º-B, pressupõe a disponibilidade dos índices de lucratividade supramencionados.

O art. 12.º-B prossegue para a definição dos termos “grupo empresarial multinacional”¹⁴, “grupo”¹⁵ e “serviços digitais automatizados”¹⁶, providenciando, no seu § 6, uma lista positiva de serviços que, em princípio, se configuram como SDA.

⁸ Neste sentido, Astuti, 2020, p. 726; e Mphoa, 2022, p. 11.

⁹ Sem prejuízo das regras relativas ao transporte internacional marítimo e aéreo e aos serviços prestados por profissionais independentes (artigos 8.º e 14.º da CM da ONU, respetivamente).

¹⁰ Cfr. § 3 do art. 12.º-B da CM da ONU.

¹¹ O Comentário ao art. 12.º-B segue o mesmo conceito de ‘beneficiário efetivo’ estabelecido nos artigos 10.º a 12.º da respetiva CM.

¹² Andrade, 2022, p. 12.

¹³ Se o beneficiário efetivo dos rendimentos não organizar a receita proveniente de SDA de forma segmentada, aplicar-se-á o seu índice de lucratividade geral.

¹⁴ Cfr. § 4 do art. 12.º-B.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Cfr. § 5 do art. 12.º-B.

Por sua vez, o § 7 exclui a aplicação do art. 12.º-B quando os pagamentos relevantes forem qualificados como *royalties*¹⁷ ou como pagamentos devidos por assistência técnica¹⁸. O regime também não será aplicável¹⁹ se o prestador de SDA detiver no Estado da Fonte um estabelecimento estável (EE) ou uma base física onde presta serviços pessoais independentes²⁰, replicando o enquadramento previsto em vários preceitos normativos presentes nas CM da ONU e da OCDE, nomeadamente relativas a dividendos, juros, royalties e serviços de assistência técnica²¹.

O art. 12.º-B, no seu § 9, estabelece que:

“Para efeitos do presente artigo, considera-se que os rendimentos dos serviços digitais automatizados não são provenientes de um Estado Contratante se os pagamentos subjacentes aos rendimentos dos serviços digitais automatizados forem efetuados por um residente desse Estado que exerça atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente situado nesse outro Estado ou presta serviços pessoais independentes por meio de uma base fixa situada nesse outro Estado e os pagamentos subjacentes a serviços digitais automatizados são suportados por esse estabelecimento estável ou base fixa”²².

A relevância afigura-se, assim, no elemento que efetivamente suporta o encargo financeiro associado à aquisição dos SDA, seja um particular residente num Estado Contratante, seja alguém a intervir através de um EE ou de uma base física situada numa determinada jurisdição²³. O termo ‘suportados’ parece ter inerente uma ideia de dedutibilidade associada ao pagamento efetuado pelo comprador, demonstrando uma intenção de intervir num espaço económico a partir desse elemento físico. No entanto, para determinar se um pagamento foi efetivamente suportado por um EE ou uma base física, o fator conclusivo não é a dedutibilidade do pagamento, mas sim a sua imputabilidade de acordo com o preceito normativo. Assim, para o efeito desta regra, deve estar em causa um pagamento efetuado no âmbito de uma atividade económica exercida através de um EE ou base física, de forma a demonstrar um claro vínculo económico entre os SDA e esse elemento físico²⁴.

De seguida, o dispositivo considera que o rendimento surge numa determinada jurisdição (a da fonte) se o pagador do serviço prestado for um residente nesse Estado

¹⁷ Neste caso, aplicar-se-á o art. 12.º da CM da ONU.

¹⁸ Neste caso, aplicar-se-á o art. 12.º-A da CM da ONU.

¹⁹ Cfr. § 8 do art. 12.º-B da CM da ONU.

²⁰ Nesta situação aplicar-se-á o art. 7.º ou o art. 14.º da CM da ONU.

²¹ Andrade, 2022, p. 2.

²² Tradução da nossa responsabilidade.

²³ Andrade, 2022, p. 2.

²⁴ Andrade, 2022, p. 2

ou, independentemente de ser considerado um residente no Estado da Fonte, se tiver um EE ou uma base física a partir da qual suporta o pagamento dos respetivos serviços²⁵, atribuindo-se, assim, a legitimidade tributária a esta jurisdição, desconsiderando o local da prestação do serviço e o local de utilização. Esclarece-se, ainda, que os pagamentos efetuados só serão considerados como provenientes de um determinado Estado se o pagador dos serviços não disponibilizar de um EE no Estado da Fonte, onde os pagamentos são atribuíveis²⁶.

Por último, estabelece-se uma cláusula anti abuso²⁷, que atende às situações em que existe uma relação especial entre o pagador e o beneficiário efetivo do pagamento, ou entre estas partes e um terceiro, considerando que, nestes casos, quando o montante excede o valor que seria habitualmente acordado entre dois sujeitos independentes numa transação equiparável, o art. 12.º-B é aplicável somente à parte que não excede a quantia usual, determinada mediante as condições normais do mercado. O excesso ficará sujeito à tributação nos termos dos restantes preceitos normativos da Convenção.

2.4 Rationale, incidência e *modus operandi* do art. 12.º-B

2.4.1 Rationale

O regime previsto no art. 12.º-B da CM da ONU prevê a possibilidade de, numa transação entre dois Estados Contratantes, o rendimento proveniente da prestação de SDA ser tributado no Estado da Residência e no Estado da Fonte. A legitimidade tributária atribuída ao Estado onde o rendimento surge fundamenta-se pelo elemento de conexão ligado à localização do pagador dos serviços ou do EE ou base fixa que suporta os pagamentos²⁸. Esta ponderação surge em consequência do entendimento, por parte do Subcomité da ONU sobre Tributação de Serviços, de que não existe nenhum princípio internacional que estabeleça a sujeição do poder tributário ao Estado onde o serviço é prestado²⁹.

Assim, o dispositivo incluído na CM da ONU cria um novo nexo tributário baseado no território onde se encontra o comprador dos SDA. O elemento relevante para a atribuição de legitimidade tributária ao Estado da Fonte baseia-se, não no fenómeno da criação de valor envolvido no lado da oferta, enquanto fator económico, mas sim no lado da procura³⁰, favorecendo o Estado que demonstra a habilidade de criar um mercado suficientemente atrativo para o desenvolvimento e prossecução de atividades

²⁵ Cfr. § 10 do art. 12.º-B.

²⁶ Esta regra pretende evitar a incidência da Convenção numa transação que, na realidade, é doméstica.

²⁷ Cfr. § 11 do art. 12.º-B.

²⁸ Andrade, 2022, p. 7.

²⁹ Manifestado na nota fornecida pelo Coordenador do Subcomité referido sobre o art. 14.º e o Tratamento Fiscal dos Serviços (2009), que, não obstante incidir sobre a iniciativa BEPS, permite a criação de um nexo tributário com base num fator que não seja o local da prestação do serviço.

³⁰ Andrade, 2022, p. 7.

económicas. Este método é inteiramente apropriado para combater o problema em causa, criando um regime simples, que elimina o problema da dupla não tributação³¹, e opera de acordo com um fator relativamente constante e que já está desenvolvido noutras disposições de direito fiscal internacional, nomeadamente nos artigos 12.º e 12.º-A da CM da ONU³².

Não obstante afigurar-se como uma proposta simples, de fácil implementação e apropriada para a proteção dos interesses dos países em desenvolvimento, esta consubstancia-se, ainda, como um regime que, para além de não ter em consideração o valor criado por fatores de produção associados à economia digital, é aplicável a um número reduzido de negócios, ou seja, é uma *ring-fenced solution*³³. Assim, no contraste com outras propostas, o nexo criado através do art. 12.º-B pode ser prejudicial para os Estados Contratantes devido à sua limitada aplicação³⁴. No entanto, a delimitação concreta do âmbito de aplicação do regime de tributação dos SDA estabelecido pela ONU assegura uma maior certeza jurídica na fiscalização da economia digital³⁵. Desta forma, ao estabelecer um nexo tributário com base na localização do pagador, o regime previsto na proposta de CM da ONU distancia-se, neste âmbito, de outras medidas de combate aos desafios da economia digital, nomeadamente do Pilar 1³⁶.

Devemos ainda notar que, no quadro da OCDE, a solução proposta é completamente recusada. De facto, o § 139 do Comentário ao art. 5.º da CM da OCDE repudia expressamente esse entendimento ao indicar que “o simples facto de o pagador da contraprestação por serviços ser residente num Estado não constitui um nexo suficiente para justificar a atribuição de direitos de imposto sobre o rendimento a esse Estado”³⁷, recorrendo, alternativamente, ao conceito de ‘criação de valor’ para a atribuição da legitimidade tributária.

A proposta da ONU distancia-se da OCDE ao considerar, com o propósito de simplificar a legislação fiscal, que a localização do pagador do serviço é um elemento de conexão suficiente para justificar a atribuição do poder tributário ao Estado da Fonte³⁸. Importa lembrar que não existe uma definição concreta de ‘criação de valor’, nem dos elementos que influenciam o seu processo. Devido à vasta diferenciação dos fatores que caracterizam este conceito inerente ao fenómeno económico do lado da oferta, a sua regulamentação levaria, inequivocamente, a uma impreterível discricionariedade na sua execução. Assim, é compreensível que seja desenvolvido um novo elemento de conexão

³¹ Mphoa, 2022, p. 11.

³² Mphoa, 2022, p. 17.

³³ Andrade, 2022, p. 7.

³⁴ Michel, 2021, p. 3.

³⁵ Andrade, 2022, p. 7.

³⁶ Andrade, 2021, p. 5.

³⁷ Tradução da nossa responsabilidade.

³⁸ Andrade, 2021, p. 5.

que justifique a atribuição de legitimidade tributária ao Estado da Fonte com base na procura de bens ou serviços³⁹.

2.4.2 Incidência objetiva – a definição de serviços digitais automatizados.

A aplicação do art. 12.º-B parte da definição geral de SDA, nos termos do § 5, definindo a prestação como “qualquer serviço prestado na Internet ou noutra rede eletrónica, em ambos os casos exigindo o mínimo envolvimento humano do prestador de serviços”⁴⁰. De seguida, apresenta-se a lista positiva prevista no § 6, que prevê a inclusão dos seguintes serviços⁴¹:

- Serviços de publicidade online;
- Fornecimento de dados do utilizador;
- Motores de busca online;
- Serviços de plataformas de intermediação online;
- Plataformas de media social;
- Serviços de conteúdo digital;
- Jogo online;
- Serviços de computação em nuvem; e
- Serviços de ensino online padronizados.

Os serviços enumerados no preceito legal são representações meramente exemplificativas daqueles que podem configurar-se como SDA. Não se pretende indicar, através da lista estabelecida, que os serviços aqui incluídos se constituem automaticamente como SDA, porque o critério fundamental consiste sempre no cumprimento dos requisitos previstos na definição geral consagrada no § 5.

Por último, atende-se à regra de conflito negativo prevista no § 7, que afasta a aplicação do art. 12.º-B quando os pagamentos subjacentes à receita de SDA forem qualificados como “royalties” ou “remunerações por serviços técnicos”, nos termos dos artigos 12.º e 12.º-A da CM da ONU, respetivamente.

De forma a evitar apreciações incorretas do âmbito de aplicação das normas que regem a tributação dos SDA, o Comentário disponibiliza uma lista negativa⁴². Esta dinâmica de iniciar a sujeição ao regime previsto para a tributação dos rendimentos provenientes de SDA a partir de uma definição geral permite abranger todos os casos que

³⁹ Andrade, 2021, p. 6.

⁴⁰ Tradução da nossa responsabilidade.

⁴¹ Redação utilizada na norma, na sua tradução para a língua portuguesa.

⁴² Comentário ao Art. 12.º-B da CM da ONU (2021), pp. 462-466.

não estão previstos nas disposições, bem como outros negócios que possam surgir no futuro⁴³, criando a capacidade de acompanhar a rápida evolução dos negócios digitais⁴⁴.

No entanto, também constitui uma desvantagem, pois pode suscitar dúvidas quanto à qualificação de determinadas atividades económicas. Neste sentido, é imperativo realçar a importância do Comentário ao art. 12.º-B enquanto *soft law* a ser utilizada pelos Estados Contratantes por concretizar e especificar as atividades económicas que podem ser englobadas na definição de SDA, amenizando possíveis desentendimentos quanto à definição deste tipo de serviços.

2.4.3 *Modus operandi*

O art. 12.º-B estabelece, em primeira linha, que o Estado de Residência pode tributar os rendimentos provenientes de SDA e, de seguida, atribui legitimidade tributária ao Estado da Fonte sobre o rendimento dele proveniente. No entanto, o funcionamento do regime normativo depende da vontade do sujeito passivo, consoante este prefira optar pela tributação do rendimento bruto ou líquido⁴⁵.

Concretizando, o art. 12.º-B cria a possibilidade de o Estado da Fonte tributar o rendimento bruto proveniente de SDA através de uma taxa a ser acordada entre os Estados Contratantes⁴⁶, que deve estar contida no intervalo entre 3% e 4%, de acordo com as recomendações presentes no Comentário ao art. 12.º-B⁴⁷. O dever de cumprir a obrigação tributária pertence ao pagador do serviço.

Por sua vez, o § 3 do art. 12.º-B estabelece a possibilidade de optar pela tributação líquida dos rendimentos provenientes de DAS, de acordo com a legislação interna do Estado da Fonte. O regime cria uma presunção dos custos suportados pelos agentes económicos que disponibilizam estes serviços, considerando que, ao exercer a opção estabelecida no § 3, o rendimento líquido corresponde, em suma, à seguinte fórmula:

$$\text{Rendimento Líquido} = \text{Rendimento total do segmento de SDA} \times \text{Índice de Lucratividade} \times 30\%$$

Assim, ao invés de incluir os custos associados à obtenção de rendimentos provenientes de SDA, o regime previsto no § 3 pressupõe a aplicação do índice de lucratividade ao rendimento total do segmento de SDA como o primeiro passo para o apuramento do rendimento líquido. Relativamente a este índice, o § 3 do art. 12.º-B estabelece regras relativamente ao rácio a ser utilizado nas seguintes situações:

⁴³ Andrade, 2021, p. 11.

⁴⁴ Andrade, 2022, p. 12.

⁴⁵ Andrade, 2021, p. 3.

⁴⁶ Mphoa, 2022, n.º 5, p. 9.

⁴⁷ Cfr. § 28 do Comentário ao Art. 12.º-B da CM da ONU (2021), p. 444.

- No caso de o beneficiário efetivo não organizar o rendimento proveniente de SDA de forma segmentada deve ser aplicado o índice de lucratividade geral;
- No caso de o beneficiário efetivo pertencer a uma entidade multinacional deve ser utilizado o índice de lucratividade do segmento de atividade relativo aos rendimentos provenientes de SDA no caso de este ser superior ao índice de lucratividade do beneficiário efetivo.

No entanto, se a informação sobre os índices referidos anteriormente não estiver disponível para os Estados Contratantes, não é possível exercer a opção prevista no § 3, pelo que os agentes económicos ficam obrigatoriamente sujeitos à tributação pelo rendimento bruto.

De acordo com o Comentário⁴⁸, o índice de lucratividade corresponde ao lucro anual dividido pela receita anual, de acordo com as demonstrações financeiras consolidadas do segmento dos SDA do beneficiário efetivo ou da entidade multinacional da qual faz parte. Em princípio, a não ser que seja acordado de outra forma pelos Estados Contratantes, o lucro a considerar no cálculo do índice a utilizar deverá ser o lucro calculado antes do pagamento de impostos. O Comentário⁴⁹ indica que devem ser feitos alguns ajustamentos, como, por exemplo, a exclusão de despesas relacionadas com imposto sobre o rendimento, a exclusão de receita proveniente de dividendos, a exclusão de ganhos (ou perdas) relacionados com ações, a incorporação de despesas não dedutíveis para fins de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas por motivos de política pública, etc.

O valor a pagar deverá ser cobrado através da retenção na fonte. No entanto, o art. 12.º-B é aplicável a transações B2B e B2C, pelo que a maior amplitude do escopo de aplicação deve traduzir-se, naturalmente, na necessidade de abranger um maior número de entidades para assumir o papel de agentes de retenção.

Tendo em conta a dificuldade inerente à atribuição desta responsabilidade a indivíduos particulares, a inclusão de entidades intermediárias como instituições financeiras no procedimento fiscal é imprescindível, devendo estas ter um papel principal na retenção do valor a pagar a título de impostos sobre o rendimento proveniente de SDA. Contudo, a designação destes agentes depende do desenvolvimento legislativo doméstico dos Estados Contratantes, sem o qual a aplicação do art. 12.º-B seria inconcebível.

Teoricamente, este regime é simples e de fácil cumprimento, principalmente em transações B2B, em que o dever de retenção deve recair sobre o pagador. A maior dificuldade está na administração do imposto nas transações B2C, uma vez que,

⁴⁸ Cfr. § 47 do Comentário ao Art. 12.º-B da CM da ONU (2021), p. 452.

⁴⁹ Cfr. § 47 do Comentário ao Art. 12.º-B da CM da ONU (2021), p. 452.

normalmente, são as instituições financeiras e outros intermediários no pagamento que estão encarregues de cumprir este dever.

3. Os défices normativos do Art. 12.º-B

3.1 As críticas do Comité de Peritos em Cooperação Internacional sobre Matéria Fiscal

3.1.1 O nexu tributário e a aplicação do regime

Alguns membros do Comité não concordaram com a atribuição de legitimidade tributária ao Estado da Fonte com base na habilidade de finalizar contratos de prestação de serviços sem o auxílio de um EE, de uma base física ou pela intermediação de um agente, por medo de influenciar a prossecução de atividades transfronteiriças e configurar uma barreira de entrada no mercado digital para novos agentes económicos⁵⁰. Estes membros consideram que não há fundamento para alocar o poder tributário com base nas vendas e que a receita gerada não justifica a necessidade de atribuir ao Estado da Fonte a competência fiscal sobre os rendimentos nele gerados⁵¹.

No entanto, o nexu tributário desenvolvido no preceito normativo em crise não é inédito (no contexto da CM da ONU) nem inteiramente inovador (no contexto do direito fiscal internacional)⁵². De facto, o art. 12.º-A da CM da ONU⁵³, incorporado em 2017, prevê a atribuição da legitimidade tributária com base na localização do pagador⁵⁴, pelo que o art. 12.º-B segue, até certo ponto, a mesma estrutura⁵⁵.

A tributação dos rendimentos provenientes de SDA pode levar ao aumento do preço dos respetivos serviços devido à presumível transferência do encargo financeiro associado ao pagamento do imposto para o consumidor⁵⁶. Ademais, outra preocupação apresentada pelos membros do Comité consiste na eventual dupla tributação devido à aplicação do regime previsto no art. 12.º-B ao rendimento rotineiro⁵⁷.

Ao estabelecer que a jurisdição onde surge o rendimento proveniente de SDA pode tributar, outra preocupação assinalada pelos membros do Comité resulta da desconsideração do valor criado pela recolha de dados dos utilizadores de serviços digitais⁵⁸. De facto, o desprestígio, por exemplo, do local do utilizador dos serviços na atribuição da legitimidade tributária reduz consideravelmente o número de jurisdições

⁵⁰ Andrade, 2022, p. 8.

⁵¹ Cfr. § 8 do Comentário ao Art. 12.º-B da CM da ONU (2021), p. 437.

⁵² Moreno, 2021, p. 515.

⁵³ Melhor desenvolvido adiante, secção 3.2.

⁵⁴ Cfr. § 1 do Comentário ao Art. 12.º-A da CM da ONU (2021), p. 389.

⁵⁵ Moreno, 2021, p. 503.

⁵⁶ Cfr. § 15 do Comentário ao Art. 12.º-B da CM da ONU (2021), p. 440.

⁵⁷ Cfr. § 45 do Comentário ao Art. 12.º-B da CM da ONU (2021), p. 452.

⁵⁸ Cfr. § 10 do Comentário ao Art. 12.º-B da CM da ONU (2021), p. 437.

que poderiam beneficiar da obtenção de receita adicional através da aplicação do art. 12.^o-B.⁵⁹

Contudo, a redução do número de jurisdições que poderiam ter legitimidade tributária, devido à aplicação do nexo do art. 12.^o-B, não deve ser considerada como uma desvantagem. A esta crítica está subjacente a ideia de criar um nexo abrangente, mas a lei fiscal tem de ser justa e precisa, isto é, não pode ser excessivamente ampla no intuito de criar maiores possibilidades tributárias para um grande número de países. O nexo criado pelo artigo da ONU é, em nossa opinião, justo e desprovido de complexidade relativamente à sua aplicação.

Por outro lado, a proposta apresentada pela CM da ONU relativamente à tributação de rendimentos provenientes de SDA não é infalível, pois existe uma considerável margem de manobra para evitar o pagamento de imposto numa determinada jurisdição. Ao estudar a aplicação de um regime, é essencial garantir que o mesmo beneficia de uma certa robustez no combate contra a elisão fiscal, isto é, há uma importância considerável em desenvolver um sistema que não é facilmente contornável pelos sujeitos passivos, de modo a assegurar a relevância da legislação fiscal.

Neste sentido, a dificuldade de evasão está diretamente relacionada com a capacidade administrativa dos Estados Contratantes. No entanto, atendendo às características da economia digital, a começar pela dependência de ativos intangíveis e pelos modelos de negócio ainda em expansão, a monitorização da atividade dos sujeitos passivos, nomeadamente dos agentes económicos, quanto ao cumprimento das obrigações fiscais, é especialmente morosa para as Autoridades Tributárias dos Estados Contratantes⁶⁰.

Ademais, o âmbito de aplicação do regime previsto no art. 12.^o-B é mais restrito do que outras propostas, nomeadamente o Pilar I, limitando-se à tributação dos SDA. Desta forma, exclui do seu escopo, de forma notável, a venda online de bens ou serviços que não se enquadrem na definição de SDA, ou seja, os *consumer-facing businesses* (CFB)⁶¹. Esta consideração qualifica o art. 12.^o-B como uma *ring-fence proposal*, isto é, uma proposta que pode levar à criação de uma barreira virtual que conduz à segregação de um determinado grupo de agentes económicos em relação aos restantes. Ademais, esta limitação evidencia não só uma clara diminuição da eventual receita fiscal adquirida pelos Estados Contratantes, como também um possível defeito no combate aos desafios na era digital.

Aliás, outro problema consiste na eventualidade de um Estado aplicar um imposto sobre a tributação do consumo digital. Nesta situação, o Estado corre o risco de, com o

⁵⁹ Andrade, 2021, p. 26.

⁶⁰ Neste sentido, Mphoa, 2022, p. 16.

⁶¹ Michel, 2021, p. 2.

mesmo objetivo fiscal, duplicar desnecessariamente os métodos utilizados na tributação de SDA.

No entanto, a exclusão dos CFB não se revela como inteiramente despropositada por parte da ONU. Primeiramente, e ao contrário dos SDA, os pagamentos efetuados no âmbito de CFB não evidenciam um grande potencial de erosão da base tributável, pois os consumidores utilizam o seu rendimento líquido para adquiri-los. No contexto das transações B2B, os pagamentos de SDA são dedutíveis na base tributária no Estado onde se encontra o pagador. Assim, a redução da base no Estado da Fonte será compensada pelo imposto a pagar nesse Estado em relação aos pagamentos de SDA⁶².

De seguida, é inusitado considerar, prematuramente, que a exclusão dos CFB engloba toda a atividade dos retalhistas online. De facto, estão fora do escopo do art. 12.º-B as receitas provenientes da venda de produtos para consumo que pertencem ao retalhista online e são vendidas através da sua plataforma. Porém, os rendimentos auferidos no âmbito de comissões relacionadas com a venda no mercado digital e os que derivam de operações paralelas ao negócio principal, como a publicidade online, os serviços de *streaming* e os serviços de computação em nuvem, estão incluídos no regime de tributação dos SDA⁶³.

3.1.2 A solução através de uma medida bilateral

Mesmo reconhecendo que os novos modelos de negócio originados pela economia digital denunciam a inadequação dos conceitos fiscais tradicionalmente utilizados, alguns membros do Comité julgam que a solução ideal se traduz numa resposta multilateral em detrimento de um acordo bilateral. Deve atender-se, ainda, às dificuldades de relacionamento que surgirão no caso de ser implementado um acordo multinacional que confronte com o regime previsto na CM da ONU⁶⁴.

De facto, devido ao tempo a prescindir, aos custos a suportar e aos recursos humanos necessários, a concretização da medida prevista no art. 12.º-B através de uma convenção bilateral é morosa, menos eficaz⁶⁵ e longe de influenciar, de forma imediata, a economia digital global⁶⁶, devido à morosidade inerente ao período de negociação e inclusão da cláusula nos tratados. Em contrapartida, estas negociações podem ser iniciadas com as jurisdições onde residem os prestadores de SDA, nomeadamente aquelas que não se comprometeram a aplicar uma convenção multilateral a regular a mesma matéria fiscal⁶⁷. Na verdade, existe, efetivamente, um maior incentivo em

⁶² Michel, 2021, p. 2.

⁶³ Michel, 2021, p. 2.

⁶⁴ Cfr. § 9 do Comentário ao Art. 12.º-B da CM da ONU (2021), p. 437.

⁶⁵ Astuti, 2020, p. 727.

⁶⁶ Michel, 2021, p. 4.

⁶⁷ Astuti, 2020, p. 728.

introduzir o art. 12.^o-B em convenções bilaterais com outras jurisdições que ocuparão, presumivelmente, a posição de Estado de residência do sujeito passivo⁶⁸.

3.1.3 A definição insuficiente dos termos utilizados

O regime estabelecido no art. 12.^o-B é composto por vários conceitos que, na opinião de alguns membros do Comité, não são claros nem estão suficientemente esclarecidos no texto do Comentário da CM da ONU, permitindo uma arbitrariedade excessiva na definição destes termos por parte da legislação interna dos Estados⁶⁹.

De facto, não obstante a simplicidade estabelecida pelo regime de tributação dos rendimentos provenientes de SDA, existe uma manifesta falta de clarificação dos termos utilizados, como, entre outros, o requerimento do '*mínimo envolvimento humano*'. Isto pode, sem dúvida, configurar-se num conflito grave entre os contribuintes e as autoridades fiscais. A relação contratual entre o fornecedor e o cliente não é sempre elucidativa neste aspeto, uma vez que, para certos modelos de negócio digitais, como, por exemplo, jogos online ou serviços de computação em nuvem, a quantificação do envolvimento humano na prestação do serviço não é facilmente diagnosticável⁷⁰.

A necessidade de clarificação acima desenvolvida passa, também, pela criação de um conjunto de orientações que configuram um modelo legislativo a ser adotado pelos Estados Contratantes de forma a facilitar a administração do imposto desenvolvido na CM, nomeadamente o regime de tributação previsto no § 3 do art. 12.^o-B, ou seja, a opção pela tributação líquida dos rendimentos provenientes de SDA⁷¹.

3.1.4 A desconsideração pelas despesas incorridas na tributação bruta dos rendimentos

Para além dos problemas administrativos⁷² associados à opção pela tributação líquida dos rendimentos, outro problema anunciado pelo Comité consiste na possibilidade de tributação excessiva da receita em termos brutos⁷³.

Este constrangimento criado pelo art. 12.^o-B manifesta-se, em particular, devido ao facto de a regra de tributação prevista no § 2 do art. 12.^o-B atender ao rendimento bruto dos sujeitos passivos.

O § 2 prevê a tributação de rendimentos provenientes de SDA pelo seu valor bruto. Parece-nos evidente que, mesmo considerando a vantagem da simplicidade criada pela regra estabelecida, a tributação pelo rendimento bruto representa uma injustiça

⁶⁸ Collier, Devereux & Vella, 2021, p. 431.

⁶⁹ Cfr. § 12 do Comentário ao Art. 12.^o-B da CM da ONU (2021), p. 438.

⁷⁰ Mphoa, 2022, p. 13.

⁷¹ Cfr. § 12 do Comentário ao Art. 12.^o-B da CM da ONU (2021), p. 438.

⁷² *Supra* identificados e *infra* explorados.

⁷³ Cfr. § 13 do Comentário ao Art. 12.^o-B da CM da ONU (2021), p. 439.

intolerável para os sujeitos passivos que suportarão o encargo fiscal pela obtenção de rendimentos provenientes de SDA.

É fácil compreender que a desconsideração, pela legislação fiscal, das diferentes margens de lucro associadas a diversos modelos de negócio se traduz, presumivelmente, em situações desiguais e injustas, não se justificando, por norma, esta omissão nos acordos bilaterais celebrados entre os Estados Contratantes, sendo que este entendimento pode ter lugar quando a obtenção de rendimentos não implica custos significativos, como é o caso dos *royalties*. Ora, no caso dos rendimentos provenientes de prestações de serviços, é difícil considerar que a tributação pelo rendimento bruto é justificável⁷⁴.

Nos impostos sobre o rendimento, sobre as pessoas singulares ou coletivas, atende-se sempre à tributação do rendimento real, estabelecendo normas que permitem a dedução de custos suportados no prosseguimento da obtenção desses rendimentos através de uma relação causal entre o encargo suportado e o rendimento auferido. Assim, é possível apurar o valor do rendimento que será efetivamente tributado, atendendo às despesas efetuadas. Neste sentido, o § 2 do art. 12.º-B apresenta-se como uma possível violação dos princípios de direito fiscal, ao estabelecer que o rendimento tributável é definido sem ter em conta os custos suportados na sua obtenção.

É imperativo recordar que o § 3 do art. 12.º-B estabelece a possibilidade de tributação dos rendimentos líquidos, através da aplicação da fórmula prevista no preceito legal. Nessa hipótese, o rendimento tributável consiste em 30% do total dos rendimentos provenientes de SDA após a aplicação de um rácio de rentabilidade. No entanto, mesmo tendo em conta que esta hipótese é mais compatível com os princípios fundamentais do direito fiscal, nomeadamente a tributação pelo lucro real, esta medida parece ser injusta, devido à forte probabilidade de levar a casos de tributação excessiva ou insuficiente.

Além disso, também existe uma forte probabilidade de criar situações de dupla tributação que devem ser atendidas, nomeadamente no caso de o sujeito passivo ser tributado no Estado da Fonte pelo rendimento bruto e, mais tarde, no Estado de Residência pelo rendimento líquido, havendo a possibilidade de não ser estabelecido uma mitigação para a parte do rendimento não isenta de imposto que pode ser transportada entre os Estados Contratantes⁷⁵.

No entanto, tal como no caso dos artigos 10.º, 11.º, 12.º e 12.º-A da CM da ONU, o § 2 do seu art. 23.º-A indica que o Estado de Residência deverá fornecer ao sujeito passivo um crédito de imposto igual ao montante pago no Estado da Fonte, sendo que a

⁷⁴ Moreno, 2021, p. 526.

⁷⁵ Mphoa, 2022, p. 14.

dedução não pode ser superior à parte do imposto, calculado antes da dedução, que corresponde aos rendimentos que podem ser tributados nesse último Estado. Desta forma, seria desnecessário desenvolver um novo esquema para evitar a dupla tributação proveniente da aplicação deste regime⁷⁶.

Estas considerações apontam para a importância da cooperação dos Estados Contratantes na negociação bilateral dos tratados e para a promoção da convergência internacional das convenções celebradas ao abrigo da CM da ONU no sentido de combater os desafios da tributação na era digital.

3.1.5 O encargo para as administrações fiscais e para o consumidor final

A composição do regime previsto no art. 12.º-B pode presumivelmente implicar encargos acrescidos para as administrações fiscais, devido, nomeadamente, ao facto de, por um lado, não estabelecer um limite mínimo de aplicação e, por outro, englobar as transações B2C⁷⁷.

Primeiramente, o regime previsto no art. 12.º-B da CM da ONU não estabelece um limite mínimo como critério para aplicação do mesmo. Isto permite uma maior abrangência em comparação com outras propostas apresentadas para o combate dos desafios da tributação na era digital, mas pode ser prejudicial para *start-ups* e PME, pois o encargo em *compliance* para estes agentes económicos é desproporcional quando comparado com o de uma entidade multinacional, configurando-se numa possível barreira à entrada de novas empresas num determinado mercado já dominado por sociedades de grande dimensão.

A ausência de um *threshold* mínimo que defina a aplicabilidade do regime de tributação em crise potencia a criação de um ónus excessivo para as administrações fiscais. Esta maior abrangência, que, além de tudo, engloba agentes económicos que podem não organizar a sua atividade através de demonstrações financeiras consolidadas, consubstancia-se num verdadeiro tormento, atendendo à necessidade de fiscalização do regime proposto.

De forma a solucionar este problema, os Estados Contratantes podem optar pela disposição alternativa indicada no Comentário à CM da ONU⁷⁸, estabelecendo, no § 2 do art. 12.º-B, um limite mínimo de sujeição ao regime de tributação de rendimentos provenientes de SDA. Esta possibilidade constitui uma proteção adicional aos sujeitos passivos com menor rendimento ou que tenham entrado recentemente no respetivo mercado.

⁷⁶ Andrade, 2021, p. 19.

⁷⁷ Cfr. § 14 do Comentário ao Art. 12.º-B da CM da ONU (2021), p. 439.

⁷⁸ Cfr. § 26 do Comentário ao Art. 12.º-B da CM da ONU (2021), p. 443.

De seguida, o regime previsto no art. 12.º-B beneficia da simplicidade na determinação do imposto a pagar, adotando um método baseado no rendimento bruto com a opção de tributação pelo rendimento líquido, mas existem desafios relativamente à envolvente prática da administração do preceito normativo no que respeita, principalmente, a situações B2C. Isto porque não está previsto nenhum incentivo ou sistema que permita a cobrança do imposto por parte dos consumidores finais.

Ademais, teriam de ser estes a aplicar as correspondentes taxas de acordo com a legislação aplicável pelo respetivo tratado. Ora, não se pode exigir esta responsabilidade dos consumidores, até porque também levaria ao aumento do trabalho das administrações tributárias devido ao esclarecimento que teriam de prestar aos consumidores, consubstanciando-se num encargo adicional que não se justifica.

Por sua vez, nas situações B2B, a monitorização do regime pode aproveitar o sistema de retenção na fonte, ou seja, o adquirente do serviço fica encarregue de entregar o imposto devido ao Estado da Fonte, de acordo com as regras estabelecidas no Tratado.

Para mitigar o problema inerente à administração do imposto nas situações B2C é possível considerar, por exemplo, o envolvimento das instituições financeiras e das plataformas digitais como forma de reduzir o encargo financeiro associado ao funcionamento do regime em análise e ao cumprimento dos deveres tributários nele previstos. Isto é essencial para evitar a dificuldade no controlo dos pagamentos efetuados no âmbito da aquisição de SDA em que os sujeitos privados atuam como agentes de retenção. Neste sentido, é possível emitir um conjunto de diretrizes que permitem a padronização e regulamentação por parte dos Estados Contratantes.

A importância de distribuir, de forma racional e proporcional, o ónus dos agentes de retenção em concordância com as funções que lhes são exigidas, e de forma a não perturbar ou reprimir o exercício da atividade económica, é notória⁷⁹. Pretende-se, com isto, desenvolver uma relação entre os sujeitos passivos e as administrações tributárias que previna o comprometimento com encargos de fiscalização e monitorização do funcionamento do tributo de valor superior à receita adquirida.

Deve atender-se à possibilidade de o valor a pagar no âmbito da tributação dos rendimentos provenientes de SDA vir a ser financeiramente suportado pelos contribuintes, ficando estes no papel de sujeitos passivos de facto, através do possível impacto no preço dos serviços condicionados pelo mesmo. Esta hipotética tendência pode ser mitigada ao fixar uma taxa de retenção na fonte quase impercetível, ao ponto de não justificar nenhuma alteração no valor final dos serviços, ou através da possibilidade de optar pela tributação com base no rendimento líquido.

⁷⁹ Andrade, 2021, p. 14.

No entanto, não é possível determinar se estas medidas seriam suficientes para impedir a ocorrência de efeitos indesejados na economia.

3.2 A desconformidade com o regime de tributação das remunerações devidas por serviços técnicos

3.2.1 Nota introdutória sobre o art. 12.º-A da CM da ONU

De acordo com o regime previsto no art. 12.º-A da CM da ONU, um Estado tem a possibilidade de tributar os rendimentos provenientes de remunerações (ou honorários) recebidas a título de serviços técnicos pagos por um residente nessa jurisdição, ou por um não residente que detenha um EE ou base fixa nesse Estado através do qual suporta esses pagamentos, sem ser necessário que os serviços sejam prestados no seu território. Neste âmbito, as remunerações são definidas como pagamentos relativos a serviços técnicos, de gestão ou de consultoria⁸⁰.

Este preceito normativo, introduzido na CM da ONU em 2017, atribui legitimidade tributária ao Estado da Fonte com base na localização do pagador dos serviços, sem ser necessário existir um EE ou qualquer outro elemento físico a partir do qual os serviços são prestados nessa jurisdição. Esta consideração anunciou uma verdadeira mudança no paradigma normativo associado ao combate contra os desafios da economia digital ao descartar a exigência de um elemento físico na atribuição do poder tributário ao Estado da Fonte⁸¹.

De facto, o art. 12.º-B, posteriormente acrescentado à CM da ONU, apresenta uma estrutura bastante semelhante ao art. 12.º-A, com apenas algumas diferenças que se explorarão nesta secção. Isto porque, com efeito, a análise debruçada sobre as assimetrias criadas pelos regimes é pertinente para reconhecer a extensão dos défices normativos associados à tributação dos SDA.

3.2.2 A interpretação restritiva do art. 12.º-A

A necessidade de introduzir um novo regime de tributação para SDA advém da falta de legislação fiscal sobre o respetivo rendimento. No entanto, essa ausência deve-se, pelo menos em parte, à interpretação restritiva do âmbito de aplicação objetivo do art. 12.º-A formulada pelo Comentário da CM da ONU. A definição de remunerações por serviços técnicos (doravante RST) está prevista no § 3 do art. 12.º-A, sendo que o Comentário afasta qualquer tipo de referência à legislação interna dos Estados

⁸⁰ Cfr. § 1 do Comentário ao Art. 12.º-A da CM da ONU (2021), p. 389.

⁸¹ Moreno, 2021, p. 5.

Contratantes⁸². No entanto, a definição elaborada parece ser insuficiente para clarificar os serviços englobados pelo regime.

De acordo com o § 3 do art. 12.º-A, “[o] termo ‘remunerações por serviços técnicos’, conforme usado neste Artigo, significa qualquer pagamento em contraprestação por qualquer serviço de natureza gerencial, técnica ou de consultoria”⁸³. No entanto, o regime abstém-se de definir a natureza inerente aos serviços nele englobados. O Comentário estabelece, somente, como critério fundamental o envolvimento, na prestação de serviços, de conhecimento especializado, habilidade ou experiência que é aproveitada pelo cliente⁸⁴. É este fator que providencia a exclusão dos serviços de natureza rotineira na aplicação do art. 12.º-A.

De facto, parece ser possível argumentar que um serviço rotineiro (e, por acréscimo, um serviço automatizado) também pode envolver um conhecimento especializado – uma certa habilidade ou experiência – que é exercido em nome do cliente através da prestação do serviço. Uma determinada entidade faz, certamente, uso do seu conhecimento e da sua técnica e experiência para criar algoritmos e plataformas digitais necessárias para a prestação de serviços automatizados, seja de forma imediata ou através de outros meios tecnológicos⁸⁵.

Desta forma, parece que o Comité encontrou uma solução apropriada para combater os desafios provenientes da era digital, ao criar uma norma fiscal que atribui o poder tributário com base na localização do pagador, mas optou por excluir os SDA do âmbito de aplicação do art. 12.º-A. Isto porque, devido ao escasso esclarecimento sobre o âmbito de aplicação objetivo do regime de tributação de RST, o conceito de SDA identifica-se com a definição apresentada no art. 12.º-A. Ao relegar a tributação de SDA para um regime próprio, o Comité gera assimetrias inconvenientes e injustificadas entre os artigos 12.º-A e 12.º-B, o que é particularmente inoportuno para os Estados Contratantes que pretendam estabelecer uma CDT sobre este tipo de rendimentos⁸⁶. Ao insistir no tratamento diferenciado entre a tributação de rendimentos provenientes de RST e de SDA, o Comité exacerba as dificuldades associadas à interpretação restritiva do art. 12.º-A ao pressionar o critério da personalização do serviço.

Ademais, a definição de SDA, ao requerer o mínimo envolvimento humano na prestação do serviço, apresenta, aparentemente, uma delimitação com a definição de serviços técnicos. No entanto, a efetiva determinação deste critério na prática é complicada, tendo em conta que o Comentário carece de uma explicação detalhada sobre

⁸² Cfr. § 68 do Comentário ao art. 12.º-A da CM da ONU (2021), p. 412.

⁸³ Tradução da nossa responsabilidade.

⁸⁴ Cfr. § 62 do Comentário ao art. 12.º-A da CM da ONU (2021), p. 411.

⁸⁵ Neste sentido, Moreno, 2021, p. 509.

⁸⁶ Moreno, 2021, p. 516.

o critério em crise⁸⁷, usando expressões particularmente vagas como “limitada intervenção humana”⁸⁸ ou “personalização significativa”⁸⁹. Outrossim, parece estranha a necessidade de incluir uma norma de sujeição negativa presente no § 7 do art. 12.º-B, que impede a aplicação do regime no caso de o rendimento ser considerado proveniente de RST. Isto porque, de acordo com a intenção dos regimes, parece que existe uma exclusividade inerente aos conceitos de serviços técnicos e SDA que revela a desnecessidade de criar uma separação entre os mesmos. No entanto, o esclarecimento do § 7 do art. 12.º-B sugere o contrário⁹⁰.

Outras contradições surgem na lista negativa de serviços apresentada pelo Comentário⁹¹, ao prever a exclusão de “serviços profissionais personalizados” e de “serviços de ensino online personalizados”, serviços que, por natureza, são adaptados às necessidades de cada cliente mediante as especificações requisitadas pelo próprio. No entanto, o Comentário ao art. 12.º-A indica que alguns destes serviços, ainda que personalizáveis, podem ser prestados de forma rotineira, pelo que devem ser excluídos do âmbito de aplicação do respetivo preceito normativo. Assim, parece ser inadequado considerar que os serviços profissionais estão nitidamente excluídos do âmbito de aplicação do art. 12.º-B⁹². De facto, essa exclusão apenas pode ser justificada ao considerar que os serviços profissionais requerem um envolvimento humano suficientemente expressivo para afastar a sua inclusão na definição de SDA⁹³. Mesmo tendo em conta o rápido desenvolvimento da automatização de atividades profissionais⁹⁴, a necessidade de estabelecer o grau mínimo de desenvolvimento humano para concretizar a definição de SDA é impreterível, sendo a sua inexatidão um problema por ultrapassar⁹⁵.

Adiante, o comentário estabelece que a obtenção de um resultado personalizado através da manipulação das definições específicas de um determinado sistema automatizado não provoca, automaticamente, a desconsideração do mesmo como sendo um SDA⁹⁶. Esta ideia, aliada à indicação de que os serviços de computação em nuvem podem requerer uma configuração específica para atender às necessidades do cliente,

⁸⁷ Moreno, 2021, p. 518.

⁸⁸ Cfr. § 53 do Comentário ao art. 12.º-B da CM da ONU (2021), p. 455. Tradução da nossa responsabilidade. Em inglês: “minimal human intervention”.

⁸⁹ Cfr. § 58, alínea (i), do Comentário ao art. 12.º-B da CM da ONU (2021), p. 462. Tradução da nossa responsabilidade. Em inglês: “significant customization”.

⁹⁰ Neste sentido, Moreno, 2021, p. 518.

⁹¹ Cfr. § 59 do Comentário ao art. 12.º-B da CM da ONU (2021), p. 462.

⁹² Moreno, 2021, p. 519.

⁹³ Cfr. § 60 do Comentário ao Art. 12.º-B da CM da ONU (2021), p. 463.

⁹⁴ Vide Sampson, 2021, pp. 122-140.

⁹⁵ Moreno, 2021, p. 520.

⁹⁶ Cfr. § 53 do Comentário ao Art. 12.º-B da CM da ONU (2021), p. 454.

menospreza o critério da personalização do serviço enquanto meio disponível na distinção entre a aplicação do art. 12.º-A e do art. 12.º-B⁹⁷.

De seguida, o regime do art. 12.º-B configura, no seu § 6, um conjunto de serviços que, em princípio, podem consubstanciar-se em SDA. No entanto, o Comentário esclarece que a lista apresentada consiste, apenas, numa enumeração meramente exemplificativa, pelo que o critério definido no § 5 deve ser sempre efetivamente atendido⁹⁸. Assim, ao dar prioridade à definição desenvolvida, a lista positiva prevista no § 6 consiste numa exemplificação inútil, que não acrescenta valor ao regime normativo⁹⁹. É difícil perceber a escolha do Comité em optar por acrescentar esta lista positiva, mas submetendo-a sempre à apreciação da definição contida no § 5 do art. 12.º-B, até porque a enumeração não pode, nem deve, ser entendida como presunção de aplicabilidade do regime de tributação¹⁰⁰. No entanto, o Comentário contém uma lista negativa de aplicação do regime¹⁰¹, exhaustivamente clarificada¹⁰², que, efetivamente, delimita a sujeição do regime de tributação ao esclarecer a delimitação do conceito de SDA. Atendendo à sua maior aplicabilidade prática, não se compreende a opção de excluir esta lista negativa na letra do art. 12.º-B.

Relativamente à aplicação do regime de tributação dos rendimentos provenientes de SDA nos contratos mistos, isto é, contratos cujo rendimento não surge exclusivamente deste tipo de serviços, o Comentário indica que o método adequado consiste na discriminação do valor total de acordo com os termos do contrato e aplicar a cada parte o regime fiscal a ela associado¹⁰³. Contudo, este entendimento, além de ser desprovido da simplicidade associada ao regime, não tem em consideração a importância dos diferentes rendimentos obtidos no panorama geral do contrato. A possível solução passa pela adoção do '*princípio auxiliar*', ou seja, se uma das partes do contrato se configura, evidentemente, como o propósito principal, assumindo as restantes partes um carácter meramente acessório e sem grande relevância, o sistema aplicável à totalidade do contrato será o regime ao qual a parte principal está sujeito¹⁰⁴.

Por último, importa considerar a exclusão dos serviços de ensino fornecidos por uma entidade educacional do conceito de serviços técnicos, estabelecida expressamente no § 3 do art. 12.º-A. Este atendimento é pertinente devido à inexistência da mesma exclusão no art. 12.º-B, incluindo, através do Comentário¹⁰⁵, no seu âmbito de aplicação

⁹⁷ Moreno, 2021, p. 520.

⁹⁸ Cfr. § 57 do Comentário ao Art. 12.º-B da CM da ONU (2021), p. 456.

⁹⁹ Moreno, 2021, p. 521.

¹⁰⁰ Moreno, 2021, p. 521.

¹⁰¹ Cfr. § 59 do Comentário ao Art. 12.º-B da CM da ONU (2021), p. 462.

¹⁰² Cfr. § 60 do Comentário ao Art. 12.º-B da CM da ONU (2021), p. 463.

¹⁰³ Cfr. § 66 do Comentário ao Art. 12.º-B da CM da ONU (2021), p. 468.

¹⁰⁴ Cfr. § 11. 6 do Comentário ao Art. 12.º da CM da OCDE (2017), p. 797.

¹⁰⁵ Cfr. § 59, ponto (ix), e § 60 (ii) do Comentário ao Art. 12.º-B da CM da ONU (2021), pp. 462 e 463, respetivamente.

os serviços estandardizados de ensino online. No entanto, atendendo à personalização associada aos serviços em causa, não se compreende, por um lado, a sua inclusão no regime de tributação dos SDA, pois as características associadas compactuam melhor com a definição de serviços técnicos, e, por outro, a haver uma exclusão destes serviços, essa alienação seria compreensível no art. 12.^o-B¹⁰⁶.

3.2.3 A divergência entre as taxas de imposto aplicáveis

Os regimes de tributação previstos nos artigos 12.^o-A e 12.^o-B atribuem à discricionariedade dos Estados Contratantes a possibilidade de estabelecer a taxa de tributação a aplicar ao rendimento tributável. Porém, a viabilidade conferida pode resultar em assimetrias dos valores acordados relativamente aos dois preceitos normativos, o que, a adicionar às dificuldades inerentes à interpretação restrita do art. 12.^o-A, pode levar a divergências no tratamento das transações englobadas.

Existe, ainda, uma desconformidade entre os regimes, pois o Comentário ao art. 12.^o-A, mesmo recomendando a preferência por uma percentagem baixa¹⁰⁷, não faz referência a um determinado intervalo numérico relativo ao valor da taxa a adotar pelos Estados Contratantes, ao contrário do que sucede com o art. 12.^o-B, que estabelece, concretamente, que a taxa adotada deve ser entre 3% e 4%¹⁰⁸. Ademais, o Comentário inclui uma referência à importância de aplicar a mesma taxa de imposto nos regimes previstos nos artigos 12.^o e 12.^o-A¹⁰⁹, mas abstém-se de introduzir a mesma orientação no art. 12.^o-B. Não é apresentada nenhuma justificação para estas divergências, pelo que o Comentário deveria reconhecer a importância da igualização das taxas de imposto aplicáveis nos três regimes supra descritos.

3.2.4 O englobamento das transações B2C

Outra diferença entre os regimes de tributação de rendimentos provenientes de RST e de SDA consiste na aplicação do art. 12.^o-B a transações B2B e B2C, enquanto o art. 12.^o-A exclui as situações B2C. De facto, o Comentário indica que, por um lado, o distanciamento destas situações se deve à incapacidade de erosão da base tributária no Estado de Residência relativamente aos pagamentos de indivíduos para consumo pessoal¹¹⁰, e que, por outro, existem acrescidas dificuldades administrativas associadas à imposição e fiscalização da retenção na fonte¹¹¹. A única justificação para a assimetria

¹⁰⁶ Moreno, 2021, p. 529.

¹⁰⁷ Cfr. § 45 do Comentário ao Art. 12.^o-A da CM da ONU (2021), p. 404.

¹⁰⁸ Cfr. § 4 e § 28 do Comentário ao Art. 12.^o-B da CM da ONU (2021), pp. 435 e 444, respetivamente.

¹⁰⁹ Cfr. § 45 do Comentário ao Art. 12.^o-A da CM da ONU (2021), p. 404.

¹¹⁰ Cfr. § 72 do Comentário ao Art. 12.^o-A da CM da ONU (2021), p. 414.

¹¹¹ Cfr. § 64 do Comentário ao Art. 12.^o-B da CM da ONU (2021), p. 467.

descrita seria a maior eficiência dos mecanismos de retenção adotados para os rendimentos provenientes de SDA em detrimento das receitas adquiridas por RST¹¹².

Neste sentido, o Comentário refere a obrigação, por parte de certas jurisdições, de precisar e pagar o imposto devido pelo prestador de serviços não residente pertencente à entidade financeira envolvida no pagamento dos SDA¹¹³. No entanto, esta opção envolve, por um lado, a implementação e utilização de meios informáticos complexos e, por outro, dificuldades acrescidas na identificação de transações económicas abrangidas pelo dever de retenção¹¹⁴. Assim, se o cumprimento da obrigação fiscal, nas transações B2C, está associado a um dever de retenção por parte das entidades financeiras intermediárias, intimamente dependente da informação disponível, e esse método não é suficientemente satisfatório, não faz sentido alocar-lhes essa responsabilidade pelo facto de, normalmente, os pagamentos associados aos SDA serem realizados através de meios eletrónicos automatizados.

Ademais, o Comentário¹¹⁵, em alternativa, estabelece a obrigação de o prestador de serviços não residente apresentar uma declaração de rendimentos quando haja autoliquidação da obrigação tributária sujeita a fiscalização pela administração fiscal¹¹⁶, o que tem sido bem recebido, não obstante as críticas formuladas contra este modelo nas transações B2C transfronteiriças¹¹⁷.

¹¹² Moreno, 2021, p. 527.

¹¹³ Cfr. § 64 do Comentário ao Art. 12.º-B da CM da ONU (2021), p. 467.

¹¹⁴ National Foreign Trade Council – “Comments on the draft of the U.N. Model Tax Treaty on the digitalization of the economy under Article 12B”, 7/Abril/2021, p. 5, e World Bank Group Staff – “Comments on Proposed UN Article 12B of the UN Model Tax Convention (Automated Digital Services)”, p. 2.

¹¹⁵ Cfr. § 64 do Comentário ao Art. 12.º-B da CM da ONU (2021), p. 467.

¹¹⁶ Há, ainda, a sugestão de fazer uso do mesmo portal que é disponibilizado para a declaração e pagamento do IVA. Neste sentido, World Bank Group Staff – “Comments on Proposed UN Article 12B of the UN Model Tax Convention (Automated Digital Services)”, p. 2.

¹¹⁷ Moreno, 2021, p. 528.

Conclusões

O art. 12.º-B, incorporado na CM da ONU na 22.ª sessão do Comité de Peritos em Cooperação Internacional sobre Matéria Fiscal, legitima um Estado Contratante que tenha adotado este artigo numa convenção bilateral a tributar os lucros empresariais com base na localização do pagador.

Este regime visa, por um lado, combater os desafios da economia digital e, por outro, dar a oportunidade aos países em desenvolvimento de tributar a receita gerada com base num elemento de ligação diferente dos critérios tradicionais relacionados com a presença física numa determinada jurisdição.

Tais critérios não se mostram adequados para responder às adversidades provenientes dos novos modelos de negócio caracterizados pelo aproveitamento das estruturas digitais atualmente desenvolvidas, aproveitando-se das plataformas tecnológicas ao dispor dos consumidores para carrearem a sua atividade sem necessidade de firmar numa determinada jurisdição de forma perceptível.

Esta nova medida revela um maior grau de simplicidade na sua formulação, caracterizando o local onde é efetuado o pagamento como o novo elemento de conexão entre o Estado Contratante onde este ocorre e o poder tributário para aplicar uma taxa de imposto ao rendimento originado.

O art. 12.º-B da CM da ONU permite a tributação, pelo Estado da Fonte, do rendimento bruto proveniente de um pagamento realizado por um residente nessa jurisdição ou suportado por um EE ou base física nela localizada. O preceito normativo prevê, ainda, a opção pela tributação pelo rendimento líquido, sujeitando a receita adquirida a uma fórmula específica para determinar o valor tributável.

Contudo, não obstante as suas vantagens relacionadas com a simplicidade do nexos fiscal, o regime carece, ainda, de algum desenvolvimento normativo de forma a impor-se como método globalmente elegível para estabilizar e afunilar a legislação internacional no confronto contra os desafios originados pela economia digital.

De facto, o regime estabelecido cria a possibilidade de haver excessiva tributação dos rendimentos ao incidir – visando uma maior descomplicação operacional – sobre o valor bruto da receita adquirida.

Mesmo tendo em consideração que o problema pode ser atenuado pela opção de tributação líquida do rendimento, a operação a efetuar não permite a dedução dos custos efetivamente incorridos pelo sujeito passivo. No entanto, este problema pode ser mitigado ao forçar os Estados Contratantes a acordar numa taxa de tributação muito baixa, de forma a não prejudicar as entidades desproporcionalmente afetadas pelo regime.

O art. 12.^o-B não estabelece um limite mínimo de aplicação normativa, o que contribui, também, para o desproporcional impacto do regime de tributação nos agentes económicos, nomeadamente nas PME. Contudo, o Comentário estabelece a possibilidade de os Estados Contratantes estabelecerem um valor mínimo de sujeição, protegendo, assim, as entidades com um menor volume de negócios, como, por exemplo, as *start-ups*.

O preceito normativo inclui uma lista positiva que, na prática, se revela quase inteiramente inútil. Ao considerar que o cumprimento dos requisitos apresentados pela definição geral de SDA é o critério fundamental a utilizar para definir o âmbito de sujeição objetiva do regime, a indicação de uma lista negativa – como é o caso da exposição apresentada no Comentário ao art. 12.^o-B da CM da ONU – mostra-se como uma forma mais adequada para orientar a administração da legislação fiscal.

De seguida, a proposta da ONU não resolve, frontalmente, o problema da administração do regime nas situações B2C, indicando, somente, que existem soluções disponíveis para resolver o problema da fiscalização que devem ser acordadas e aplicadas pelos Estados Contratantes.

Importa, ainda, considerar que a limitada sujeição a SDA configura o regime numa *ring-fenced solution* que põe em causa a capacidade de obtenção de receita dos Estados e compromete o tratamento de situações equiparáveis.

A limitação do âmbito de sujeição aos SDA permite uma maior clareza na aplicação do regime tributação. Contudo, esta intenção está ferida pela insuficiente definição dos conceitos utilizados pelo preceito normativo, que prejudicam a efetiva implementação do regime devido à dificuldade interpretativa do mesmo pelas administrações fiscais e pelos sujeitos passivos.

O cumprimento exímio da intenção inerente à inclusão do art. 12.^o-B enferma de algumas incompatibilidades intrínsecas com o regime de tributação das remunerações devidas por serviços técnicos, previsto no art. 12.^o-A da CM da ONU.

De facto, atendendo à intenção de seguir a estrutura e o nexos do regime primordialmente incorporado na respetiva Convenção, existem múltiplas (e injustificadas) divergências que afetam a aplicabilidade do preceito normativo.

Não se compreende o conforto do Comité pelo meio termo entre o englobamento dos dois regimes (que só não acontece devido a uma interpretação restritiva da definição de serviços técnicos) e a primor concretização da distinção entre o âmbito de aplicação de ambos.

Optando, por um lado, pela divergência, o Comentário à CM da ONU assume, desta forma, a posição importante de, por um lado, fazer a concreta (e coerente) distinção entre os preceitos normativos (promovendo, contudo, a sua harmonizada concomitância) e,

por outro, corrigir os desafios interpretativos associados à exígua caracterização da terminologia que compõe o regime de tributação dos rendimentos provenientes de SDA sem depreciar a sua simplicidade.

Por outro lado, é possível optar pela solução aparentemente simples de englobar os dois regimes de tributação num só ao desconsiderar a restrita interpretação normativa do art. 12.º-A, acabando com o problema da inconsistência ao rejeitar a tributação autónoma dos respetivos rendimentos.

No entanto, na prática, esta opção envolve a acumulação de regimes que são, de certa forma, incompatíveis, devido, nomeadamente, à intenção subjacente do Comité e às suas respetivas características.

Mesmo tendo em consideração a sua inadequada execução, a fragmentação dos rendimentos em artigos distintos parece evidenciar a necessidade de uma interpretação autónoma em relação a cada um deles que se prende com a maior ou menor (ou até inexistente) personalização do serviço.

Ademais, o principal problema consiste na dificuldade associada à administração operacional das situações B2C, que apenas configuram o regime de tributação dos rendimentos provenientes de SDA. O englobamento dos regimes cria esta situação de optar por retirar este tipo de receita ou acrescentar as RST. Esta amálgama traduz-se numa verdadeira desconsideração pelas intenções estabelecidas pelo Comité da ONU, que, em nosso entender, devem ser consideradas.

Assim, a concreta discriminação dos regimes tributários é essencial para reduzir os défices normativos associados ao art. 12.º-B.

De seguida, é claramente perceptível que o nexu tributário é compatível com o objetivo de combater os desafios da era digital e apropriado para requalificar os critérios subjacentes à atribuição da legitimidade tributária.

Não obstante a vantagem do poder discricionário disponibilizado aos Estados Contratantes na promoção dos acordos bilaterais, é necessário aproximar a funcionalidade operacional da proposta estabelecida pela ONU de um quadro-modelo estrutural que permita o fortalecimento administrativo necessário para enquadrar a aplicabilidade do nexu tributário ao nível global.

Este quadro-modelo deve definir, de forma concreta, os meios a adotar pelos Estados Contratantes para a administração do regime normativo nas operações B2C, de forma a forçar uma certa consonância entre os diferentes acordos bilaterais, alcançando, em termos globais, um resultado semelhante a uma medida multilateral.

No caso de Portugal, a adoção do nexu tributário previsto no art. 12.º-B da CM da ONU passa sempre por uma revisão da legislação nacional no sentido de permitir a tributação de rendimentos empresariais provenientes de SDA, mesmo no caso de a

empresa não residente não disponibilizar de um estabelecimento permanente em Portugal. Ao fazer esse alargamento, Portugal introduziria um novo desvio no que se refere às orientações da OCDE, mas asseguraria um alargamento da sua competência tributária como Estado da Fonte, relativamente às situações não cobertas por uma CDT ou relativamente àquelas em que a CDT passe a incluir um dispositivo semelhante ao art. 12.º-B da CM da ONU.

Bibliografia

- ANDRADE, B. (2022). Article 12B: Income from automated digital services (UN Model) – Global Tax Treaty commentaries, *IBFD*.
- ANDRADE, B. (2021). Developing countries and the proposed article 12B of the UN Model: Some known unknowns. *International Tax Studies*, vol. 4, no. 6.
- ASTUTI, M.D. (2020). Three approaches to taxing income from the digital economy – Which is the best for developing countries? *Bulletin for International Taxation*, vol. 74, no. 12.
- BANSAL, R. (2021). Article 12B – A tax treaty solution by the UN Tax Committee for taxing digital incomes. *South Centre: Tax Cooperation Policy Brief*, no. 16. <https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2021/07/Tax-PB-16.pdf>.
- COLLIER, R., DEVEREUX, M.P. & VELLA, J. (2021). Comparing proposals to tax some profit in the market country. *World Tax Journal*, vol. 13, no. 3.
- FERREIRA, B.M. (2022). *O novo Artigo 12B da Convenção Modelo das Nações Unidas sobre Dupla Tributação – Uma proposta válida para a tributação da economia digital?* Tese de Mestrado em Direito Fiscal. Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito.
- MICHEL, B. (2021). Developing countries put their cards on the table in the digital economy tax debate – But is the UN Committee of Experts playing a winning hand? *IBFD*.
- MORENO, A.B. (2021). Because not always B comes after A: Critical reflections on the new Article 12-B of the UN Model on Automated Digital Services, *World Tax Journal*, vol. 13, no. 4.
- MPHOA, J.W. (2022). UN/International – Article 12B of the UN Model (2021): A simplified solution for developing countries to tax income from the digital economy? *Bulletin for International Taxation*, vol. 76, no. 5.
- National Foreign Trade Council (2021). Comments on the draft of the U.N. Model Tax Treaty on the digitalization of the economy under Article 12B, 7/April/2021. <https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2021-04/2021%20NFTC%20UN%20Letter%20on%20Article%2012B%20FINAL.pdf>.
- NOGUEIRA, R. (2017). *Os desafios da economia digital à tributação do rendimento*. Tese de Mestrado em Fiscalidade. Lisboa, Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa.
- PEREIRA, R. (2021). *A tributação na economia digital: Um caminho para a reformulação do imposto sobre o rendimento das empresas*. Tese de Mestrado em Direito. Porto, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito.
- PWC (2021). UN tax committee adopts Article 12B for model treaty rules on digital services. *Tax Policy Alert*. <https://www.pwc.com/gx/en/tax/newsletters/tax-policy-bulletin/assets/pwc-un-tax-committee-adopts-article-12b.pdf>.
- RAWAL, R. (2020). Taxation of digitalized economy: Proposed UN solution. *IBFD Asia-Pacific Tax Bulletin*, vol. 26, no. 3.
- SAMPSON, S.E. (2021). A strategic framework for task automation in professional services. *Journal of Service Research*, vol. 24, no. 1, pp. 122-140.

- SHARMA, K. (2021). The tax sovereignty principle and its peaceful coexistence with Article 12B of the UN Model Tax Convention. *South Centre: Tax Cooperation Policy Brief*, vol. 14. <https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2021/06/Tax-PB-14.pdf>.
- TRIPATHI, A., et al. (2021). Taxation of digitalized economy: Analysing the United Nations Article – the B Solution. *The Dialogue & Economic Laws Practice*. <https://elplaw.in/wp-content/uploads/2021/06/The-Dialogue-Economic-Laws-Practice-Taxation-of-Digitalized-Economy.pdf>.
- World Bank Group Staff (2021). Comments on Proposed UN Article 12B of the UN Model Tax Convention (Automated Digital Services). https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2021-02/2020_1_19_WB%2ostaff%20comments%20on%20UN%20Article%2012B_FINAL.pdf.

Jurisprudência

- ITAT Bengaluru, *Google India Pvt. Ltd. v. Addl. CIT*, de 23 de outubro de 2017.
- ITAT Kolkata, *Right Florist Pvt. Ltd., Kolkata vs Department Of Income*, de 12 de abril de 2013.
- ITAT Mumbai, *Taj TV Ltd. vs ADDIT*, de 5 de julho de 2016.
- ITAT Pune, *EPRSS Prepaid Recharge Services India P. Ltd. v. ITO*, de 24 de outubro de 2018.
- TA Paris, *Google Ireland Ltd. v. Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, de 12 de julho de 2017.



CATOLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DO PORTO



CATOLICA
RESEARCH CENTRE
FOR THE FUTURE OF LAW

PORTO

www.uceditora.ucp.pt