

YEARBOOK

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

VOL. 4

(2021)

DIGITAL

[coordenação] RAQUEL CARVALHO / CATARINA SANTOS BOTELHO



Título YEARBOOK: MESTRADO DA FACULDADE DE DIREITO / ESCOLA DO PORTO
UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
VOL 4 (2021)
Coordenadoras Raquel Carvalho e Catarina Santos Botelho
Coleção Biblioteca de Investigação

© Universidade Católica Editora

Revisão editorial Maria Isabel Dias Ferreira
Capa Olinda Martins
Data outubro 2022

ISBN 9789725409008



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

A Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa atribui, anualmente, a dezenas de estudantes, o grau de mestre em Direito, em sete áreas de especialização, bem como o grau de mestre em Direito e Gestão. Com o intuito de dar visibilidade ao resultado da investigação, a Escola do Porto da Faculdade de Direito tomou a decisão de publicar as dissertações de mestrado que obtiveram as mais elevadas classificações.

Assim, são publicadas, anualmente, as melhores dissertações de mestrado cujas provas se tenham realizado até ao dia 8 de dezembro do ano civil anterior. Esta divulgação permite partilhar investigação de qualidade com a demais comunidade científica. Para além disso, constitui um incentivo para a qualificação da investigação dos mestrandos em Direito e em Direito e Gestão.

É nossa convicção que esta iniciativa contribui para uma profícua partilha de conhecimento e que permite a abertura de uma via dialogante com a comunidade jurídica e a sociedade civil.

O presente número integra vinte e sete dissertações. São apresentadas por ordem alfabética de autor e abarcam áreas tão diversas como o Direito Criminal, o Direito Internacional e Europeu, o Direito da Empresa e dos Negócios, o Direito do Trabalho, o Direito Fiscal, e o Direito Privado.

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

Porto, junho de 2022
Raquel Carvalho
Catarina Santos Botelho

Índice

Escravidão, tráfico de pessoas e burla relativa a trabalho ou emprego: A problemática da sua relação e aplicação em contextos de exploração do trabalho

Adriana Irina da Silva Dias

A discriminação em função do sexo e o princípio da igualdade salarial

Ana Camila Francisco Salgueiro Sucena Marques de Queiroz

Amor pelo trabalho vs. amor no trabalho: uma perspetiva multinível da proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores, no âmbito das relações amorosas no trabalho

Ana Francisca Quarenta de Menezes Montenegro

A legítima dos ascendentes: desadequação do regime e sugestões para a sua mudança

Ana Rita Monteiro Martins Guedes

Gender mainstreaming na narrativa da promoção da igualdade entre mulheres e homens: uma questão de direitos humanos

Ana Sofia de Barros Cortez

A delimitação entre o incitamento ao suicídio de menores e a autoria mediata de homicídio: análise crítica do art. 135.º, n.º 2 do CP

Beatriz Fontoura de Aguiar Pinto

A administração de uma sociedade por uma pessoa coletiva (sociedade comercial)

Catarina Filipa de Sousa Magalhães

Pornografia de menores: o conceito de representação realista de menor e a (i)legitimidade da incriminação

Cristiano Filipe Silva Rodrigues

Uso da força, iminência e direito internacional

David Jonathan Dominguez Ramos

A responsabilidade civil decorrente de acidentes causados por veículos autónomos

Gonçalo Maria Brito e Faro de Almeida Garrett

A comunicação obrigatória de mecanismos de planeamento fiscal e a sua interação com a Cláusula Geral Anti-Abuso

Joana Isabel Gomes Delgado

O conflito entre os interesses de curto prazo dos investidores institucionais e os interesses de longo prazo dos acionistas: a sua relação com a sustentabilidade da empresa

Joana Santos Rodrigues Soares dos Reis

Tributação dos rendimentos gerados pela participação em OIC nacional e estrangeiro: análise comparativa na ótica do participante pessoa singular residente em território português

João Pedro Fernandes Regufe

Da admissibilidade da fiança omnibus: determinabilidade do objeto e boa fé objetiva

José Manuel Jorge de Matos

O conceito de estabelecimento estável para efeitos de IVA: relevância, dificuldades e realizações

Juliana Dias Oliveira Silva

A descolonização intelectual: Albert Camus e o direito à democracia

Maria João Pereira de Melo Tedim Cruz

A aplicação das Convenções sobre Dupla Tributação aos impostos de saída: análise no domínio das pessoas coletivas

Maria Manuela Gonçalves Manso

“Amores” que matam: considerações jurídico-penais sobre os homicídios “passionais”

Mariana Sousa e Cunha

O abuso de posição dominante e a proteção de dados pessoais em mercados digitais: uma análise das barreiras à entrada

Monique Oliveira Aires

Direito à democracia e Direito Internacional

Patrícia Estácio de Lima Corrêa

Novas tecnologias, Big Tech e potenciais violações de Direitos Humanos: o caso dos sistemas de recomendação

Paula Guedes Fernandes da Silva

Será a ATAD válida? A competência da UE ao abrigo do artigo 115.º do TFUE

Pedro Miguel Castro Oliveira

Perda não baseada numa condenação: à luz da transposição da Diretiva 2014/42/UE pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio

Raúl António da Silva Araújo

A substituição de trabalhadores grevistas por meios tecnológicos

Rita Marques Ferreira Nossa

O assassinato de Qassem Soleimani e o Direito Internacional: análise à luz da norma imperativa da proibição da ameaça ou do uso da força

Rita Isabel Maurício Preto

A validade da cláusula compromissória do caso Petrobras à luz do ordenamento jurídico português e brasileiro

Sara Regina de Pádua Andrade

Os “Filhos do Daesh” e a sua proteção internacional

Susana Lima Teixeira

**Escravidão, tráfico de pessoas e burla relativa a trabalho ou
emprego**

**A problemática da sua relação e aplicação em contextos de
exploração do trabalho**

Adriana Irina da Silva Dias

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

Agradecimentos

Aos meus pais, à Íris e ao Hugo, pelo apoio em todos os momentos.

Resumo

Com a presente dissertação, pretende-se analisar a relação entre os crimes de escravidão, tráfico de pessoas e burla relativa a trabalho ou emprego, bem como dar resposta ao problema prático de delimitação do âmbito de aplicação destes crimes quando estejam em causa contextos de exploração do trabalho. Para tal, tendo por base uma investigação doutrinal e jurisprudencial, este estudo inicia-se com a apresentação de uma visão global acerca da evolução de cada uma das referidas incriminações e dos bens jurídicos por elas tutelados, procurando-se, posteriormente, caracterizar o conceito de “exploração do trabalho”, compreender em que situações é que este tipo de exploração se pode configurar como “escravidão”, distinguir os crimes de escravidão e de tráfico de pessoas para fins de exploração do trabalho, analisar a relação concursal entre os crimes de escravidão e de tráfico de pessoas para fins de escravidão e, por fim, dar resposta à questão de saber se, atualmente, é necessária a manutenção do crime de burla relativa a trabalho ou emprego no Código Penal português.

Palavras-chave: escravidão; tráfico de pessoas; burla relativa a trabalho ou emprego; exploração do trabalho.

Abstract

This dissertation intends to analyse the relationship between the crimes of slavery, human trafficking and swindle related to labour, as well as the practical problem of delimiting the scope of these crimes within the context of labour exploitation. To this end, based on a doctrinal and jurisprudential investigation, this study begins with the presentation of a global view on the evolution of each of the aforementioned incriminations and the legal assets they protect. Subsequently, the concept of “labour exploitation” is addressed, to understand in what situations this type of exploitation can be configured as “slavery”, to differentiate the crimes of slavery and human trafficking for the purpose of labour exploitation, to analyse the relationship between the crimes of slavery and human trafficking for the purposes of slavery, and to answer the question of whether, today, it is necessary to maintain the crime of swindle related to work or employment in the Portuguese Criminal Code.

Keywords: slavery; human trafficking; swindle related to work or employment; labour exploitation.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al(s).	Alínea(s)
Art(s).	Artigo(s)
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
Cfr.	Conferir
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
OIT	Organização Internacional do Trabalho
Proc.	Processo
StGB	Strafgesetzbuch
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRP	Tribunal da Relação do Porto

Índice

Introdução	6
1. Enquadramento legal	7
1.1. Escravidão – Evolução e bem jurídico	7
1.2. Tráfico de pessoas – Evolução e bem jurídico	11
1.3. Burla relativa a trabalho ou emprego – Evolução e bem jurídico	16
2. A relação entre os crimes de escravidão e de tráfico de pessoas em contexto de “exploração do trabalho”	18
2.1. Os conceitos de “escravidão” e de “exploração do trabalho”	18
2.2. Distinção entre os crimes de escravidão e de tráfico de pessoas para fins de exploração do trabalho	22
2.3. Concurso entre os crimes de escravidão e de tráfico de pessoas para fins de escravidão	27
3. A (des)necessidade de manutenção do tipo legal de burla relativa a trabalho ou emprego	30
Conclusão	37
Bibliografia	39

Introdução

Os crimes de escravidão, tráfico de pessoas e burla relativa a trabalho ou emprego, previstos, respetivamente, nos arts. 159.º, 160.º e 222.º do nosso CP, têm em comum o facto de, por forma direta ou indireta, visarem o combate às práticas de exploração do ser humano e, inerentemente, às violações dos direitos fundamentais que as mesmas implicam.

Tal exploração pode assumir diversas modalidades, sendo uma delas a exploração do trabalho, que, apesar dos grandes progressos civilizacionais verificados neste domínio, nunca cessou de existir. Na realidade, devido ao fenómeno da globalização e aos significativos avanços tecnológicos ocorridos nas últimas décadas, a exploração do trabalho vê-se dotada de um novo conjunto de características e particularidades que a tornam um problema da atualidade (e não um flagelo de um passado distante), com graves repercussões sociais e económicas, tendo, por isso, vindo a ser atribuída uma relevância crescente ao combate deste tipo de exploração, principalmente quando a mesma se dá por via da prática de crimes como a escravidão e o tráfico de pessoas.

No entanto, por vezes, a tarefa de proceder ao correto enquadramento jurídico-penal dos casos de exploração do trabalho vê-se dificultada, visto que, neste contexto, a proximidade e interligação dos âmbitos de tutela dos crimes de escravidão, tráfico de pessoas e burla relativa a trabalho ou emprego, aliada ao facto de o conceito de exploração do trabalho ser bastante abrangente, leva ao surgimento de dúvidas relativamente à relação a estabelecer entre as referidas incriminações e à delimitação do seu âmbito de aplicação, sendo esta a problemática de carácter fundamentalmente prático que pretendemos expor e analisar com a presente dissertação.

Para tal, partindo de uma investigação doutrinal e jurisprudencial, no Capítulo 1, será elaborada uma exposição acerca da evolução dos crimes de escravidão, tráfico de pessoas e burla relativa a trabalho ou emprego desde o momento da sua consagração até à presente data, bem como se procederá a uma reflexão acerca dos bens jurídicos por eles tutelados, procurando-se, deste modo, proporcionar um entendimento global acerca de cada uma das incriminações que servirá de base fundamental para a compreensão das questões analisadas nos capítulos seguintes.

Assim, no Capítulo 2, será apreciada a relação estabelecida entre os crimes de escravidão e de tráfico de pessoas quando estejam em causa contextos de exploração do trabalho. Nesse sentido, numa primeira parte, far-se-á a distinção prévia entre os conceitos de “escravidão” e de “exploração do trabalho”, sendo objetivo dessa distinção não só dar resposta à questão de saber o que é a “exploração do trabalho”, mas também evidenciar o conjunto de características que leva a que determinado contexto assuma gravidade suficiente para poder ser considerado “escravidão”. Após a apreensão dos referidos conceitos, partimos para a concreta distinção entre os crimes de escravidão e de tráfico de pessoas para fins de exploração do trabalho,

procurando-se estabelecer uma delimitação do âmbito de aplicação de cada uma das incriminações, sendo que, para tal, é efetuada uma análise crítica de jurisprudência em que estes crimes são apreciados e aplicados. Já no final deste capítulo, focamos o nosso estudo na questão relativa ao concurso entre os crimes de escravidão e de tráfico de pessoas para fins de escravidão.

De seguida, surge o Capítulo 3 desta dissertação, no qual se procede a uma reflexão acerca da (des)necessidade de manutenção do tipo legal de burla relativa a trabalho ou emprego, sendo elencados os problemas respeitantes à própria redação desta incriminação e analisado o âmbito de aplicabilidade da mesma, tendo em consideração a sua relação concursal com os crimes de tráfico de pessoas e de escravidão, procurando-se, a final, saber se o art. 222.º do CP é, atualmente, dotado de uma aplicabilidade residual, ou se deve ser substituído por uma nova solução legal.

Para finalizar, serão apresentadas e sistematizadas as principais conclusões decorrentes do estudo das questões acima enunciadas.

1. Enquadramento legal

1.1. Escravidão – Evolução e bem jurídico

A escravidão é considerada um dos maiores flagelos da humanidade, o que levou a que se desenvolvesse um longo processo visando a sua abolição, sendo Portugal um precursor desse processo, já que, por Decreto de D. Luís I, em 25 de fevereiro de 1869, foi um dos primeiros países a abolir esta prática.

No sentido da unificação dos diferentes Estados para o combate à escravidão, foram essenciais vários instrumentos internacionais, nomeadamente a Convenção Relativa à Escravatura, adotada em Genebra a 25 de setembro de 1926¹, e a Convenção Suplementar de Genebra relativa à abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, adotada em Genebra a 7 de setembro de 1956.²

As referidas Convenções serviram de base para a formulação do crime de escravidão, que surge no CP de 1982 e que passa a estabelecer, no n.º 1 do art. 161.º, uma pena de prisão de 8 a 15 anos para quem “reduzir outra pessoa ao estado ou à condição de escravo”, alargando no seu n.º 2 a mesma punição a “quem alienar, ceder ou adquirir pessoa humana ou dela se apossar com intenção de a manter na situação prevista no número anterior”. Segundo Eduardo Correia, autor do Anteprojeto do Código Penal de 1982, “de acordo com as nossas concepções ético-sociais, em que a liberdade das pessoas surge como valor fundamental, a escravatura deve não só ser punida como deve ser punida duramente”³, justificando assim a inserção deste

¹ Assinada por Portugal a 25/09/1926 e aprovada pelo Decreto com força de lei n.º 14 046, de 21/06/1927.

² Assinada por Portugal a 07/09/1956 e aprovada para ratificação pelo Decreto-Lei n.º 42172, de 02/03/1959.

³ Ministério da Justiça, 1979, pp. 90 e 91.

crime no CP, bem como a sua elevada moldura penal, muito próxima da estipulada para o crime de homicídio simples.

A Comissão de Revisão do CP de 1982 refletiu sobre a necessidade de manutenção deste crime, uma vez que nunca havia sido aplicado.⁴ No entanto, foi considerada “útil a manutenção do artigo”⁵, nomeadamente para proteção de portugueses no estrangeiro, sendo que, com a revisão operada através do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, este crime passou a constar do art. 159.º do CP e apenas se alterou a moldura penal aplicável, modificando-se o limite mínimo de 8 para 5 anos de prisão.

Importa ainda referir que, para além das Convenções já mencionadas, existem outros instrumentos legais internacionais com relevo no combate à escravidão e práticas análogas, nomeadamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁶, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁷, o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos⁸, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁹, a Convenção n.º 29 da OIT, sobre o trabalho forçado ou obrigatório e a Convenção n.º 105 da OIT, sobre a abolição do trabalho forçado.

Foquemo-nos agora na análise das condutas descritas no art. 159.º do CP.

Relativamente à al. a), que estipula que quem “reduzir outra pessoa ao estado ou à condição de escravo” é punido, importa, desde já, notar que as expressões “estado” e “condição” não têm exatamente o mesmo sentido, clarificando Eduardo Correia que a primeira se refere a uma “situação mais permanente” do que a segunda, não se devendo considerar a utilização destas expressões como uma “repetição inútil”.¹⁰ Ora, tendo em conta que a Convenção Relativa à Escravatura define, no seu art. 1.º, a escravatura como “o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem todos ou quaisquer atributos do direito de propriedade”, podemos considerar que a referida conduta se prende com a redução, por qualquer meio, da pessoa ao estado ou à condição de escravo, ou seja, o agente, revelando uma total desconsideração pela vontade e direitos da vítima, torna-a numa coisa cuja propriedade detém e dispõe, utilizando a mesma para a satisfação de determinadas finalidades, tais como, por exemplo, a exploração do trabalho, a exploração sexual, a extração de órgãos e a mendicância, finalidades estas que podem surgir em simultâneo (o que se verifica não raras vezes). A escravidão constitui assim, nas palavras de Taipa de Carvalho, “um quase homicídio” (Carvalho, 2012, p. 670), já que a pessoa deixa de existir enquanto tal.

Quanto à al. b), que se refere a quem “alienar, ceder ou adquirir pessoa ou dela se apossar com a intenção de a manter na situação prevista na alínea anterior”, acaba por se operar aqui

⁴ Carvalho, 2012, pp. 670 e 671.

⁵ Ministério da Justiça, 1993, p. 241.

⁶ Cfr. o seu art. 4.º.

⁷ Cfr. o seu art. 4.º.

⁸ Cfr. o seu art. 8.º.

⁹ Cfr. o seu art. 5.º.

¹⁰ Ministério da Justiça, 1979, p. 91.

uma equiparação destas condutas à conduta descrita na alínea a), pois estas, por serem praticadas com a intenção de manter a pessoa em situação de escravidão, trazem implícito o entendimento da vítima como uma coisa sobre a qual se exerce o direito de propriedade. Note-se que a redação da al. b) é resultado da influência do art. 1.º da Convenção Suplementar de Genebra, que estabelece, de modo exemplificativo, as instituições análogas à escravatura, nomeadamente “a servidão por dívidas, a servidão de gleba, a alienação ou aquisição a qualquer título, do direito de disposição total sobre mulher ou menor” (Gonçalves, 2007, p. 612).

No que se refere ao tipo subjetivo de ilícito, Taipa de Carvalho entende que, quanto à conduta descrita na al. a), é exigível o dolo direto ou necessário e, no que concerne às condutas descritas na al. b), que, relativamente à alienação ou cedência, basta o dolo eventual, mas, quanto à aquisição ou apossamento, deve ser exigível o dolo direto.¹¹ Diferentemente, Paulo Pinto de Albuquerque entende que o tipo subjetivo do crime de escravidão “admite qualquer forma de dolo, salvo nos casos de alienação ou cedência de pessoa” (Albuquerque, 2015, p. 625), em relação aos quais é necessário que se verifique o dolo direto, sendo este também o nosso entendimento. Já Miguez Garcia e Castela Rio assumem bastar o dolo eventual relativamente a todas as condutas descritas em ambas as alíneas, admitindo que, no que concerne à alienação e cedência, previstas na al. b), “o normal será a atuação com dolo direto” (Garcia & Rio, 2014, p. 659).

Relativamente ao bem jurídico tutelado pelo crime de escravidão, Taipa de Carvalho considera tratar-se da “dignidade ou personalidade humana individual”, abrangendo, deste modo, não só as várias dimensões da liberdade, mas também a globalidade fundamentante da personalidade humana, constituída pelo direito à honra, à privacidade, ao património, à integridade física, entre outros.¹² Este autor entende que considerar que apenas está em causa a tutela da liberdade *stricto sensu* seria infrutífero, pois as várias manifestações da liberdade já se encontram tuteladas nos restantes tipos de crimes contra a liberdade.¹³ Também no sentido de estar em causa a tutela da “dignidade ou personalidade humana individual”, surgem Victor de Sá Pereira e Alexandre Lafayette, defendendo que “a proteção assegurada pela escravidão reporta-se a valores que se confundem com a própria essência de ser pessoa” (Pereira & Lafayette, 2014, p. 465), acrescentando ainda que estes valores são “muito próximos até do plano supremo da vida” (Pereira & Lafayette, 2014, p. 465), importando ademais atentar que este tem sido o entendimento acolhido pela jurisprudência que, frequentemente, refere a dignidade e personalidade humana como bem jurídico a tutelar.¹⁴

¹¹ Carvalho, 2012, p. 673.

¹² Carvalho, 2012, p. 671.

¹³ Carvalho, 2012, p. 671.

¹⁴ Cfr. sumário do ac. do STJ de 18-10-2017, proc. n.º 355/15.2T9VFR.P1.S1; ac. do STJ de 06/11/2014, proc. n.º 161/05.2JAGRD.C2.S1, p. 46, e ac. do TRP de 30/01/2013, proc. n.º 1231/09.3JAPRT.P1, p. 12.

Já Paulo Pinto de Albuquerque não entende a dignidade humana como o bem jurídico tutelado, mas considera ser a escravidão um crime complexo que implica a “aniquilação de um conjunto de bens jurídicos” (Albuquerque, 2015, p. 625), conjunto esse em que insere a integridade física, a liberdade no seu mais amplo sentido (englobando a liberdade de decisão, ação e locomoção), a liberdade e autodeterminação sexual, a honra, a reserva da vida privada e o direito à propriedade e ao património, sendo que Miguez Garcia e Castela Rio manifestam concordância com este entendimento.¹⁵

Do nosso ponto de vista, de facto, parece-nos estar em causa a tutela da “personalidade humana individual”. No entanto, a conformação desse bem jurídico não deve ser feita partindo do pressuposto de que a dignidade humana é um bem jurídico. A dignidade humana é, sim, um fundamento constitucional, previsto no art. 1.º da CRP, transversal a todos os bens jurídicos de natureza pessoal que, de modo mais ou menos evidente, têm por base a sua defesa e, portanto, impõe-se que esta não se confunda com o bem jurídico a tutelar. Deste modo, afigura-se-nos mais correto o entendimento de Paulo Pinto de Albuquerque no sentido de que está em causa um bem jurídico complexo, que abrange o conjunto de bens jurídicos supra indicados, sendo esse conjunto de bens jurídicos essencial para a formação e vivência humanas enquanto tal e, portanto, a sua negação vem implicar a destruição da “personalidade humana individual”.

Por fim, tendo em conta a importância do bem jurídico tutelado e o facto de ser, sem dúvida, o mais grave de todos crimes inseridos no Capítulo IV do CP, parece-nos fazer todo o sentido a crítica de Taipa de Carvalho em relação à inserção sistemática do crime de escravidão, considerando o autor que este “deveria encerrar o capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal” (Carvalho, 2012, p. 670).¹⁶

1.2. Tráfico de pessoas – Evolução e bem jurídico

O tipo legal de tráfico de pessoas, atualmente consagrado no art. 160.º do CP, tem evoluído bastante nas últimas décadas, evolução essa que se deve, fundamentalmente, ao proliferar de vários instrumentos internacionais que visam o combate a esta prática, sendo a Convenção Internacional para a Supressão do Tráfico de Mulheres e Crianças (1921), a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores (1933) e a Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem (1950)¹⁷ os primeiros instrumentos legais internacionais a surgir com o objetivo de lhe pôr fim.

¹⁵ Garcia & Rio, 2014, p. 659.

¹⁶ Importa ressaltar que manifestamos concordância com a crítica de Taipa de Carvalho considerando, somente, a sistematicidade do Capítulo IV do CP (e não a de todo o CP, uma vez que os vários Capítulos dele constantes não adotam um critério sistemático uniforme).

¹⁷ Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 31/91 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 48/91, de 10/10.

Em Portugal, o crime de tráfico de pessoas surge pela primeira vez no art. 217.º do CP de 1982, cujo n.º 1 veio estabelecer que “quem realizar tráfico de pessoas, aliciando, seduzindo ou desviando alguma, mesmo com o seu consentimento, para a prática, em outro país, da prostituição ou de actos contrários ao pudor ou à moralidade sexual, será punido com prisão de 2 a 8 anos e multa até 200 dias”, sendo inserido sistematicamente no “Título III – Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade” e estando aqui em causa apenas o tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual.

A primeira alteração deste tipo legal de crime ocorreu com o Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, que leva a que o tráfico de pessoas passe a constar no art. 169.º do CP, sendo agora inserido no Capítulo V, relativo aos “crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”. Introduzem-se então novos meios de realização típica, nomeadamente a violência, ameaça grave, ardil ou manobra fraudulenta, tendo-se em vista levar outra pessoa à prática da prostituição ou de atos sexuais de relevo, surgindo ainda um novo elemento, que consiste na “exploração de situação de abandono ou necessidade”, elemento este que, por força da Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, é eliminado, passando o art. 169.º do CP a punir “quem, por meio de violência, ameaça grave, ardil ou manobra fraudulenta, levar outra pessoa à prática em país estrangeiro da prostituição ou de atos sexuais de relevo”, sendo ainda importante referir que é autonomizado no n.º 2 do art. 176.º do CP, o crime de tráfico de menores. É de notar que continua a estar em causa apenas o tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, sendo este também o paradigma vigente na União Europeia, como se pode inferir da definição de tráfico de pessoas estipulada na Ação Comum 97/154/JAI, de 24 de fevereiro, adotada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à ação contra o tráfico de seres humanos e a exploração sexual de crianças.¹⁸

No ano de 2000, com a celebração da Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada e do seu Protocolo Adicional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças¹⁹, é introduzida na al. a) do art. 3.º deste último uma nova definição de tráfico de pessoas, que engloba o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento e o acolhimento de pessoas para fins de exploração, que deveria incluir, pelo menos, a exploração sexual, mas onde também se poderia incluir o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares, a servidão ou a extração de órgãos, dando-se aqui um passo evidente no sentido de um combate à exploração de forma global, não se restringindo à exploração sexual. Nessa mesma alínea, indicam-se, como meios para a prática do tráfico de pessoas, a ameaça, o uso da força ou outras formas de coação, o rapto, a fraude, a entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o

¹⁸ A Ação Comum 97/154/JAI define “tráfico” como qualquer comportamento que facilite a entrada, o trânsito, a residência ou a saída de pessoas do território de um Estado-Membro para fins de exploração sexual.

¹⁹ Assinados por Portugal a 12/12/2000 e aprovados para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004, de 02/04.

consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra e, inovadoramente, o abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade, procurando-se dar maior eficácia ao combate do tráfico de pessoas com o alargamento do número de situações a ele subsumíveis.

Tal definição vai então servir de base à nova alteração ao art. 169.º do CP, operada por força da Lei n.º 99/2001, de 25 de agosto, surgindo assim o “abuso de autoridade resultante de uma dependência hierárquica, económica ou de trabalho” e o aproveitamento de “qualquer situação de especial vulnerabilidade” como meios de realização típica do tráfico de pessoas, passando ainda a estar em causa o aliciamento, transporte, alojamento ou acolhimento, ou o propiciar das condições para a prática, em país estrangeiro, da prostituição ou de atos sexuais de relevo, não se verificando ainda no ordenamento nacional o alargamento deste tipo legal no sentido de abranger todas as formas de exploração. Deste modo, podemos inequivocamente constatar que o bem jurídico tutelado pelo crime de tráfico de pessoas foi, até este momento, a liberdade de autodeterminação sexual.

Todavia, com a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, o crime de tráfico de pessoas sofre profundas alterações, passando agora a surgir no art. 160.º do CP, inserido no Capítulo IV, relativo aos “crimes contra a liberdade pessoal”. Este crime passa a abranger não só a exploração sexual, mas também a exploração do trabalho e a extração de órgãos, deixando ainda de estar apenas em causa o tráfico internacional de pessoas, sendo viabilizada a punição do tráfico doméstico. Acresce ainda que o tráfico de adultos passa a ser punido com pena de prisão de 3 a 10 anos, sendo agora também considerados elementos da ação típica a oferta, entrega e aceitação para os fins acima descritos e, quanto aos meios de realização típica, estes passam a ser a violência, rapto ou ameaça grave, o ardil ou manobra fraudulenta, o abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou familiar, o aproveitamento de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima e a obtenção do consentimento da pessoa que tem o controlo sobre a vítima.

Para além destas alterações, no n.º 2 passa a constar o crime de tráfico de menores, que, ao contrário do tráfico de adultos, não é um crime de execução vinculada, sendo que, no n.º 3, se prevê uma agravação da pena aplicável ao tráfico de menores quando seja utilizado algum dos meios previstos no n.º 1 ou se houver atuação profissional ou com intenção lucrativa, surgindo ainda outras incriminações relacionadas com o tráfico de pessoas, nomeadamente quanto à adoção de menores mediante pagamento ou outra contrapartida, quanto à utilização de serviços ou órgãos da vítima, quando haja conhecimento da prática do crime de tráfico de pessoas, e quanto à retenção, ocultação ou destruição dos documentos de identificação ou de viagem da mesma.

Esta alteração resultou não só da influência da Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada e do seu Protocolo Adicional, já acima referidos, mas também da

Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho da União Europeia, de 19 de julho de 2002, relativa à luta contra o tráfico de seres humanos, e da Convenção do Conselho da Europa relativa à luta contra o tráfico de seres humanos concluída a 16 de maio de 2005²⁰, procurando-se assim elencar um conjunto de condutas que abranja todas as etapas do tráfico, bem como consagrar mais meios de realização típica e desincentivar toda a atividade conexa a este crime através da punição da utilização de serviços ou órgãos da vítima nos termos acima referidos, tendo como objetivo último prevenir e combater o tráfico de pessoas de forma mais eficaz.

A última alteração ao crime de tráfico de pessoas ocorre então por meio da Lei n.º 60/2013, de 23 de agosto, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas, e que substitui a Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho. Deste modo, atualmente, o n.º 1 do art. 160.º do CP pune “quem oferecer, entregar, recrutar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher pessoa para fins de exploração”, sendo novidade a inclusão do recrutamento como elemento da ação típica e a formulação no sentido de que pode estar em causa qualquer forma de exploração, na qual se inclui “a exploração sexual, a exploração do trabalho, a mendicância, a escravidão, a extração de órgãos ou a exploração de outras atividades criminosas”. Para além disto, surge também, no n.º 2, o recrutamento como conduta punível, dá-se uma nova redação ao n.º 4, onde se prevê um conjunto de agravantes relativas quer ao tráfico de adultos, quer ao tráfico de menores, mantendo-se ainda a incriminação do tráfico para adoção, da utilização dos serviços ou órgãos da vítima e da retenção, ocultação, danificação ou destruição de documentos de identificação ou de viagem da vítima e, por fim, no n.º 8, estatui-se expressamente que o consentimento da vítima não exclui, em caso algum, a ilicitude do facto.

Já do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional atual, importa sumariamente referir a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que tutelam, de modo geral, o direito à liberdade, e ainda a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que no art. 5.º, n.º 3 proíbe expressamente o tráfico de seres humanos.

Posto isto, quanto ao bem jurídico atualmente tutelado pelo crime de tráfico de pessoas é consensual a ideia de estar em causa a tutela da “liberdade pessoal”. Contudo, há divergências quanto ao sentido a dar a esta tutela, defendendo-se, por um lado, que se trata da tutela da dignidade da pessoa humana e, por outro, que o bem jurídico a tutelar é a liberdade de decisão e de ação.

²⁰ Assinada por Portugal a 16/05/2005 e aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2008, de 14/01.

Para Taipa de Carvalho, está em causa a liberdade pessoal. No entanto, este autor considera que o “tráfico de pessoas atinge, de forma radical e direta, a dignidade da pessoa humana” (Carvalho, 2012, p. 678), aproximando-se, dada a sua gravidade, do crime de escravidão, concluindo que “se a liberdade e/ou integridade física são protegidas por este tipo legal, também é manifesto que a dignidade da pessoa humana também é diretamente tutelada, visando, assim, este tipo legal proteger esta dignidade na sua globalidade” (Carvalho, 2012, p. 678). No mesmo sentido, surgem Vaz Pato, que afirma estar em causa, “para além da liberdade pessoal, a dignidade da pessoa humana” (Pato, 2008, p. 183), Victor de Sá Pereira e Alexandre Lafayette, defendendo que “o bem jurídico protegido é (...) a dignidade ou personalidade humana individual (...) nas dimensões específicas das liberdades a que, relativamente, o tipo em causa de modo expresso se reporta” (Pereira & Lafayette, 2014, p. 469), sendo elas a liberdade de determinação sexual, a liberdade de trabalhar e a liberdade de dispor do próprio corpo, e ainda Miguez Garcia e Castela Rio, que, apesar de admitirem que a dignidade da pessoa humana não é propriamente um bem jurídico, entendem que “o bem jurídico do crime de tráfico de entes humanos faz jus à dignidade da pessoa” (Garcia & Rio, 2014, p. 665). Importa ainda atentar que também na jurisprudência se tem manifestado este entendimento, afirmando-se que “o bem protegido (...) não se reduz à liberdade pessoal, de decisão e acção de outra pessoa; antes abrange, no seu todo, a dignidade, como pessoa humana, da vítima”.²¹

Já Paulo Pinto de Albuquerque²² e Anabela M. Rodrigues entendem estar em causa a liberdade de decisão e de ação de outra pessoa, sendo que segundo esta última autora, com o crime de tráfico de pessoas “visa proteger-se a liberdade pessoal de decisão e de ação tendo em vista prevenir a proteção da liberdade pessoal nas suas manifestações não só de liberdade sexual, mas também de trabalho e de dispor do próprio corpo” (Rodrigues, 2010, p. 581). É este também o nosso entendimento, sendo que, com a fundamentação já supra enunciada²³, rejeitamos a tese de que a dignidade humana possa ser entendida como bem jurídico a tutelar, não significando isto que desconsideramos a sua grave afetação quando se dá a prática deste crime, sendo ainda de notar que também existe jurisprudência a sustentar este entendimento.²⁴

Parece-nos então que, quanto ao crime de tráfico de pessoas, sendo este um crime de intenção, o intérprete deve criar uma distinção entre dois momentos, nomeadamente o momento em que se exerce coação sobre a vítima através de um dos meios de realização típica

²¹ Cfr. sumário do ac. do TRC de 30/09/2020, proc. n.º 685/13.8JACBR.C1, e no mesmo sentido, sumário do ac. do TRP de 14-05-2014, proc. n.º 6/08.1ZRPRT.P1.

²² Albuquerque, 2015, p. 629.

²³ Cfr. “1. Escravidão – Evolução e bem jurídico”.

²⁴ Cfr. sumário do Ac. do TRC de 15/01/2020, proc. n.º 1311/17.1T9VIS.C1, em que se refere que o bem jurídico protegido pelo tráfico de pessoas é “a liberdade pessoal, de decisão e ação de outra pessoa consumando-se o ilícito quando a prática de qualquer uma das condutas típicas atinge de forma radical e direta a vítima na sua dignidade como pessoa humana”.

e em que se atenta diretamente contra a sua liberdade de decisão e de ação, constituindo-se esta como o bem jurídico fundamentalmente tutelado, e o eventual momento em que a exploração efetivamente ocorre e em que são restringidas outras dimensões da liberdade pessoal, já que, considerando que a exploração não faz parte do tipo objetivo do crime de tráfico de pessoas, este vem tutelar, sobretudo de modo preventivo, as outras dimensões de liberdade pessoal, que podem ser a liberdade sexual, de trabalho, de integridade corporal, ou outras, dependendo da amplitude que se dê ao conceito de “exploração”.

Por fim, concordamos também com a crítica apontada por Taipa de Carvalho relativamente à inserção sistemática do crime de tráfico de pessoas, entendendo o autor que este deveria surgir “imediatamente antes do crime de escravidão” (Carvalho, 2012, p. 677), tendo em conta a sua gravidade e proximidade, o que a nosso ver é facilmente comprovável, até pelo facto de o tráfico de pessoas poder servir de veículo para a prática do crime de escravidão.²⁵ Desta feita, faria todo o sentido que estes dois crimes encerrassem o Capítulo IV do CP.

1.3. Burla relativa a trabalho ou emprego – Evolução e bem jurídico

O crime de burla relativa a trabalho ou emprego foi consagrado no art. 222.º do CP com a entrada em vigor da Lei n.º 65/98, de 02 de setembro, sendo que no seu n.º 1 se incrimina a conduta de “quem, com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, causar a outra pessoa prejuízo patrimonial, através de aliciamento ou promessa de trabalho ou emprego no estrangeiro” e, no seu n.º 2, se alarga a referida incriminação aos casos em que a mesma conduta é praticada relativamente a vítima estrangeira e o trabalho ou emprego se localizam em Portugal, importando também notar que, por força da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, este crime sofreu uma alteração ao seu n.º 3 e passou a constar do elenco de crimes em relação aos quais as pessoas coletivas podem ser penalmente responsabilizadas (art. 11.º do CP).

Ora, segundo as exposições de motivos da Proposta de lei 80/VII e da Proposta de lei 160/VII, o crime previsto no art. 222.º do CP é um caso especial de burla, no sentido da sua qualificação, pois entendeu-se que a conduta em causa sujeita frequentemente as vítimas a “condições infra-humanas”, sendo estas “particularmente desvaliosas e censuráveis”, salientando-se aqui o facto de estas vítimas acabarem por ficar numa situação de maior vulnerabilidade por se encontrarem em país estrangeiro.

Deste modo, segundo Almeida Costa, tendo em conta a teleologia desta incriminação, a sua consumação só pode ocorrer nos casos em que a vítima se desloque para outro país²⁶,

²⁵ Cfr. nota de rodapé n.º 16.

²⁶ Costa, 2020, pp. 120 e 121.

sendo este também o entendimento de Paulo Pinto de Albuquerque²⁷, Miguez Garcia e Castela Rio,²⁸ e Victor de Sá Pereira e Alexandre Lafayette.²⁹ Quando tal não ocorra, passa a estar em causa a prática do crime de burla ou de burla qualificada, consoante a especificidade do caso em análise³⁰, sendo de notar que Miguez Garcia e Castela Rio se mostram concordantes com este entendimento.³¹

Com um entendimento oposto, defendendo que não tem de se verificar uma efetiva saída do país por parte da vítima para se consumar o crime previsto no art. 222.º do CP, surgem Leal Henriques e Simas Santos³², bem como Mariana Fidalgo³³, afirmando esta última autora que “não se pode confundir o aliciamento causador de prejuízo patrimonial, que é elemento objetivo do tipo, com [a] deslocação do país de residência propiciadora [de] vulnerabilidade da vítima, que não é elemento do tipo” (Fidalgo, 2017, p. 19), acrescentando ainda que a sujeição a “condições gravemente atentatórias da dignidade da pessoa humana (...) não pode, enquanto tal, ser encarada como o prejuízo patrimonial que é elemento objetivo do tipo legal de crime de burla” (Fidalgo, 2017, p. 19).

Posto isto, parece-nos ser de valer o entendimento de que é necessária a efetiva deslocação para outro país para se consumar o crime de burla relativa a trabalho ou emprego, pois, se tal não se verificar, a vítima não ficará numa situação de maior fragilidade que a poderia levar a ser sujeita a condições infra-humanas, sendo esta a circunstância justificativa da consagração e aplicação deste tipo especial de burla, que surge como uma qualificação do crime de burla simples. Se apenas estivesse em causa o prejuízo patrimonial, o art. 222.º do CP, apesar de elencar um diferente conjunto de meios típicos, pouco se diferenciaria do art. 217.º do CP. Portanto, mesmo não fazendo parte do tipo objetivo do crime a deslocação para outro país que, consequentemente, aumenta a vulnerabilidade da vítima, esta constitui, de facto, o elemento justificativo da aplicação de uma moldura legal mais elevada, tendo tal circunstância de se verificar para que esteja em causa a incriminação do art. 222.º do CP, respeitando-se, deste modo, a sua teleologia. Corroborando este entendimento surgem as exposições de motivos das Propostas de lei 80/VII e 160/VII, em que, explicitamente, se refere que está em causa o “aliciamento ou promessa de trabalho ou emprego que envolva a deslocação de trabalhadores de um Estado para o outro”.

Esta discussão leva-nos então à reflexão sobre qual o bem jurídico que está efetivamente a ser tutelado pelo crime de burla relativa a trabalho ou emprego. O art. 222.º está inserido no Capítulo III do Título II do CP, referente aos “crimes contra o património em geral”, e portanto,

²⁷ Albuquerque, 2015, p. 863.

²⁸ Garcia & Rio, 2014, p. 939.

²⁹ Pereira e Lafayette, 2014, pp. 638 e 639.

³⁰ Costa, 2020, p. 121.

³¹ Garcia & Rio, 2014, pp. 939 e 940.

³² Leal-Henriques & Santos, 2000, p. 932.

³³ Fidalgo, 2017, p. 20.

à primeira vista, o bem jurídico tutelado parece ser o património, sendo este o entendimento de Victor de Sá Pereira e Alexandre Lafayette.³⁴ No entanto, somos levados a concordar com Damião da Cunha quando afirma que a burla relativa a trabalho ou emprego é “difícilmente enquadrável na teleologia de um tipo legal contra o património” (Cunha, 2017, p. 211), pelo menos quando a comparamos com os outros crimes estritamente patrimoniais, pois, de facto, a tutela do art. 222.º do CP estende-se para além do património.

Dado o exposto, e mostrando-se que a preocupação do legislador foi não só prevenir o prejuízo patrimonial da vítima, mas também a sua sujeição a “condições infra-humanas”, concordamos com Paulo Pinto de Albuquerque³⁵, Miguez Garcia e Castela Rio³⁶ quando afirmam que os bens jurídicos protegidos pela incriminação em análise são não só o património, como também a liberdade de decisão e de ação, estando aqui em causa um bem jurídico complexo, com uma dimensão patrimonial e uma dimensão pessoal.

2. A relação entre os crimes de escravidão e de tráfico de pessoas em contexto de “exploração do trabalho”

2.1. Os conceitos de “escravidão” e de “exploração do trabalho”

Uma das tarefas mais importantes para qualquer jurista é proceder ao enquadramento jurídico dos casos concretos com que se vê confrontado. Ora, dada a proximidade entre o crime de escravidão e o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração do trabalho, afigura-se extremamente relevante fazer uma distinção prévia entre o conceito de “escravidão” – dando-se, na nossa análise, maior relevo à “escravidão laboral” – e o conceito de “exploração do trabalho”, já que a conformidade do caso concreto com um destes conceitos nos auxiliará a efetuar o seu correto enquadramento jurídico-penal, sendo de notar que, no próprio crime de tráfico de pessoas, se faz uma separação entre estas duas formas de exploração.

Quanto à “exploração do trabalho”, Paulo Pinto de Albuquerque considera que esta “consiste na instrumentalização do corpo e das faculdades intelectuais da vítima para a prestação de trabalho físico ou intelectual” (Albuquerque, 2015, p. 629), sendo que, no mesmo sentido, surge Taipa de Carvalho, afirmando que as condições da exploração do trabalho da vítima do tráfico “têm de ser tais que constituam uma instrumentalização do corpo da vítima” (Carvalho, 2012, pp. 684 e 685), acrescentando ainda que a exploração “do trabalho, no crime de tráfico de pessoas, pressupõe e equivale a um estado de sujeição da vítima ao agente explorador” (Carvalho, 2012, p. 685).

³⁴ Pereira & Lafayette, 2014, p. 638.

³⁵ Albuquerque, 2015, p. 862.

³⁶ García & Rio, 2014, p. 940.

Especificamente quanto à referida instrumentalização característica dos casos de exploração do trabalho, Vaz Patto refere que esta pode ocorrer não só quando se verifiquem condições de insegurança e insalubridade, agressões físicas ou psicológicas, mas também quando se constate que existe uma desproporcionalidade entre a retribuição que a vítima auferi e o valor objetivo do trabalho por ela prestado, ou o número de horas de trabalho³⁷, sendo que a estas circunstâncias também se pode acrescentar a existência de ameaças dirigidas à vítima, a retenção dos seus documentos de identificação e o seu isolamento forçado, nomeadamente através da proibição ou condicionamento de contactos com familiares e/ou amigos. No entanto, Vaz Patto alerta-nos para o importante facto de não bastar “que se verifique uma qualquer infração aos direitos do trabalhador, ou uma qualquer injustiça na relação de trabalho” (Patto, 2008, p. 195) para que estejamos perante o contexto de exploração do trabalho referenciado no crime de tráfico de pessoas. Deste modo, podemos tomar as referidas circunstâncias apenas como indícios da prática de exploração do trabalho, sendo da maior relevância fazer uma avaliação casuística global por forma a aferir se está em causa o grau de instrumentalização característico deste tipo de exploração.

Já no domínio do direito comparado, interessa mencionar que, no StGB alemão, se procura delimitar o conceito de exploração do trabalho, sendo que, no §232, relativo ao tráfico de pessoas, se refere a “grande disparidade com as condições de trabalho de outros trabalhadores que realizam a mesma tarefa, ou tarefas equiparáveis” (Patto, 2008, p. 195) como critério revelador de situações de exploração de trabalho, importando salientar que tem de estar em causa uma diferença bastante acentuada nas condições de trabalho com que a pessoa se vê confrontada, não se podendo reconduzir toda e qualquer situação de injustiça laboral a este contexto.

No que diz respeito à escravidão, como já foi referido, de acordo com o art. 1.º da Convenção Relativa à Escravatura (1926), esta é “o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem todos ou quaisquer atributos do direito de propriedade”. No entanto, os casos de escravidão não estão circunscritos a esta definição, sendo que, de acordo com o art. 1.º da Convenção Suplementar Relativa à Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura (1956), são análogas à escravidão: a “servidão por dívidas”, sendo esta “o estado ou condição que resulta do facto de um devedor se ter comprometido a prestar serviços pessoais, ou os de alguém sobre quem exerça autoridade, como garantia de uma dívida, se os serviços prestados e justamente avaliados não se destinarem ao pagamento da dívida, ou não se delimitar a sua duração ou não se definir a natureza dos referidos serviços”; a “servidão de gleba”, que é “a condição da pessoa que é obrigada por lei, pelo costume ou por contrato a viver e trabalhar numa terra pertencente a

³⁷ Patto, 2008, p. 195.

outrem e a prestar-lhes, mediante remuneração ou gratuitamente, determinados serviços, sem liberdade para mudar de condição”; e toda a instituição ou prática em que a mulher seja “prometida em ou dada em casamento a troco de compensação em dinheiro ou em espécie”, cedida a qualquer título a um terceiro por parte do marido, da família ou do clã ou transmitida por herança e toda a instituição ou prática em que um menor de 18 anos é entregue “pelos pais, por um deles ou pelo tutor a outra pessoa, mediante remuneração ou sem ela, com o fim de explorar, quer a pessoa, quer o trabalho da criança ou adolescente”.

Assim, podemos concluir que as situações de servidão são igualmente subsumíveis ao conceito de escravidão, estando tal reconhecido também no n.º 1 do art. 4.º da CEDH, sendo de notar que a jurisprudência do TEDH veio densificar este conceito, nomeadamente no caso *Van Droogenbroeck v. Bélgica*, em que caracteriza a servidão como “uma forma particularmente séria de negação de liberdade”,³⁸ e no caso *Siliadin v. França*, em que refere que “à luz da jurisprudência sobre esta questão, decorre que, para fins da Convenção, ‘servidão’ significa a obrigação de fornecer serviços que são impostos pelo uso de coerção e que devem estar ligados ao conceito de ‘escravidão’”³⁹, acrescentando ainda que a servidão inclui “além da obrigação de realizar certos serviços a favor de terceiros (...) a obrigação de o ‘servo’ viver na propriedade de outra pessoa e a impossibilidade de alterar a sua condição”.⁴⁰ Com semelhante entendimento, no caso *C. N. e V. v. França*, o TEDH vem distinguir os conceitos de “servidão” e de “trabalho forçado ou obrigatório”, afirmando que, na aceção do art. 4.º da CEDH, a característica fundamental para a sua distinção “reside no sentimento da vítima de que a sua condição é permanente e que é improvável que a sua situação se altere”.⁴¹

Em conformidade com as noções adiantadas pelos referidos instrumentos internacionais em que se procura delimitar o âmbito de aplicabilidade do conceito de escravidão e em que se demonstra que está em causa a mais grave de todas as formas de exploração, concordamos com Taipa de Carvalho quando afirma que, para estarmos perante um caso de escravidão, “não basta (...) que uma pessoa seja instrumentalizada como meio para a realização de determinados objetivos” (Carvalho, 2012, p. 672), sendo que esta implica que “uma pessoa seja em si mesma tratada como uma coisa de que o agente dispõe como sua propriedade” (Carvalho, 2012, p. 672).

Para além disto, Paulo Pinto de Albuquerque afirma existirem duas condições que se têm de verificar cumulativamente para que esteja em causa uma situação de escravidão laboral, sendo elas que a vítima não tenha qualquer poder de decisão sobre o número de horas de trabalho que tem de prestar e que esta não disponha de qualquer parte da retribuição pelos

³⁸ *Van Droogenbroeck v. Bélgica*, no. 7906/77, § 58, TEDH 1982 (tradução da nossa responsabilidade).

³⁹ *Siliadin v. França*, no. 73316/01, § 124, TEDH 2005 (tradução da nossa responsabilidade).

⁴⁰ *Siliadin v. França*, no. 73316/01, § 123, TEDH 2005 (tradução da nossa responsabilidade).

⁴¹ *C. N e V. v. França*, no. 67724/09, §91, TEDH 2012 (tradução da nossa responsabilidade).

serviços prestados.⁴² No entanto, entendemos que as referidas condições devem ser compreendidas como indícios da existência de uma situação de escravidão laboral, não devendo ser consideradas como condições que se tenham de verificar cumulativamente, já que tal rigidez interpretativa poderia limitar demasiado o âmbito de aplicação do conceito de escravidão laboral. Atentemos que, quanto à condição de a vítima não ter qualquer poder de decisão relativamente ao número de horas de trabalho que tem de prestar, é admissível a sua transversalidade à grande maioria dos casos de escravidão e até mesmo de exploração do trabalho. Todavia, quanto à condição de a vítima não poder dispor de qualquer parte da retribuição pelos serviços prestados, é nosso entendimento que, se o agente entregar à vítima determinada quantia pecuniária, sendo esta absolutamente desproporcional relativamente ao trabalho prestado, podendo a vítima dispor da referida quantia, tal não afasta automaticamente a possibilidade de estarmos perante um caso de escravidão laboral. Vejamos, a título de exemplo: se a vítima for escravizada durante um ano e, ao fim desse período de tempo, o agente lhe entregar a quantia de cinco euros, dando-lhe liberdade para decidir que destino atribuir à mesma, tal não vai implicar que a vítima não se encontre sob o domínio (característico da escravidão) do agente, já que o valor pecuniário em causa é tão diminuto que não permite à vítima libertar-se do seu estado ou condição de escravo, sendo a liberdade de dispor de tal valor pecuniário uma espécie de “liberdade inautêntica”.

Posto isto, podemos concluir que tanto nos casos de exploração do trabalho, como nos casos de escravidão está em causa a instrumentalização das faculdades físicas e intelectuais das vítimas, já que, em ambos os casos, as vítimas passam a ser um meio para a prossecução de fins determinados pelo agente, sendo também de notar que as circunstâncias indiciantes de um contexto de instrumentalização para fins de exploração do trabalho acima referidas também se compatibilizam com um contexto de escravidão. Assim, a principal diferença a apontar entre os casos de exploração do trabalho e os casos de escravidão reside no grau de instrumentalização da vítima. Isto porque nos casos de exploração do trabalho, a vítima, apesar de ser subjugada à vontade do agente explorador, não é transformada numa coisa. Já a escravidão implica a coisificação da vítima, quer num sentido mais tradicional, que está associado ao exercício de um verdadeiro direito de propriedade sobre a vítima, quer num sentido mais atualista, que se reconduz aos casos de servidão, sendo esta a sua característica distintiva e estando aqui em causa um *plus* no grau de instrumentalização, quando comparado com os casos de exploração do trabalho. Deste modo, nos casos de escravidão estamos perante uma relação de domínio que comporta uma limitação absoluta da liberdade da vítima, que não consegue fazer valer a sua vontade, estando sob controlo total do agente explorador, nomeadamente vivendo em propriedade de outra pessoa, não tendo oportunidade de decidir

⁴² Albuquerque, 2015, p. 625.

sobre qual o tipo de trabalho/serviço que presta ou sobre o seu modo de prestação, não recebendo qualquer retribuição ou recebendo bens ou quantias pecuniárias de valor extremamente diminuto e absolutamente desproporcional face à tipologia e/ou às horas de trabalho/serviço prestado, não tendo qualquer possibilidade de alterar o seu estado ou condição, podendo, inclusivamente, ser alienada ou cedida a terceiro.

2.2. Distinção entre os crimes de escravidão e de tráfico de pessoas para fins de exploração do trabalho

Dado o exposto, estamos agora em condições de proceder à distinção entre o crime de escravidão, previsto no art. 159.º do CP, e o crime de tráfico de pessoas, atentando especificamente nos casos em que as vítimas são traficadas para fins de exploração do trabalho, sendo essa uma das formas de exploração elencadas no n.º 1 do art. 160.º do CP.

A primeira distinção a apontar é relativa à conduta e ao modo de execução destes crimes. Assim, no que diz respeito ao crime de escravidão, está em causa a redução de outra pessoa ao estado ou à condição de escravo (al. a) do art. 159.º do CP) e ainda os atos de “alienar, ceder ou adquirir pessoa ou dela se apossar” com intenção de a manter no referido estado ou condição (al. b) do art. 159.º do CP), podendo este crime ser praticado através de qualquer meio, sendo então qualificável como um crime de execução livre. Já quanto ao crime de tráfico de pessoas, previsto no n.º 1 do art. 160.º do CP, são elementos da ação típica a oferta, entrega, recrutamento, aliciamento, aceitação, transporte, alojamento ou acolhimento de pessoa para fins de exploração, nos quais se inclui a exploração sexual, a exploração do trabalho, a mendicância, a escravidão, a extração de órgãos ou a exploração de outras atividades criminosas, sendo ainda necessário que o agente tenha utilizado um dos meios de realização típica elencados nas várias alíneas do referido artigo, nomeadamente a violência, rapto ou ameaça grave (al. a)), o ardil ou manobra fraudulenta (al. b)), o abuso de autoridade resultante de uma dependência hierárquica, económica, de trabalho ou familiar (al. c)), o aproveitamento de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima (al. d)) ou mediante a obtenção do consentimento da pessoa que tem o controlo sobre a vítima (al. e)), configurando-se como um crime de execução vinculada.

Outra característica que diferencia o crime de tráfico de pessoas do crime de escravidão, previsto na al. a) do art. 159.º do CP, é o momento de consumação dos mesmos, pois, quanto a este último crime, exige-se para a sua consumação que a vítima seja efetivamente reduzida ao estado ou condição de escravo, sendo que, se o agente não conseguir efetivar o seu desígnio, tal atuação será reconduzida ao âmbito da tentativa (que é punível nos termos gerais do CP). Por outro lado, quando está em causa a prática do crime de tráfico de pessoas, para que este se consuma “não é necessária a verificação da exploração efetiva da vítima, (...) basta que o agente tenha essa intenção” (Albuquerque, 2015, p. 629), isto porque o crime de tráfico de

pessoas é um tipo de resultado cortado ou de intenção, bastando então que o agente pratique um dos elementos da ação típica (oferta, entrega, recrutamento, etc.) com o objetivo de a vítima vir a ser explorada, sendo a referida exploração uma “acção extra-típica” (Carvalho, 2012, p. 687), que pode ser realizada pelo agente ou por terceiro. Importa ressaltar que esta distinção não se aplica quando esteja em causa a prática do crime de escravidão descrito na al. b) do art. 159.º do CP, pois também ele se conforma como um tipo de intenção, bastando para a sua consumação que o agente pratique uma das condutas nele elencadas com a intenção de que a vítima seja mantida em estado ou condição de escravidão.

No entanto, é de notar que, relativamente a estes crimes de resultado cortado, apesar de não ser exigível que a pessoa seja efetivamente explorada ou mantida em estado ou condição de escravidão, para que se consume, respetivamente, o crime de tráfico de pessoas ou o crime de escravidão, previsto na al. b) do art. 159.º do CP, a sua comprovação surge como importante indício da prática dos mesmos, sendo um valioso auxílio de âmbito probatório, já que está em causa a necessidade de prova de uma determinada intencionalidade do agente que se processa no plano mental.

Deste modo, nas situações em que, de facto, se verifica um contexto de exploração do trabalho, torna-se importante mobilizar a conclusão a que acima chegámos, no sentido de que os conceitos de “escravidão” e de “exploração do trabalho” representam diferentes graus de instrumentalização das faculdades físicas e intelectuais da vítima, para assim melhor procedermos à distinção entre o crime de escravidão e o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração do trabalho e, como tal distinção é predominantemente prática, impõe-se que seja feita com recurso a uma análise jurisprudencial.

Assim, exemplo paradigmático da prática do crime de escravidão, concretamente de escravidão laboral, é o caso constante no ac. do STJ de 06 de novembro de 2014, proc. n.º 161/05.2JAGR.D.C2.S1, em que os arguidos aliciaram 12 pessoas a trabalhar na agricultura, em Espanha, prometendo-lhes o pagamento de um salário mensal e ainda o fornecimento de alojamento, refeições e tabaco diário, proposta esta que foi aceite por alguns dos ofendidos, sendo que aqueles que a rejeitaram foram obrigados por meio de agressões físicas a aceitar tal proposta. Chegados a Espanha, estes ofendidos ficaram sem acesso aos seus documentos de identificação e foram impedidos de comunicar com familiares, sendo então sujeitos a longas jornadas de trabalho agrícola, cuja duração variava entre as 12 e as 20 horas diárias, nunca recebendo qualquer retribuição pelo trabalho prestado e estando sob vigilância a todo o momento. Para além disso, foram instalados num armazém com função de galinheiro, vivendo “sem o mínimo de condições de habitabilidade, privacidade, higiene, alimentação, trabalho e convivência”⁴³, sendo ainda frequentemente sujeitos a agressões físicas e ameaças de morte,

⁴³ Ac. do STJ de 06/11/2014, proc. n.º 161/05.2JAGR.D.C2.S1, p. 33.

que ocorriam perante os restantes ofendidos, instaurando-se um regime generalizado de medo e ansiedade. Por fim, é de referir que, por forma a impedir que os ofendidos encetassem uma fuga durante a noite, os arguidos, para além de fecharem o armazém, prendiam alguns dos ofendidos com uma corrente de ferro fechada a cadeado, presa ao chão por ferros chumbados, sendo que um dos ofendidos chegou a dormir preso pelos pulsos durante cerca de dois anos.

Perante a factualidade descrita, foi correta a decisão do STJ de manter a condenação dos arguidos pela prática de crimes de escravidão, pois os ofendidos ficaram numa posição de fragilidade e submissão total perante os arguidos, que os transformaram em coisas das quais dispuseram livremente, forçando-os a trabalhar sem receber qualquer tipo de retribuição, recorrendo a agressões e ameaças, sujeitando-os a uma existência sem as mínimas condições de higiene, alimentação e habitabilidade, bem como negando de modo absoluto não só a sua liberdade de decisão e de ação, mas também de movimentos, levando a que estes se vissem sem qualquer possibilidade de alterar a sua condição de escravos.

Posto isto, dadas as suas semelhanças com o caso que acabámos de analisar, é nosso entendimento que o contexto descrito no ac. do TRC de 30 de setembro de 2020, proc. n.º 685/13.8JACBR.C1, foi erroneamente enquadrado no crime de tráfico de pessoas, estando verdadeiramente em causa a prática do crime de escravidão, pois também aqui está em causa a promessa de emprego em Espanha, com direito a alojamento e respetiva remuneração, quando, na realidade, as vítimas acabaram por ser obrigadas a trabalhar diariamente em explorações agrícolas, sem direito a descanso semanal e sem receber qualquer retribuição, já que os arguidos em questão se apoderavam das quantias pecuniárias destinadas aos ofendidos. Acresce que as vítimas eram alojadas em locais isolados, sem condições de higiene e salubridade e eram sujeitas a um regime alimentar pautado pela pouca quantidade e fraca qualidade de alimentos, levando a que sentissem fome, já que, aliando o facto de não receberem qualquer salário ao facto de não terem liberdade de movimentos, estas não tinham possibilidade de comprar outros alimentos. Para além do já descrito, os ofendidos eram vigiados a todo o tempo por forma a evitar que contactassem com terceiros ou conseguissem fugir e, em caso de desobediência, também estas vítimas eram repreendidas e castigadas por meio de ameaças e agressões físicas que ocorriam diante de todo o grupo. Deste modo, pelos mesmos motivos elencados relativamente ao primeiro caso analisado, só podemos concluir que os arguidos em questão deveriam ter sido condenados pelo crime de escravidão, importando notar que, na sua fundamentação, o TRC, de certo modo, acaba por refletir tal entendimento, pois chega a comparar os ofendidos à figura de “escravos dos tempos modernos”⁴⁴, considerando ainda manifesto que os ofendidos foram submetidos a um verdadeiro cativeiro e reduzidos a “meras máquinas de trabalho”.⁴⁵

⁴⁴ Ac. do TRC de 30/09/2020, proc. n.º 685/13.8JACBR.C1, p. 49.

⁴⁵ Ac. do TRC de 30/09/2020, proc. n.º 685/13.8JACBR.C1, pp. 49 e 50.

Contexto diferente é o descrito no ac. do TRE de 18 de outubro de 2018, proc. n.º 14/16.9ZCLSB.E1, cujo enquadramento jurídico-penal é reconduzível ao crime de tráfico de pessoas para fins de exploração do trabalho.

Neste caso, dois indivíduos procederam ao aliciamento de 23 cidadãos nepaleses para a prestação de trabalho agrícola em Portugal, tendo estes celebrado contratos de trabalho que previam como retribuição o pagamento de 530,00€/mês e respetivo subsídio de alimentação, mas cujo conteúdo os ofendidos não entendiam, pois nenhum deles sabia falar ou escrever português. Estes trabalhadores foram então alojados num anexo à exploração agrícola que não proporcionava condições de habitabilidade, nem de higiene, existindo apenas uma casa de banho, com dois duches, que não funcionavam devido ao facto de não haver água canalizada, nem sistema de saneamento, tendo sido divididos em três camaratas, onde dormiam em beliches, o que não lhes garantia qualquer privacidade. Relativamente ao trabalho, este era prestado sob direção do proprietário da exploração agrícola (também ele arguido) e a jornada de trabalho era de 07h30m por dia, usufruindo os trabalhadores, por vezes, de folgas ao domingo. Quanto ao salário, este era de valor variável, já que, à quantia acordada contratualmente, eram subtraídas as despesas de alojamento e de alimentação, pois os dois arguidos que aliciaram os trabalhadores deslocavam-se à exploração agrícola cerca de uma vez por mês para lhes entregar comida, sendo também de mencionar que, por forma a complementar a alimentação que lhes era fornecida, os trabalhadores dirigiam-se a uma aldeia nas proximidades onde compravam galinhas, que cozinhavam posteriormente.

Ora, dado este conjunto de circunstâncias, podemos concluir que está em causa o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração do trabalho, pois, apesar das condições pouco dignificantes a que estes trabalhadores foram sujeitos, podemos verificar que as jornadas de trabalho não eram manifestamente excessivas e que era pago um salário mensal cujo valor, apesar de ser claramente injusto, não pode ser qualificado como absolutamente desproporcional relativamente ao trabalho prestado. Acresce que os trabalhadores não se encontravam sob um regime de vigilância e, apesar de não podermos ignorar as limitações decorrentes do facto de se encontrarem em país estrangeiro, não sofriam fortes restrições quanto à sua liberdade de movimentos, podendo até deslocar-se a uma aldeia nas proximidades, sem por isso sofrer quaisquer represálias. Assim, pode-se afirmar, sem qualquer dúvida, que estes trabalhadores foram sujeitos a um regime de exploração do trabalho, sendo as suas faculdades físicas e intelectuais instrumentalizadas e, mobilizando o critério fornecido pelo StGB alemão, é notório que se verifica uma “grande disparidade com as condições de trabalho de outros trabalhadores que realizam a mesma tarefa, ou tarefas equiparáveis”.⁴⁶ No entanto, não se pode afirmar que estas vítimas foram escravizadas, pois,

⁴⁶ Cfr. §232 do StGB alemão (tradução conforme Patto, 2008, p. 195).

com a sua conduta, os arguidos não exerceram sobre elas um direito de propriedade, transformando-as em coisas, não estando aqui em causa uma limitação absoluta da liberdade dos trabalhadores, nem a sua subjugação total à vontade dos agentes exploradores.

Deste modo, foi correta a decisão do TRE em manter a condenação destes três arguidos pela prática do crime de tráfico de pessoas, sendo que relativamente ao proprietário da exploração agrícola está em causa a aceitação e alojamento de pessoas para fins de exploração do trabalho e, quanto aos restantes arguidos, a entrega, recrutamento, aliciamento e transporte de pessoas para os mesmos fins, sendo tal operado por meio de ardil, com abuso de autoridade resultante de uma situação de dependência económica e aproveitamento de situação de especial vulnerabilidade das vítimas, já que nenhuma delas tinha autorização para residir em Portugal, trabalhando nestas circunstâncias na esperança de regularizar a sua situação, estando assim em causa a prática do crime previsto nos termos do art. 160.º, n.º 1, als. b), c) e d) do CP.

Para finalizar, importa referir que o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração do trabalho abrange uma grande variedade de contextos, podendo também estar em causa situações como a do ac. do TRE de 23 de junho de 2020, proc. n.º 59/16.9GFEVR.E1, em que o arguido aliciou e constrangeu o ofendido a prestar trabalho na sua quinta, aproveitando-se de incapacidade psíquica do mesmo e entregando-lhe a quantia de cinco euros ou pagando bebidas alcoólicas como forma de retribuição pela maior parte dos trabalhos rurais que prestou, sendo esse trabalho realizado em diferentes ocasiões e mais do que uma vez por semana, variando conforme a vontade/necessidade do agente. Ao contrário do que sucedeu no caso descrito no acórdão anterior, estamos agora perante um contexto de tráfico doméstico, não se verificando a vulnerabilidade tipicamente associada ao tráfico internacional decorrente do facto de a vítima se encontrar num país que desconhece, nem estando em causa a sujeição do ofendido a condições de alojamento, higiene e alimentação pouco dignificantes, mas nem por isso deixando de se verificar um forte condicionalismo da sua liberdade de decisão e de ação, aproveitando-se o agente da fragilidade da sua saúde mental para o submeter a condições de trabalho claramente injustas.

2.3. Concurso entre os crimes de escravidão e de tráfico de pessoas para fins de escravidão

Sabendo que a escravidão é uma das formas de exploração a que as vítimas do crime de tráfico de pessoas podem ser submetidas, cabe agora dar resposta à questão de saber como deve ser punido o agente que trafica uma pessoa e, posteriormente, a escraviza, pois, neste caso, a sua conduta global corresponde à prática de ambos os crimes, sendo necessário perceber se estamos perante um concurso efetivo ou aparente de crimes.

Segundo Paulo Pinto de Albuquerque, o crime de escravidão encontra-se numa relação de concurso aparente com os outros crimes contra a liberdade pessoal, nos quais se inclui o crime de tráfico de pessoas⁴⁷, isto porque a prática do crime de tráfico de pessoas é entendida como um “momento lógico e cronológico” (Albuquerque, 2015, p. 633) anterior ao cometimento do crime de escravidão, assumindo, por isso, um caráter instrumental.⁴⁸ Assim, este autor defende estar em causa um concurso aparente na categoria da consunção, reconduzindo-nos para a teoria do concurso proposta por Eduardo Correia e significando isto que, quando atentamos nos bens jurídicos tutelados por ambas as incriminações, chegamos à conclusão de que o crime de escravidão (*lex consumens*), ao tutelar a “personalidade humana individual”, esgota a proteção visada pelo crime de tráfico de pessoas (*lex consumta*), cujo bem jurídico, no nosso entendimento, se reconduz, de forma direta, à “liberdade de decisão e de ação” e, de modo reflexo, a outras dimensões da liberdade pessoal, estando aqui em causa o concurso de “dois preceitos cujos bens jurídicos se encontram numa relação de mais para menos” (Correia, 1963, p. 132) e em que a proteção visada por um deles consome a proteção visada pelo outro, configurando-se o crime de tráfico de pessoas como uma fase de realização do crime de escravidão, ou seja, neste contexto, o crime de tráfico de pessoas surge como um crime-meio, devendo o agente ser punido apenas pelo crime de escravidão, que é o crime-fim, já que a sua punição nos termos do art. 77.º do CP constituiria uma violação do princípio *ne bis in idem*, que se encontra consagrado no art. 29.º, n.º 5 do CRP e que proíbe a dupla valoração do mesmo facto jurídico-criminal. Com o mesmo entendimento surgem ainda Miguez Garcia e Castela Rio, que defendem que, nos casos em que o mesmo agente “acumule ou tenha todo o processo em mãos (...) a punição deverá ser só por escravidão (art. 159.º), por o crime de tráfico ser instrumental deste” (Garcia & Rio, 2014, p. 667).

Já Taipa de Carvalho parece defender que, nestes casos, se verifica um concurso efetivo de crimes, e dizemos parece, porque o seu comentário ao art. 160.º do CP foi redigido quando ainda estava em vigor a versão deste artigo introduzida pela Lei n.º 59/2007 e, portanto, a escravidão ainda não era prevista como uma das formas de exploração abrangidas na incriminação do tráfico de pessoas, apenas se fazendo referência à exploração sexual, à exploração do trabalho e à extração de órgãos. No entanto, não deixa de fazer sentido expor a posição deste autor, cujo entendimento é de que, à semelhança do que sucede com o crime de rapto, “também, no crime de tráfico de pessoas, deveria afirmar-se um concurso efetivo do crime-meio (tráfico) e do crime-fim” (Carvalho, 2012, p. 689), sendo possível transpor esta mesma lógica para o caso sob análise. Para além disto, a nossa perceção de que o autor defende a existência de um concurso efetivo neste contexto vê-se reforçada quando constatamos que, apesar de no art. 160.º do CP ainda não se fazer menção à escravidão como finalidade da

⁴⁷ Albuquerque, 2015, p. 626.

⁴⁸ Albuquerque, 2015, pp. 626 e 633.

prática do crime de tráfico de pessoas, já Taipa de Carvalho tinha presente essa possibilidade, o que se comprova na sua afirmação de que, nos casos em que o agente pratica o crime de tráfico, sabendo que a vítima vai ser explorada por terceiro, mas, posteriormente, altera o seu plano e acaba ele próprio por a submeter à referida exploração, “estamos diante de um concurso efectivo, respondendo o agente pelo crime de tráfico e pelo outro crime de lenocínio qualificado (...), de ofensa à integridade física grave, ou, eventualmente, de escravidão” (Carvalho, 2012, p. 687).

Feita esta exposição doutrinal, procederemos agora à nossa análise, tendo por base a teoria do concurso proposta por Figueiredo Dias que, mesmo não estando imune à crítica⁴⁹, permite explorar esta questão de uma perspectiva distinta e predominantemente material. Isto porque, segundo este autor, no concurso efetivo “verifica-se uma pluralidade de sentidos de ilícito do comportamento global” (Dias, 2019, p. 1168) imputado ao agente e no concurso aparente constata-se “uma absoluta dominância ou prevalência de um sentido de ilícito sobre outro ou outros ilícitos concorrentes, mas assim dominados, subordinados, dependentes ou acessórios” (Dias, 2019, p. 1168), distinguindo-se este último da categoria de consunção proposta por Eduardo Correia, porque esta “é agora repensada não sob o prisma das relações entre normas, mas de relações entre sentidos de ilícitos singulares no contexto da realidade da vida constituída pelo comportamento global” (Dias, 2019, p. 1176).

Ora, mobilizando o critério do crime instrumental ou do crime meio, em que Figueiredo Dias afirma estarmos perante um concurso aparente de crimes nos casos em que “um ilícito singular, surge, perante o ilícito principal, unicamente como meio de o realizar e nesta realização esgota o seu sentido e os seus efeitos” (Dias, 2019, p. 1182), apenas podemos concluir que, nos casos em que o agente trafica uma pessoa e, posteriormente, a escraviza se verifica um concurso aparente de crimes, pois atentando no seu comportamento global verifica-se que está em causa somente um sentido social de ilicitude, uma vez que o crime de escravidão convoca um sentido de ilícito dominante, esgotando o sentido e os efeitos do crime de tráfico de pessoas, cujo sentido de ilicitude se vê dominado. Assim, perante esta situação de concurso aparente, por forma a não violar o princípio *ne bis in idem*, mas, ainda assim, garantir uma esgotante apreciação da conduta do agente, este deve ser punido pelo crime de escravidão (crime-fim), e o facto de também ter praticado o crime de tráfico de pessoas (crime-meio) “deverá influenciar a medida da pena do concurso” (Dias, 2019, p. 1183). Por outras palavras, a moldura penal aplicável será a relativa ao crime de escravidão, porém, a prática do crime de tráfico de pessoas deve ser valorada na determinação da pena concretamente aplicável. Este raciocínio também se aplica aos casos em que, de acordo com uma primeira resolução, o agente pratica o crime de tráfico de pessoas tendo como finalidade que a vítima

⁴⁹ Cfr. Monteiro, 2015, pp. 163-176.

seja escravizada por terceiro, mas, entretanto, toma uma segunda resolução, acabando ele próprio por escravizar a referida vítima, já que “a pluralidade de resoluções é ainda compatível com a unidade de sentido de ilícito do comportamento total” (Dias, 2019, p. 1171), verificando-se tal unidade também neste caso.

Importa, contudo, atentar que o raciocínio exposto apenas é aplicável aos casos em que o agente pratica o crime de tráfico de pessoas por via do recrutamento, aliciamento, aceitação, transporte, alojamento ou acolhimento da vítima (art. 160.º, n.º 1 do CP) e, posteriormente, a reduz ao estado ou à condição de escravo (art. 159.º, al. a) do CP), sendo distintos os casos em que o agente ofereça ou entregue outrem para que seja escravizado (art. 160.º, n.º 1 do CP), pois quando confrontamos esta conduta com a prevista na al. b) do art. 159.º do CP, na parte referente à alienação e cedência de pessoa com intenção de a manter no estado ou condição de escravo, constatamos que estamos perante uma sobreposição das condutas típicas descritas. Assim, neste caso, encontramos também perante uma relação de concurso aparente, pois o comportamento global do agente preenche mais do que um tipo legal de crime, não se verificando uma pluralidade de sentidos de ilícito. Todavia, valorar a prática do crime de tráfico de pessoas na determinação da medida da pena concretamente aplicável implicaria uma violação do princípio *ne bis in idem*, pois, em ambas as incriminações, está em causa a mesma conduta. Recordemos que o fundamento da al. b) é o facto de as condutas típicas nele enunciadas serem análogas à escravidão, já que implicam que o agente percecione a pessoa como uma coisa sobre a qual exerce um direito de propriedade, sendo então a única conclusão lógica a retirar a de que, quando o agente oferece ou entrega uma pessoa, tendo como finalidade que esta seja escravizada, está a exercer o mencionado direito de propriedade e está, de facto, a aliená-la ou a cedê-la com a intenção de que esta seja mantida no estado ou na condição de escravo. Portanto, nestes casos, está sempre em causa a prática do crime de escravidão, nos termos da al. b) do art. 159.º do CP, não devendo ser valorado o facto de tais condutas serem subsumíveis ao crime de tráfico de pessoas.

3. A (des)necessidade de manutenção do tipo legal de burla relativa a trabalho ou emprego

Relativamente ao crime de burla relativa a trabalho ou emprego, consagrado no art. 222.º do CP, têm-se suscitado dúvidas quanto à necessidade da sua manutenção no elenco de crimes tipificados no CP, não só por parte da doutrina, como veremos, mas também pela jurisprudência, sendo que no ac. do TRP de 27 de novembro de 2013, proc. n.º 322/04.1TAMLG.P1, afirma-se que o tipo previsto no art. 222.º do CP é desnecessário, acrescentando ainda que a criação deste crime é resultado de “anseios de natureza social e políticas criminais de impacto, ainda que estas possam alimentar a ideia de pura demagogia e

sobreposição normativa”⁵⁰, considerando o referido Tribunal que o crime de burla do art. 217.º do CP seria suficiente para abranger este tipo de condutas, pois o art. 222.º do CP “contém os mesmos elementos do tipo fundamental do crime de burla (...) excetuando-se apenas o facto do erro ou engano incidir sobre um facto específico”.⁵¹

Previamente à nossa reflexão acerca da (des)necessidade do crime de burla relativa a trabalho ou emprego, importa notar que, quando atentamos neste crime, somos confrontados com alguns problemas relativos à sua interpretação e aplicação.

Em primeiro lugar, o legislador parte do pressuposto de que apenas a deslocação da vítima para país estrangeiro tem por consequência que esta fique numa posição particularmente frágil e vulnerável, o que não corresponde à verdade, pois, tal como refere Almeida Costa, o facto de a pessoa se deslocar para outro país não representa necessariamente a constatação de prejuízos acrescidos para a mesma, referindo-se como exemplo o caso do “aliciamento de um habitante de Vila-Real de Santo António (Algarve) para trabalhar em Huelva” (Costa, 2020, p. 121) e, por outro lado, a deslocação de uma pessoa dentro do seu próprio país pode acarretar os referidos prejuízos excessivos, mencionando-se aqui o caso de “o aliciamento implicar a deslocação do mesmo indivíduo para Viana do Castelo ou Bragança” (Costa, 2020, p. 121). Assim, este autor propõe uma interpretação restritiva do art. 222.º do CP, devendo este apenas ser aplicado aos casos em que o facto de se encontrar no estrangeiro comportar “uma sensível fragilização da posição da vítima, por referência àquela que, numa situação análoga, se verificaria no país de residência” (Costa, 2020, pp. 121 e 122). No entanto, importa notar que esta interpretação restritiva apenas dá resposta a casos análogos ao referido no primeiro exemplo, sendo que, devido à exigência do art. 222.º do CP no sentido de que a deslocação da vítima seja para país estrangeiro, ficam por tutelar os casos em que a deslocação ocorre dentro do seu país de residência, mesmo que tal implique uma sensível fragilização da sua posição, podendo a pessoa, também neste contexto, vir a ser sujeita a “condições infra-humanas”.

Em segundo lugar, tal como assinala Damião da Cunha, a redação do crime de burla relativa a trabalho ou emprego pode “colocar algumas dificuldades, de um ponto de vista da aplicação da lei penal portuguesa (arts. 4.º e 7.º)” (Cunha, 2017, p. 211), sendo que, excetuando os casos em que o agente é português e cometeu o crime contra um português, ou em que o agente se encontre em Portugal (art. 5.º do CP), tais dificuldades de aplicação da lei penal portuguesa se poderão verificar quanto à modalidade de burla relativa a trabalho ou emprego prevista no n.º 2 do art. 222.º do CP.

Explanados os problemas inerentes à redação do crime tipificado no art. 222.º do CP, podemos agora refletir acerca da (des)necessidade da sua manutenção, sendo que, para tal,

⁵⁰ Ac. do TRP de 27/11/2013, proc. n.º 322/04.1TAMLG.P1, p. 15.

⁵¹ Ac. do TRP de 27/11/2013, proc. n.º 322/04.1TAMLG.P1, p. 15.

atentaremos na sua relação com o crime de burla (art. 217.º do CP) e com o crime de tráfico de pessoas (art. 160.º do CP).

Assim, importa mencionar que Almeida Costa, referindo-se estritamente à tutela patrimonial conferida pelo art. 222.º do CP, afirma que a criação do crime de burla relativa a trabalho ou emprego foi desnecessária, considerando que tal proteção “já se encontrava a recoberto pelos arts. 217.º e 218.º” (Costa, 2020, p. 122), pois o art. 222.º do CP apresenta a “estrutura de um genuíno delito de burla” (Costa, 2020, p. 122) e os objetivos prosseguidos por esta incriminação estavam “já contemplados no art. 218.º, em particular na al. d) do respetivo n.º 2” (Costa, 2020, p. 122), em que se prevê a qualificação do crime de burla nos casos em que a pessoa prejudicada fique em difícil situação económica. Já Maia Gonçalves não faz qualquer distinção entre a dimensão patrimonial e a dimensão não-patrimonial do bem jurídico tutelado por este crime e afirma que as condutas previstas no art. 222.º do CP “já eram subsumíveis ao crime geral de burla” (Gonçalves, 2007, p. 821), acrescentando que, nos casos de “aliciamento ou promessa de trabalho ou emprego em Portugal e residindo aqui a vítima, o caso será subsumível à previsão geral do crime de burla” (Gonçalves, 2007, p. 821).

Ora, não nos podemos esquecer, como acima defendemos⁵², que com esta incriminação se procura tutelar um bem jurídico complexo, constituído por uma dimensão patrimonial e por uma dimensão não-patrimonial (pessoal), em que se visa a proteção da liberdade de decisão e de ação. Deste modo, se atentarmos estritamente na tutela patrimonial conferida pelo art. 222.º do CP, somos levados a aceitar o entendimento de Almeida Costa. No entanto, afirmar, de um modo genérico, que as condutas típicas do art. 222.º do CP são subsumíveis ao crime geral de burla, como o faz Maia Gonçalves, apesar de não ser absolutamente incorreto, afigura-se redutor, pois revela uma certa desconsideração de que na génese do crime de burla relativa a trabalho ou emprego está o facto de este tipo de conduta fraudulenta implicar frequentemente a sujeição de trabalhadores a “condições infra-humanas”.⁵³

Por outro lado, quando refletimos acerca da relação entre o crime de burla relativa a trabalho ou emprego e o crime de tráfico de pessoas, mais concretamente o crime de tráfico de pessoas para exploração do trabalho, constatamos que estas incriminações são semelhantes. Isto porque no art. 222.º do CP está em causa o aliciamento (“a atração, a provocação, a sedução, o recrutamento e convencimento” (Leal-Henriques & Santos, 2000, p. 932)) ou promessa (“anúncio de se conseguir obter para o prometido um bem que ele deseja ou procura atingir” (Leal-Henriques & Santos, 2000, p. 933)) de trabalho ou emprego no estrangeiro, atuando o agente com intenção de obter enriquecimento ilegítimo para si ou terceiro, causando prejuízo patrimonial à vítima, e, no n.º 1 do art. 160.º do CP, prevê-se como conduta típica o aliciamento para fins de exploração, sendo de notar que este implica “o conhecimento

⁵² Cfr. “3. Burla relativa a trabalho ou emprego – Evolução e bem jurídico”.

⁵³ Cfr. Exposições de motivos da Proposta de lei 80/VII e da Proposta de lei 160/VII.

e a vontade de provocar um dano patrimonial à vítima e, por outro lado, a intenção de conseguir um enriquecimento próprio ou alheio” (Costa, 2020, p. 123). Neste sentido, surgem também Paulo Pinto de Albuquerque, defendendo que o crime de tráfico de pessoas para exploração do trabalho “supõe não apenas um enriquecimento ilegítimo do agente explorador, mas também um prejuízo patrimonial do “explorado”” (Albuquerque, 2015, p. 863), e Damião da Cunha, reiterando que a redação típica do crime de tráfico de pessoas é próxima do crime de burla, “tanto no meio – aliciamento através de ardil ou manobra fraudulenta –, como no prejuízo/enriquecimento – ‘exploração do trabalho’” (Cunha, 2017, p. 212). Para além do referido, importa ainda mencionar que o conceito de “exploração do trabalho”, tal como supra concebido, engloba a sujeição das vítimas a “condições infra-humanas”.

Posto isto, consideramos que a criação do crime de burla relativa a trabalho ou emprego, que foi introduzido por força da Lei n.º 65/98, de 02 de setembro, não foi desnecessária, uma vez que, à data, o crime de tráfico de pessoas apenas previa a punição do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. No entanto, com a previsão da exploração do trabalho como uma das formas de exploração presentes no crime de tráfico de pessoas, a incriminação do art. 222.º do CP deixa de ser necessária, não sendo possível justificar a sua manutenção, já que o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração do trabalho dá resposta às finalidades político-criminais inerentes à criação do crime de burla relativa a trabalho ou emprego. Assim, concordamos com Paulo Pinto de Albuquerque quando afirma que estamos perante uma “sobreposição de bens jurídicos protegidos por estas normas” (Albuquerque, 2015, p. 863), pois, de um ponto de vista patrimonial, o crime de tráfico de pessoas tem subjacente à sua conformação uma lógica de prejuízo/enriquecimento e, de um ponto de vista pessoal, esta incriminação vem proteger a liberdade de decisão e de ação, fazendo-o até de uma forma mais completa quando comparado com o crime de burla relativa a trabalho ou emprego, uma vez que, ao contrário deste último, abrange as situações em que o aliciamento/promessa seja relativo a trabalho ou emprego em Portugal e seja feito a pessoa residente em Portugal, ou seja, viabiliza a punição do tráfico de pessoas interno.

Para além do disposto, mesmo que se verifique uma manutenção do crime de burla relativa a trabalho ou emprego no elenco de incriminações constantes no nosso Código Penal, quando atentamos na sua relação concursal com o crime de escravidão e com o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração do trabalho, somos levados a concluir pela sua inaplicabilidade.

Vejamos que, na sua relação com o crime de escravidão, não há dúvidas de que está em causa um concurso aparente de crimes, assumindo o crime de burla relativa a trabalho ou emprego um carácter instrumental e devendo o agente ser punido pelo crime de escravidão, tendo sido este o entendimento acolhido no já mencionado ac. do TRP de 27 de novembro de 2013, em cujo sumário se refere que “comete o crime de escravatura quem (...) obteve o

trabalho de outrem mediante burla relativa a trabalho ou emprego ainda que não se trate de um trabalho forçado ‘*ab initio*’⁵⁴ e também no ac. do STJ de 6 de novembro de 2014, proc. n.º 161/05.2JAGR.D.C2.S1.^{55 56}

Já quanto à relação do crime de burla relativa a trabalho ou emprego com o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração do trabalho, tendo em conta a análise que neste capítulo realizámos, constatamos que também está em causa uma relação de concurso aparente de crimes, devendo o agente ser punido pela prática do crime de tráfico de pessoas, sendo este também o entendimento defendido por Garcia e Rio⁵⁷, Paulo Pinto de Albuquerque⁵⁸ e Almeida Costa⁵⁹. Assim, não nos resta senão concordar com este último autor quando afirma que este circunstancialismo leva a que, “na prática, o art. 222.º mais não constitua hoje do que letra morta” (Costa, 2020, p. 123).

É ainda de notar que, na jurisprudência dos Tribunais da Relação e do STJ, não se tem suscitado o problema de se verificar um eventual concurso aparente entre o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração do trabalho e o crime de burla relativa a trabalho ou emprego. De facto, o que se pode constatar é que, quando os referidos Tribunais enquadram jurídico-penalmente determinada conduta na prática do crime de tráfico de pessoas para fins de exploração do trabalho, não fazem sequer qualquer referência ao crime previsto no art. 222.º do CP, o que nos parece vir reiterar o nosso entendimento no sentido de que este último crime é desnecessário face à atual redação do art. 160.º do CP, que ao abranger a finalidade de exploração do trabalho tornou inaplicável a incriminação prevista no art. 222.º do CP.

Posto isto, importa ressaltar que, na nossa análise, partimos do princípio de que o crime de burla relativa a trabalho ou emprego apenas se consuma com a efetiva deslocação da vítima para outro país⁶⁰. No entanto, se considerássemos que tal deslocação não era exigível para a sua consumação, a este crime seriam também subsumíveis situações em que o agente, por forma a obter enriquecimento ilegítimo, para si ou para terceiro, alicia ou faz promessa de trabalho no estrangeiro a outra pessoa, levando a que esta efetue uma prestação pecuniária, causando-lhe prejuízo patrimonial, bem sabendo que, de facto, o referido trabalho ou emprego nem sequer existe ou que, a existir, o processo de contratação não implica qualquer tipo de

⁵⁴ Sumário do ac. do TRP de 27/11/2013, proc. n.º 322/04.1TAMLG.P1.

⁵⁵ “Efectivamente, os ora recorrentes foram absolvidos dos crimes de burla relativa a trabalho, por se haver considerado que os crimes de escravidão consomem aqueles crimes (...) Concordamos inteiramente com a qualificação jurídica dos factos dados como provados, efectuada pelo tribunal “a quo” (...)”, ac. do STJ de 6/11/2014, proc. n.º 161/05.2JAGR.D.C2.S1, p. 50.

⁵⁶ É de notar que, em ambos os acórdãos referidos, está em causa a análise de factos que ocorreram antes do ano de 2007, não sendo aplicável a redação do art. 160.º do CP, introduzida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, que incrimina o tráfico de pessoas para fins de exploração do trabalho e, por isso, ainda ser de relevo a análise elaborada.

⁵⁷ Garcia & Rio, 2014, p. 940.

⁵⁸ Albuquerque, 2015, p. 863.

⁵⁹ Costa, 2020, p. 123.

⁶⁰ Cfr. “3. Burla relativa a trabalho ou emprego – Evolução e bem jurídico”.

prestação patrimonial por parte da vítima, sendo que, nestes casos, o agente tem pleno conhecimento do circunstancialismo descrito.

São exemplos práticos deste tipo de conduta os casos em que o agente, sabendo das dificuldades financeiras que outra pessoa está a sofrer, se aproveita da sua condição vulnerável e se dirige à mesma prometendo-lhe a participação num processo de recrutamento de determinada empresa, mediante o pagamento de uma quantia pecuniária, ou ainda os casos em que são publicitados (normalmente on-line, quer em *websites* de oferta/procura de emprego, quer nas redes sociais) anúncios falsos relativos a oportunidades de emprego bastante atrativas, sendo que, após resposta das vítimas a esses anúncios, lhes é pedida a entrega de elementos de identificação (cartão de cidadão, passaporte, NIF) e o pagamento de determinada quantia pecuniária, sendo esta conduta mais comum nos casos em que está em causa a obtenção de trabalho/emprego no estrangeiro.

Deste modo, poderíamos ser levados a arguir que, partindo de um ponto de vista oposto quanto às exigências de consumação do crime de burla relativa a trabalho ou emprego, este ainda teria aplicabilidade e seria vantajoso mantê-lo no elenco de crimes contra o património constante no Título II do nosso CP, pois viabilizaria a aplicação, a estas condutas particularmente desvaliosas, de uma moldura penal qualificada relativamente à moldura penal do crime de burla, previsto no art. 217.º do CP.

Porém, não nos parece que a aplicação de uma moldura penal qualificada a este tipo de comportamentos se deva fazer por esta via. Isto porque, por um lado, a não exigência de deslocação da vítima para país estrangeiro, como elemento constitutivo da consumação do crime de burla relativa a trabalho ou emprego, implicaria ignorar por completo a *ratio* e as considerações político-criminais subjacentes à introdução do art. 222.º no CP, revelando uma total desconsideração pela dimensão não-patrimonial do bem jurídico por ele tutelado. Por outro lado, porque a manutenção desta incriminação seria insuficiente no sentido de abranger situações em que, residindo a vítima em Portugal, o aliciamento ou promessa seja relativo a trabalho ou emprego situado também em Portugal, não sendo possível justificar tal diferença de enquadramento jurídico-penal, concretamente de molduras penais aplicáveis, visto que, neste contexto, o trabalho/emprego não existe ou, a existir, o acesso ao mesmo não implica os condicionalismos impostos pelo agente e, portanto, a conduta em apreço não assume um maior desvalor jurídico-penal por estar em causa o aliciamento ou promessa de trabalho/emprego no estrangeiro, sendo apenas de valorizar o prejuízo patrimonial causado com a mesma.

Para além do disposto, importa ainda referir que a tentativa da prática do crime de burla relativa a trabalho ou emprego é punível e, portanto, mesmo que se entenda ser necessária, para a consumação deste crime, a deslocação da vítima para país estrangeiro, seria possível punir o tipo de condutas sob análise a título de tentativa. No entanto, a moldura penal aplicável

seria especialmente atenuada, por força do estipulado nos arts. 23.º, n.º 2 e 73.º do CP, e não deixaria de se verificar o já referido problema relativo ao facto de esta incriminação apenas ser aplicável aos casos em que o aliciamento ou promessa sejam relativos a trabalho ou emprego em país que não seja aquele em que a vítima reside.

Já sob outra perspetiva, é de notar que este tipo de condutas não poderia ser subsumível à prática do crime de tráfico de pessoas na forma tentada, uma vez que, relativamente a esta incriminação, se exige que a atuação do agente tenha por finalidade a exploração da vítima, ou seja, está em causa um dolo específico que não se verifica nos casos a que nos temos vindo a referir.

Assim, do nosso ponto de vista, parece-nos justificar-se a introdução de uma nova qualificação no art. 218.º do CP (burla qualificada) no sentido de abranger as situações em apreço, sendo vários os motivos que justificam a referida qualificação, designadamente, o facto de uma proposta de trabalho que ofereça boas condições, nomeadamente, a nível salarial, ser geradora de grande atratividade, especialmente quando as vítimas se encontrem em difícil situação económica (por força de situação profissional precária ou de desemprego); de estes crimes serem cada vez mais praticados por meio digital, sendo mais difícil para as vítimas indagar acerca da veracidade da proposta de trabalho/emprego, uma vez que é mais fácil para o agente criar uma falsa identidade (ou até várias falsas identidades) e criar *websites* também eles falsos, que confirmam maior autenticidade à proposta de trabalho/emprego apresentada à vítima e à necessidade de pagamento de determinada quantia pecuniária por parte desta para desencadear/promover o processo de contratação; e ainda por “em situações de crise (...) ser uma fraude particularmente corrente” (Cunha, 2017, p. 215).

Por conseguinte, para fazer face a estas concretas situações de burla em que o erro ou engano astuciosamente provocado pelo agente versa sobre proposta de trabalho ou emprego, é nosso entendimento que faria sentido acrescentar uma nova alínea ao n.º 2 do art. 218.º do CP e, nesse sentido, sugerimos a seguinte hipótese de redação: “e) Os factos astuciosamente provocados forem relativos a proposta de trabalho ou emprego”.

Pois vejamos o seguinte: considerando que nas situações sob análise estamos perante um verdadeiro crime de burla, sendo causado à vítima um prejuízo estritamente patrimonial e não se verificando a lesão, ou sequer a intenção de lesar, bens jurídicos pessoais, conforme o que sucede nos casos de exploração do trabalho, prevista como finalidade do crime de tráfico de pessoas, a solução legal ora apresentada viabiliza a aplicação de uma moldura penal adequada à gravidade da conduta ilícita em apreço, bem como uma harmonização legal, pois estaria viabilizada a punição qualificada de casos em que o aliciamento/engano fosse feito a vítima residente em Portugal e relativo a trabalho ou emprego também sito em Portugal, o que não sucederia se optássemos pela manutenção do crime de burla relativa a trabalho ou emprego, nos termos em que se encontra atualmente previsto.

Conclusão

Do estudo apresentado, devem ser extraídas várias conclusões, sendo a primeira a de que o correto enquadramento jurídico-penal de contextos de exploração do trabalho implica uma atenta e detalhada avaliação casuística. Isto porque, partindo da noção de que a “exploração do trabalho” consiste numa instrumentalização das faculdades físicas e/ou intelectuais de outrem tendo em vista a prestação de determinado trabalho ou serviço, facilmente se compreende que estamos perante um conceito que engloba um amplo espectro de situações concretas, sendo da maior relevância a apreciação do efetivo grau de instrumentalização a que a vítima em causa foi sujeita.

Ora, não nos parece existir qualquer dúvida quanto ao facto de a escravidão ser a forma mais gravosa e intensa de “exploração do trabalho”, uma vez que o grau de instrumentalização inerente a esta prática é extremamente elevado, pois, para além de se verificarem os elementos característicos da “exploração do trabalho” (de um modo geral), estes devem ainda evidenciar um contexto de limitação absoluta da liberdade da vítima, que se vê completamente dominada por um agente explorador que sobre ela exerce um direito de propriedade, transformando-a numa coisa ou sujeitando-a à servidão.

Posto isto, quando procuramos delimitar e distinguir o âmbito de aplicação dos crimes de escravidão e de tráfico de pessoas para fins de exploração do trabalho, mesmo tendo em conta que a consumação deste último não implica uma efetiva exploração da vítima, torna-se evidente que a análise do grau de instrumentalização das vítimas destes crimes surge como um relevante auxílio a mobilizar.

Deste modo, apesar de o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração do trabalho ter uma grande margem de aplicabilidade, quando somos confrontados com casos de exploração do trabalho reveladores de um elevado grau de instrumentalização, devemos ponderar a possibilidade de estarmos perante a prática de um crime de escravidão. Importa ainda acrescentar que, da análise jurisprudencial realizada, podemos concluir que, por vezes, verdadeiros casos de escravidão são subsumidos ao crime de tráfico de pessoas para fins de exploração do trabalho, sendo o principal efeito deste incorreto enquadramento jurídico-penal o facto de ser aplicável, em princípio, uma moldura penal de três a dez anos de prisão, ao invés da moldura penal relativa ao crime de escravidão, que é de cinco a quinze anos de prisão, podendo originar-se consequências indesejáveis atendendo às finalidades da pena.

Já relativamente à relação entre o crime de escravidão e o crime de tráfico de pessoas para fins de escravidão, entendemos que, quando o mesmo agente recruta, alicia, aceita, transporta, aloja ou acolhe determinada vítima, tendo como finalidade que esta seja escravizada e, posteriormente, a reduz ao estado ou condição de escravidão, nos termos da al. a) do art. 159.º do CP, está em causa um concurso aparente de crimes, sendo aplicável a moldura penal estipulada para o crime de escravidão, mas devendo a prática do crime de

tráfico de pessoas influir na determinação da pena concretamente aplicável. No entanto, nos casos em que o agente pratica o crime de tráfico de pessoas, consistindo a sua conduta na oferta ou entrega da vítima para fins de escravidão, apesar de também se verificar um concurso aparente com o crime de escravidão, nomeadamente, com o crime previsto na al. b) do art. 159.º do CP, está verdadeiramente em causa uma sobreposição normativa, sendo aplicável a moldura penal relativa ao crime de escravidão, não devendo a prática do crime de tráfico de pessoas ser valorada na pena concretamente aplicável, uma vez que tal implicaria uma violação do princípio constitucional *ne bis in idem*.

No que diz respeito ao crime de burla relativa a trabalho ou emprego (art. 222.º do CP), ficou demonstrado que este é desnecessário e inaplicável, não só em virtude da redação atual do crime de tráfico de pessoas, mas também devido à sua relação concursal com este último crime e com o crime de escravidão. Contudo, tendo em conta que a prática de burlas relativas a trabalho ou emprego se revela particularmente desvaliosa e recorrente, parece-nos ser defensável a introdução de um novo tipo qualificador no n.º 2 do art. 218.º do CP a que esta categoria de condutas fosse subsumível.

Por fim, também faria sentido proceder-se a uma alteração quanto à inserção sistemática dos crimes de tráfico de pessoas e de escravidão, pois tendo em conta a importância dos bens jurídicos tutelados e a gravidade das incriminações em causa, estas deveriam encerrar, segundo a ordem mencionada, o Capítulo IV do nosso CP, que se refere aos “crimes contra a liberdade pessoal”.

Expostas as principais conclusões deste estudo, cabe-nos agora chamar a atenção para o facto de os chamados “escravos modernos” não deixarem de ser verdadeiros escravos. Com efeito, a passagem para um novo paradigma histórico-social implica uma renovada e concertada luta contra todas as práticas de exploração do trabalho, especialmente devido ao facto de, não raras vezes, estas ocorrerem no seio da criminalidade organizada, estando intimamente ligadas à prática de outros crimes como, por exemplo, o branqueamento de capitais. Assim, conscientes de que não esgotámos a análise de todas as questões que podem surgir neste âmbito temático, entendemos ser essencial que a investigação do fenómeno da exploração do trabalho, de um modo geral, e dos crimes de escravidão e de tráfico de pessoas, em particular, não cesse, e se reforce, surgindo esta dissertação como um contributo nesse sentido.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, P.P. (2015). *Comentário do Código Penal – À luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- CARVALHO, A.T. (2012). Comentário aos artigos 131.º a 201.º. In J. Figueiredo Dias (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal – Tomo I, Parte especial –º*, 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- CORREIA, E.H.S. (1963). *A teoria do concurso em direito criminal: A unidade e pluralidade de infrações; caso julgado e poderes de cognição do juiz*. Coimbra: Almedina.
- COSTA, A.M.A. (2020). *A burla no Código Penal português*. Coimbra: Almedina.
- CUNHA, J.M.D. (2017). *Direito penal patrimonial – Sistema e estrutura fundamental*. Porto: Universidade Católica Editora.
- DIAS, J.F. (2019). *Direito penal: Parte geral – Tomo I: Questões fundamentais; a doutrina geral do crime*, 3.^a Edição. Coimbra: Gestlegal.
- FIDALGO, M. (2017, janeiro). Burla relativa a trabalho ou emprego (a sua eventual desnecessidade no ordenamento jurídico português). *JULGAR Online*. Retirado de <http://julgar.pt/burla-relativa-a-trabalho-ou-emprego/>.
- GARCIA, M.M. & RIO, J.M.C. (2014). *Código Penal – Parte geral e especial*. Coimbra: Edições Almedina.
- GONÇALVES, M.M. (2007). *Código Penal português – Anotado e comentado*, 18.^a Edição. Coimbra: Edições Almedina.
- LEAL-HENRIQUES, M. & SANTOS, M.S. (2000). *Código Penal anotado – II volume (arts. 131.º a 386.º)*, 3.^a Edição. Lisboa: Rei dos Livros.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (1979). *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal – Parte especial*. Lisboa: Ministério da Justiça.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (1993). *Código Penal – Actas e projecto da Comissão de Revisão*. Lisboa: Rei dos Livros.
- MONTEIRO, C.L. (2015). *Do concurso de crimes ao “concurso de ilícitos” em direito penal*. Coimbra: Almedina.
- PATTO, P.M.G.V. (2008). O crime de tráfico de pessoas no Código Penal revisto – Análise de algumas questões. *Revista do CEJ*, n.º 8 (especial), pp. 179-203.
- PEREIRA, V.S. & LAFAYETTE, A. (2014). *Código Penal anotado e comentado – Legislação conexa e complementar*, 2.^a Edição. Lisboa: Quid Juris.
- RODRIGUES, A.M. (2010). A incriminação do tráfico de pessoas no contexto da política criminal contemporânea. In M. Andrade, M.J. Antunes & S.A. de Sousa (orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. III, pp. 577 a 586. Coimbra: Coimbra Editora.

A discriminação em função do sexo
e o princípio da igualdade salarial

Ana Camila Francisco Salgueiro Sucena Marques de Queiroz

Sob orientação da Professora
Doutora Catarina de Oliveira Carvalho

À minha Avó Inha,
Tal como tudo o resto.

“ (...)”
Tinha chegado o tempo
Em que era preciso que alguém não recuasse
E a terra bebeu um sangue duas vezes puro
Porque eras a mulher e não somente a fêmea
Eras a inocência frontal que não recua
Antígona poisou a sua mão sobre o teu ombro no instante em que morreste
E a busca da justiça continua”

“*Catarina Eufémia*” de Sophia de Mello Breyner Andresen

Agradecimentos

A Deus por, nas reputadas palavras de Júlio Gomes, “se ter lembrado de mim no Seu trabalho”.

Aos meus Pais pelo amor, pelo exemplo e por serem ouvidos atentos de todas as coisas que tenho para contar quando chego a casa – sei que, por vezes, são mesmo muitas.

À Professora Doutora Catarina de Oliveira Carvalho pela dedicação e cuidado.

Aos meus Tios e Primos por serem sempre tão presentes e encorajadores.

Aos meus Amigos pela partilha de cada instante desta caminhada.

À PRA – Raposo, Sá Miranda & Associados. Em especial, ao Departamento Laboral pelo apoio e compreensão.

À Chris pela inspiração na idade certa. E por me ter ensinado, atempadamente, que *lawyer* e *liar* são duas palavras diferentes.

A todas as Mulheres que nunca deixaram, nem deixarão, de lutar.

Resumo

O contexto laboral é um campo propício à manifestação de todos os tipos de discriminação. Passadas décadas desde a entrada da mulher no mercado de trabalho, o sexo continua a ser um fator que motiva diversas situações de desigualdade. Em concreto, a desigualdade salarial tem sido um tópico amplamente abordado e regulado. Assim sendo, qual poderá ser a razão para que se continuem a verificar significativas diferenças salariais entre homens e mulheres? A presente dissertação pretende debruçar-se sobre o caminho que já foi feito a nível de igualdade salarial e sobre a efetividade dos mecanismos criados para a alcançar.

Palavras-chave: discriminação; sexo; igualdade salarial; disparidade salarial; remuneração.

Abstract

The work context is a favourable field for the manifestation of all types of discrimination. Decades after the entry of women into the labour market, gender continues to be a factor that motivates different situations of inequality. Wage inequality, in particular, has been a widely addressed and regulated topic. Thus, what could be the reason for the persistence of significant wage gaps between men and women? This dissertation intends to focus on the progress already made in terms of equal pay and on the effectiveness of the mechanisms created to achieve it.

Keywords: discrimination; gender; equal pay; gender pay gap; remuneration.

Lista de siglas e abreviaturas

AAVV.	Autores vários
Ac. / Acs.	Acórdão / acórdãos
ACT	Autoridade para as Condições no Trabalho
al. / als.	Alínea / Alíneas
art./arts.	Artigo/ Artigos
CC	Código Civil
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CE	Comunidade Europeia
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
CEE	Comunidade Económica Europeia
CESIS	Centro de Estudos para a Intervenção Social
CITE	Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego
Coords.	Coordenadores/(as)
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSE(R)	Carta Social Europeia Revista
CT	Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12.02
DL	Decreto-Lei
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EM	Estados-Membros
GPG	<i>Gender Pay Gap</i>
INUT	Inquérito Nacional aos Usos do Tempo de Homens e de Mulheres
IRCT	Instrumento de Regulamentação Coletiva de Trabalho
MTSSS	Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social
n.º /n.ºs	Número/ Números
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONG	Organização Não Governamental
Org.	Organizado
p./ pp.	Página/ Páginas
Seg. Social	Segurança Social
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TCEE	Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJ	Tribunal de Justiça

TRP	Tribunal da Relação do Porto
TUE	Tratado da União Europeia
UC	Unidade de Conta
UE	União Europeia

Índice

Capítulo I – Considerações introdutórias	9
Capítulo II – Enquadramento legal	11
1.1. Enquadramento internacional e europeu	11
1.1.1. Organização das Nações Unidas	11
1.1.2. Organização Internacional do Trabalho	11
1.1.3. União Europeia	12
a. Fontes primárias	12
b. Fontes secundárias	14
1.1.4. Conselho da Europa	17
a. Convenção Europeia dos Direitos Humanos	17
b. Carta Social Europeia Revista e o Comité Europeu dos Direitos Sociais	17
1.2. Constituição da República Portuguesa	18
1.3. Enquadramento infraconstitucional	20
1.3.1. Decreto-Lei n.º 392/79, de 20 de setembro	20
1.3.2. Código do Trabalho	21
Capítulo III – A Lei n.º 60/2018	23
1.1. Considerações gerais	23
1.2. O Conceito de remuneração	25
1.3. Análise da Lei	25
1.3.1. Informação estatística	25
1.3.2. Promoção de transparência remuneratória	26
1.3.3. Plano de avaliação	28
1.3.4. Parecer da Comissão para a igualdade no trabalho e no emprego	30
1.3.5. Presunção de despedimento	31
1.3.6. Acompanhamento e avaliação	32
1.3.7. Registo de condenações	32
1.4. Eficácia da Lei	32
Considerações finais	37
Bibliografia	39
Anexo 1 – Tabela para controlo das disparidades salariais	42

Capítulo I – Considerações introdutórias

A discriminação em função do sexo é um problema antigo que, infelizmente, permanece vivo nos nossos dias. O sexo como fator de discriminação revela-se em vários contextos e com diversas facetas, sendo a discriminação que acontece no local de trabalho¹ uma das manifestações com maior visibilidade. A segregação dos postos de trabalho, bem como o preconceito, durante tantos anos enraizado, de que o trabalho feminino era de valor inferior fizeram com que a própria ação legislativa fosse ineficaz². Como veremos no próximo capítulo, esta é uma matéria que foi alvo de um enorme desenvolvimento legislativo nos últimos anos, não só, ainda que claramente mais substancial, ao nível do direito da UE, mas também no ordenamento jurídico nacional. A entrada massiva das mulheres portuguesas no mercado de trabalho, durante as décadas de 60 e 70, veio alterar o paradigma da sociedade³: a mulher deixa de ficar em casa a tomar conta dos filhos e a assegurar as tarefas domésticas, para passar a ter um emprego que lhe ocupa a maior parte do dia, a tomar conta dos filhos e a assegurar as tarefas domésticas. Se é verdade que através do trabalho a mulher conseguiu alcançar uma maior independência, é também patente que isso implicou um acumular de responsabilidades e uma diminuição do tempo reservado para o descanso.

A própria discriminação entre homens e mulheres em contexto laboral assume diversos contornos, tais como desigualdade remuneratória, desigualdade no acesso ao emprego, desigualdade na progressão na carreira, desigualdade na formação profissional, desigualdade nas condições de trabalho, entre muitas outras. Os atos discriminatórios poderão consolidar-se em discriminação direta ou indireta⁴, sendo que “ao passo que na discriminação direta (*disparate treatment*) existe um tratamento diferenciado de uma determinada pessoa com base num fundamento proibido de discriminação, na discriminação indireta (*disparate impact*) um critério formulado de uma forma neutra tem um impacto desproporcionado sobre um determinado grupo protegido por um fundamento de discriminação”⁵. Posto que os últimos dados oficiais⁶ revelaram que, em Portugal, as mulheres auferem menos 14,4% em relação aos homens, nesta sede, ocupar-nos-emos, em concreto, da desigualdade remuneratória.

Falar em discriminação é, paradoxalmente, falar em igualdade. O princípio da igualdade foi uma conquista das revoluções liberais e marco identificador da Revolução Francesa. No entanto, veio a constatar-se que um alcance unicamente formal do princípio era insuficiente:

¹ Sobre a discriminação em função do sexo no contexto laboral veja-se Ramalho, 2020, pp. 230 e ss.; Xavier, 2020, pp. 921 e ss.; Martinez, 2019, pp. 374-388; Leitão, 2019, pp. 177-180; Gomes, 2007, pp. 385-424.

² Para maiores desenvolvimentos Fredman, 2011, pp. 156 e ss.

³ Nesta senda veja-se Ferreira, 2010, pp. 23 e ss.

⁴ Sobre os conceitos de discriminação direta e indireta veja-se, por todos, Mestre, 2020, pp. 95 e ss. e 2015, pp. 383 e ss.

⁵ Mestre, 2015, p. 396.

⁶ Constantes do segundo Barómetro das Diferenças Remuneratórias entre Mulheres e Homens, divulgado pelo MTSSS.

para alcançar uma efetiva igualdade não basta tratar todos, indiferenciadamente, por igual – é preciso atender às particularidades de cada indivíduo. Nas palavras de Vera Lúcia Raposo, “se a lei for cega e tratar a todos do mesmo modo não terá em conta as especificidades de cada um”⁷. Assim, o princípio da igualdade salarial⁸ consagra essa mesma igualdade material: para trabalho igual ou de valor igual, salário igual, permitindo, obviamente, que existam diferenças remuneratórias entre os trabalhadores⁹ desde que essas diferenças não tenham uma base arbitrária. No fundo, nas palavras de Leal Amado, “o que este princípio proíbe não é a diferenciação, mas sim a discriminação salarial, ou seja, a diferenciação injustificada, baseada, p. ex., em fatores como o sexo, a raça, a nacionalidade, a religião, as convicções políticas, etc.”¹⁰.

Ao longo desta exposição, propomo-nos a explorar o princípio da igualdade salarial, começando por um enquadramento legal do tema e passando, posteriormente, para a sua aplicação no ordenamento jurídico português, concretamente através da análise da Lei n.º 60/2018 e da avaliação da respetiva (in)eficácia.

⁷ Raposo, 2004, p. 42; como referem Canotilho e Moreira, 2007, p. 194: “o princípio da igualdade analisa-se (...) numa proibição do arbítrio e da discriminação e numa obrigação de diferenciação”. Ainda a este propósito, o Ac. n.º 313/89, de 09.03.1989 do TC: “O princípio da igualdade exige que se trate por igual o que é essencialmente igual e desigualmente o que é essencialmente desigual. Tal princípio analisa-se, pois, numa proibição do arbítrio e da discriminação e numa obrigação de diferenciação: por um lado, são inadmissíveis diferenciações de tratamento irrazoáveis, sem fundamento material, ou tendo por base meras categorias; por outro lado, impõe-se tratar diferentemente o que é desigual”.

⁸ Sobre o princípio da igualdade salarial veja-se Xavier, 2020, pp. 616 e ss.; Ramalho, 2019a, pp. 552 e ss.; Martinez, 2019, pp. 377-379; Leitão, 2019, pp. 179-180; Amado, 2019, pp. 255-257; Medeiros, 2016.

⁹ Amado, 2019, pp. 256: “parece adquirida a afirmação de que com tal princípio não se visa alcançar um qualquer igualitarismo extremo”.

¹⁰ *Idem*.

Capítulo II – Enquadramento legal

1.1. Enquadramento internacional e europeu

1.1.1. Organização das Nações Unidas

A DUDH, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 10 de dezembro de 1948, começa por estabelecer no art. 2.º que “todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação”. Por sua vez, o art. 23.º determina que “todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual”. De facto, este último artigo não contém nenhuma indicação dos motivos pelos quais a discriminação deve ser proibida e, portanto, cremos que se poderá considerar que abrange os mesmos motivos elencados no supra aludido art. 2.º¹¹.

Assume também particular relevância, neste âmbito, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, assinada a 18 de dezembro de 1979 em Nova Iorque e perspetivada como uma espécie de declaração internacional de direitos das mulheres, que consagra igualmente “o direito à igualdade de remuneração, incluindo prestações, e à igualdade de tratamento para um trabalho de igual valor, assim como à igualdade de tratamento no que respeita à avaliação da qualidade do trabalho”.

1.1.2. Organização Internacional do Trabalho

A igualdade no trabalho é um dos pilares fundamentais da OIT¹². Entre os princípios que regem a atuação desta organização, consagrados na Declaração de Filadélfia, encontramos que “todos os seres humanos, qualquer que seja a sua raça, a sua crença ou o seu sexo, têm o direito de efectuar o seu progresso material e o seu desenvolvimento espiritual em liberdade e com dignidade, com segurança económica e com oportunidades iguais”.

Nesta senda, a Convenção n.º 100, de 1951, foi a primeira a debruçar-se sobre a igualdade no trabalho, em especial sobre a igualdade remuneratória; posteriormente, a Convenção n.º 111 de 1958 sobre Discriminação no Emprego e na Ocupação, que trata da igualdade em geral, obrigou os Estados que a ratificassem a promover a igualdade, não só de tratamento, mas também de oportunidades com o objetivo de eliminar a discriminação em função do sexo.

¹¹ No mesmo sentido, Swepston, 2014, p. 83.

¹² Neste sentido veja-se Mallet, 2013, pp. 24-25.

1.1.3. União Europeia

a) Fontes primárias

É inegável a importância do Direito da UE em matéria de igualdade entre homens e mulheres¹³. O ponto de partida do desenvolvimento desta temática foi o Tratado de Roma, que, com o art. 119.º, estabeleceu o princípio da igualdade salarial entre trabalhadores e trabalhadoras¹⁴. Ainda que a igualdade remuneratória tenha sido o ponto de partida na prossecução da igualdade de género, atualmente, o direito europeu dedica-se, neste âmbito, a proteger um variado conjunto de esferas.

Os arts. 2.º e 3.º do TUE consagram o princípio da igualdade entre homens e mulheres como objetivo da UE a promover pelos EM. O art. 10.º do TFUE estabelece que “na definição e execução das suas políticas, a União tem por objetivo combater a discriminação em razão do sexo”. Acompanhando Palma Ramalho, esta disposição do TFUE “estabelece a transversalidade do princípio, impondo a ponderação do objetivo da igualdade entre mulheres e homens em todas as políticas europeias e em qualquer área – é a característica do princípio que ficou conhecida como *mainstreaming*”¹⁵.

Hodiernamente, o princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres está plasmado no art. 157.º do TFUE (antigo art. 141.º do TCEE e 119.º do Tratado de Roma) e proíbe toda a discriminação em matéria de retribuição entre trabalhadores masculinos e femininos, por trabalho igual ou de valor igual. O TFUE adota, nesta sede, um conceito amplo de retribuição, como se pode extrair do seu n.º 2 – o critério essencial para a determinação é a sua decorrência do contrato de trabalho e não o facto de ser contrapartida do trabalho prestado. Vejam-se, nesta sede, os Acs. do TJ de 09.02.1982 (Caso *Garland*), no qual o TJ deixou claro que o conceito de remuneração, na aceção do antigo art. 119.º, incluía todas as regalias pecuniárias ou em espécie, atuais ou futuras, desde que pagas, ainda que indiretamente, pela entidade empregadora ao trabalhador em razão da relação laboral; e de 17.05.1990 (Caso *Barber*) no qual, atendendo à amplitude do conceito de remuneração já definido, o Tribunal decidiu que o facto de determinadas prestações serem pagas após a cessação da relação de trabalho não excluía a possibilidade de terem a natureza de remuneração.

¹³ Bell, 2002, pp. 51: “Mesmo nos períodos em que a Comunidade estava mais focada na integração económica, combater a discriminação persistiu como uma das poucas áreas de política social”.

¹⁴ Como refere Ramalho, 2009, p. 79: “A matéria da igualdade de género teve uma expansão no direito comunitário dos últimos trinta anos, apesar de assentar numa base primária de conteúdo estreito e de fundamento económico – o princípio da igualdade remuneratória entre trabalhadores e trabalhadoras por trabalho igual ou de valor igual, estabelecido pelo art. 119.º do TCEE”.

¹⁵ Ramalho, 2020, p. 231. *Mainstreaming*, na definição adotada pela Comissão: “ter em conta sistematicamente as diferenças entre as condições, situações e necessidades das mulheres e dos homens em todas as políticas e ações comunitárias constitui a principal característica do princípio da integração da perspectiva do género (“mainstreaming”)”.

O TFUE consagra, ainda, que a igualdade de remuneração implica que: “a) a remuneração do mesmo trabalho pago à tarefa seja estabelecida na base de uma mesma unidade de medida; e b) a remuneração do trabalho pago por unidade de tempo seja a mesma para um mesmo posto de trabalho”.

É seguro afirmar que dispomos, no n.º 3 do referido artigo, de um alicerce jurídico robusto para a adoção de medidas que garantam a efetivação do *supra* referido princípio tanto pelo Parlamento Europeu, como pelo Conselho. A alteração produzida pelo Tratado de Amesterdão permitiu que o Conselho pudesse adotar medidas, após consulta ao Comité Económico e Social, com vista a garantir a igualdade de oportunidades e de remuneração. O TFUE abriu também ao Parlamento Europeu esta competência¹⁶.

O preceito em causa admite ainda a aprovação de mecanismos nacionais de ação positiva que compensem as desigualdades existentes. Esta norma veio colocar um ponto final na polémica questão, espoletada pelo Ac. de 17/10/1995 (Caso *Kalanke*) do TJ, da admissibilidade de medidas de ação positiva, em concreto da admissibilidade das quotas¹⁷.

Acontece, porém, que o TFUE não estabelece com a necessária clareza quais os critérios de interpretação para definirmos “trabalho de valor igual”: quando é que dois trabalhos diferentes têm igual valor? A questão não nos parece muito complexa quando em causa estejam trabalhos idênticos, porém não podemos afirmar o mesmo quando se trate de trabalhos diferentes¹⁸. Acompanhando Montoya Melgar, “a primeira dificuldade seria a de precisar o que se entende por igual valor: trata-se de um valor puramente económico? E, sendo puramente económico com que critérios de medição se ponderaria esse valor?”¹⁹. Também Monteiro Fernandes refere que a noção de trabalho de valor igual é equívoca, na medida em que “tanto pode refletir a ideia de valor útil do trabalho (aferido pelo seu resultado ou produto), como a de valência ou importância funcional das tarefas desempenhadas (a apurar pelo enquadramento destas na estrutura da organização ou, dizendo de outra maneira, na hierarquia de funções que a caracteriza). É evidente que só na primeira hipótese caberia a ponderação do rendimento do trabalho como eventual fator de variação do salário em

¹⁶ Neste sentido Silva, 2000, p. 86.

¹⁷ Em causa estava a uma vaga para o lugar de chefe de departamento dos serviços dos espaços verdes da cidade de Bremen. Aquando da última fase do processo de recrutamento, a escolha dividia-se entre uma candidata do sexo feminino e um candidato do sexo masculino, ambos com as mesmas competências técnicas. A escolha caiu, no entanto, sobre a candidata do sexo feminino, com base no art. 4.º Lei de Land Bremen de 20 de novembro de 1990, relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres na função pública. Este artigo previa que, em casos como o descrito, fosse dada prioridade às candidatas mulheres caso o sexo feminino se encontrasse, nesse posto de trabalho, sub-representado. O candidato do sexo masculino, Sr. Kalanke, recorreu da decisão aos tribunais alemães. Quando a questão chegou ao Tribunal Federal do Trabalho alemão este órgão optou por levantar a questão prejudicial ao TJ, indagando se a Diretiva 76/207/CEE se opunha a este tipo de medidas de ação positiva. O TJ concluiu que houve incumprimento da Diretiva, o que gerou uma grande onda de contestação.

¹⁸ Também neste âmbito, Ramalho, 1997, p. 177: “Desta forma, entendemos que o trabalho remunerado de forma diferente apenas manifesta uma situação de discriminação com base no sexo quando a diferença salarial não corresponder a uma prestação qualitativa e quantitativamente diferente”.

¹⁹ Montoya Melgar, 1993, pp. 155-156.

identidade de funções”²⁰. A determinação do alcance jurídico do princípio da igualdade salarial é assim entregue ao TJ, que tem vindo a definir, jurisprudencialmente²¹, quais os critérios a ter em conta. Esses critérios acabaram por ser transcritos para o texto da Diretiva 2006/54/CE²², onde se estabelece que “em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, para se avaliar se os trabalhadores realizam o mesmo trabalho ou um trabalho de igual valor, é necessário determinar se é possível considerar que, no que se refere a um conjunto de fatores em que se inclui a natureza do trabalho e da formação e as condições de trabalho, esses trabalhadores estão numa situação comparável”.

A CDFUE, proclamada no Conselho Europeu de Nice em 2000, e cujas normas se tornaram juridicamente vinculativas por força do art. 6.º do TUE, é mais uma das fontes europeias que se pronuncia sobre o princípio da igualdade salarial.

O art. 21.º vem consagrar um princípio geral de proibição de discriminação, prevendo um elenco de fatores de discriminação, entre os quais o sexo. Como refere Niklas Bruun, “o art. 21.º tem uma posição central na lei da UE, não apenas como uma codificação de cláusulas explícitas de não discriminação no Tratado, mas também como uma confirmação dos princípios gerais do direito da UE”²³. O art. 23.º, por sua vez, consagra a obrigação de se garantir a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, como emprego, trabalho e remuneração, e legitima ainda a adoção de medidas de ação positiva a favor do sexo sub-representado. O texto do artigo começou por prever, unicamente, a obrigação da igualdade no emprego e no trabalho, mas a versão final estendeu esta obrigação a todas as áreas. Esta extensão traduz a mudança que operou ao nível das medidas de igualdade de género do Direito da UE, passando de um escopo meramente económico, que se focava apenas nas questões de trabalho e emprego, para um escopo manifestamente mais abrangente²⁴. Esta mudança de paradigma tinha como pressuposto que alcançar a igualdade fora do âmbito do trabalho e emprego também exponenciaria a igualdade nesta área.

b) Fontes secundárias

A primeira Diretiva que se debruçou sobre a igualdade remuneratória entre homens e mulheres foi a Diretiva 75/117/CEE, de 10 de fevereiro. Esta Diretiva veio esclarecer o que havia sido consagrado, neste âmbito, no Tratado de Roma, prevendo, nomeadamente, a exigência de salários iguais para trabalho de igual valor e, ainda, a obrigação de aplicar critérios comuns para trabalhadoras e trabalhadores, isto é, critérios que sejam

²⁰ Fernandes, 2019, p. 382.

²¹ Neste sentido, vejam-se os Acs. do TJ: *Caso Rummler*, *Caso Royal Copenhagen*, *Caso Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse* e *Caso Brunhofer*.

²² Pérez Campos, 2009, pp. 77-80.

²³ Bruun, 2019, p. 385.

²⁴ Neste âmbito, Lehoczky, 2019, p. 403.

completamente livres de qualquer discriminação com base no sexo para qualquer sistema de classificação profissional usado para determinar o valor dos salários.

É indubitável a abundância de Diretivas que, desde 1975, se focam na temática da igualdade entre trabalhadoras e trabalhadores. Exemplo disso é a Diretiva 76/207/CEE, posteriormente alterada pela Diretiva 2002/73/CE, sobre a igualdade de tratamento no acesso ao emprego, nas condições de trabalho, na carreira e na formação profissional; as Diretivas 79/7/CEE e 86/378/CEE, relativas, respetivamente, aos regimes gerais e aos regimes profissionais da Seg. Social; a Diretiva 86/613/CEE, alterada pela Diretiva 2010/41/UE, respeitante à igualdade de tratamento no universo dos trabalhadores independentes e dos trabalhadores da agricultura, incluindo a proteção na maternidade; a Diretiva 92/85/CEE, que se centrava na proteção da maternidade e paternidade e que evoluiu para a promoção da conciliação entre a vida profissional e a vida familiar, primeiro com a Diretiva 96/34/CE, depois com a Diretiva 2010/18/UE e, finalmente, com a Diretiva 2019/1158/UE; a Diretiva 97/80/CE, relativa à garantia da efetividade dos direitos em matéria de igualdade entre homens e mulheres; e a Diretiva 2004/113/CE, que se centra na igualdade entre homens e mulheres no acesso e fornecimento de bens e serviços, relevante na medida em que tem implicações no trabalho autónomo²⁵.

A Diretiva 2006/54/CE, de 5 de julho, veio agregar as diretivas comunitárias que se debruçavam sobre a igualdade entre homens e mulheres no trabalho e no emprego num diploma único, revogando as Diretivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE e 97/80/CE. O objetivo principal desta agregação foi a de clarificar a fragmentada regulamentação desta temática e incorporar algumas das ilações retiradas dos Acs. do TJ.

O preceituado na Diretiva versa sobre a igualdade entre trabalhadoras e trabalhadores, nomeadamente em três temáticas: a) acesso ao emprego, incluindo a promoção, e à formação profissional; b) condições de trabalho, incluindo a remuneração; e c) regimes profissionais de Seg. Social.

No que respeita ao acesso ao emprego, a Diretiva determina que não poderá haver qualquer discriminação, seja esta direta ou indireta, em razão do sexo, tanto no setor público como no setor privado, incluindo organismos públicos, quanto: “às condições de acesso ao emprego, ao trabalho independente ou à atividade profissional”; ao acesso a todos os tipos de orientação e formação profissional; e “à filiação ou envolvimento numa organização de trabalhadores ou patronal ou em qualquer outra organização cujos membros exerçam uma profissão específica”.

No tocante às condições de trabalho, dispõe que também não poderá existir qualquer tipo de discriminação quanto às condições de emprego e de trabalho, incluindo o

²⁵ Ramalho, 2020, pp. 232-234.

despedimento e a remuneração, remetendo, neste âmbito, para o art. 141.º do TFUE. O art. 4.º da Diretiva determina que seja eliminada, “no conjunto dos elementos e condições de remuneração”, a discriminação, em razão do sexo, para um mesmo trabalho ou para um trabalho a que for atribuído um valor igual. Como já havíamos mencionado anteriormente, foi este diploma que veio esclarecer os critérios para definir trabalho de valor igual.

Relativamente aos regimes profissionais de Seg. Social, a Diretiva prevê que não poderá haver qualquer discriminação em função do sexo no que se refere às condições de acesso aos regimes, à obrigação de pagar as quotizações e aos cálculos destas. Para tal, os EM deverão rever todas as disposições contrárias ao princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, quer no que se refere aos trabalhadores dependentes, quer aos trabalhadores independentes.

A Diretiva vem ainda aconselhar que se incentive os empregadores a “fornecer periodicamente aos trabalhadores e/ou aos seus representantes informações adequadas sobre a igualdade de tratamento entre homens e mulheres na empresa”, sendo que tais informações podem, por hipótese, incluir “uma panorâmica da proporção de homens e mulheres nos diferentes níveis da empresa, das respetivas remunerações e diferenças salariais e possíveis medidas para melhorar a situação, em cooperação com os representantes dos trabalhadores”.

Cumprindo ainda mencionar que, na matéria do ónus da prova, a Diretiva prevê que cabe à pessoa que se considere lesada apresentar os elementos de facto constitutivos da presunção da discriminação direta ou indireta, cabendo, porém, à parte demandada provar que não houve discriminação.

Recentemente, a Comissão Europeia apresentou uma proposta²⁶ de nova Diretiva com o objetivo de reforçar a aplicação do princípio de salário igual para trabalho igual ou de igual valor. A proposta debruça-se, primordialmente, sobre dois elementos: transparência salarial e melhor acesso à justiça para vítimas de discriminação salarial. Ao nível da transparência salarial destacam-se medidas como a prestação de informações sobre as remunerações para os candidatos a emprego; o direito a conhecer os níveis de remuneração dos trabalhadores que realizam o mesmo trabalho; e também obrigações para as grandes empresas de comunicarem informações sobre as disparidades salariais entre homens e mulheres²⁷. Como referiu a Presidente da Comissão Europeia, Ursula von der Leyen, “para o mesmo trabalho, a remuneração deve ser igual. E, para que exista igualdade de remuneração, é necessária transparência. As mulheres devem saber se os seus empregadores as tratam de forma

²⁶ Publicada a 04.03.2021 e disponível em https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/com-2021-93_en_o.pdf.

²⁷ “Os empregadores com, pelo menos, 250 trabalhadores devem publicar informações sobre as disparidades salariais entre trabalhadores e trabalhadoras na sua organização. A nível interno, devem igualmente fornecer informações sobre as disparidades salariais entre trabalhadores e trabalhadoras por categorias de trabalhadores que efetuam o mesmo trabalho ou trabalho de valor igual”.

equitativa. E, caso contrário, devem poder reagir e obter o que merecem”²⁸. No que diz respeito ao melhor acesso à justiça para as vítimas de discriminação, as medidas focam-se nas indemnizações a pagar aos trabalhadores, na inversão do ónus da prova, na estipulação de sanções, e na intervenção dos organismos para a igualdade de tratamento e dos representantes dos trabalhadores no âmbito de processos judiciais ou administrativos. Ainda que não possamos deixar de sublinhar o caráter ambicioso, e até inovador, do que é proposto, ao longo desta exposição ficará claro que, em determinadas matérias, o ordenamento jurídico português já consagra algumas das soluções aí enunciadas.

1.1.4. Conselho da Europa

a. Convenção Europeia dos Direitos Humanos

A CEDH, ainda que não se debruce diretamente sobre a igualdade remuneratória, consagra, no art. 14.º, um princípio geral de proibição de discriminação em função de diversos fatores, figurando, entre eles, o sexo²⁹. Como refere Dulce Lopes, “[o disposto no art. 14.º] não se trata apenas de proibir distinções irrazoáveis ou desproporcionadas, mas de defender a dignidade da pessoa humana, vedando a utilização de critérios diferenciadores especialmente censuráveis que a coloquem em causa, e que são exemplificativamente indicados no corpo daquele artigo”³⁰. Também o Protocolo n.º 12 se debruçou sobre esta temática da discriminação, prevendo que “o gozo de todo e qualquer direito previsto na lei deve ser garantido sem discriminação alguma em razão, nomeadamente, do sexo, raça, cor, língua, religião, convicções políticas ou outras, origem nacional ou social, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento ou outra situação”.

b) Carta Social Europeia Revista e o Comité Europeu dos Direitos Sociais

A CSE(R), ampliada em relação à sua versão original, prevê, no parágrafo 3 do art. 4.º, que as partes signatárias se comprometem a “reconhecer o direito dos homens e mulheres a uma remuneração igual para um trabalho de valor igual”. Como afirma David Harris, “a discriminação salarial pode ter duas formas: (1) disparidades salariais entre homens e mulheres que fazem o mesmo trabalho; e (2) disparidades salariais para trabalho equivalente. A exigência de ‘pagamento igual para trabalho de valor igual’ por oposição a ‘trabalho igual, pagamento igual’³¹. O parágrafo 3 do art. 4.º proíbe ambas as formas de discriminação. Prevê ainda, no art. 20.º, que as partes se obrigam a reconhecer o direito à igualdade de

²⁸ Disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_21_881.

²⁹ Ac. do TEDH de 25.07.1968: “O art. 14.º da Convenção não tem existência independente, estando como que integrado nos ‘direitos e liberdades reconhecidos’ proibindo qualquer distinção de tratamento sem justificação objetiva e razoável”.

³⁰ Lopes, 2011, p. 49.

³¹ Harris, 2001, p. 79.

oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e de profissão e a tomar as medidas para promover a sua aplicação nas seguintes áreas: “a) acesso ao emprego, proteção contra o despedimento e reinserção profissional; b) orientação e formação profissionais, reciclagem, reabilitação profissional; c) condições de emprego e de trabalho, incluindo a remuneração; d) progressão na carreira, incluindo a promoção”.

A CSE(R), sendo constituída por disposições mais ou menos genéricas, dispõe do Comité Europeu dos Direitos Sociais, que concretiza essas mesmas disposições. Este Comité é composto por quinze peritos independentes que têm como função principal pronunciar-se sobre a observância do disposto na Carta pelos respetivos Estados signatários, isto através da análise dos relatórios bienais, elaborados pelos próprios Estados, e através da apreciação de queixas coletivas que podem ser apresentadas por ONGs, internacionais ou nacionais, ou por organizações de trabalhadores ou de empregadores.

Nesta senda, cumpre mencionar que, na sequência de uma reclamação intentada³², em 2016, pela organização internacional *University Women of Europe*, o Comité considerou que Portugal violava a al. c) do art. 20.º da Carta, ainda que a referida organização alegasse que o nosso país violava também os artigos 1.º, 4.º, parágrafo 3, e parágrafo E. Esta decisão³³ tornou-se pública a 29 de junho de 2020. No entendimento do Comité, o progresso para alcançar a igualdade salarial tem vindo a verificar-se insuficiente. O Comité sublinhou que, ainda que a legislação se afigure como um instrumento de extrema importância nesta sede, quando o resultado da implementação da mesma não resulta numa igualdade de facto entre sexos, o Estado vê-se incumbido de adotar medidas de ação positiva tal como o *mainstreaming* da igualdade entre trabalhadoras e trabalhadores. Estas decisões, que se debruçam sobre a (des)conformidade das disposições legais e das práticas dos países com as disposições da Carta, não podem ser aplicadas coercitivamente pelas instâncias internas, acabando este procedimento por resultar num mero instrumento de desenvolvimento dos critérios normativos da Carta e de controlo da sua implementação na prática³⁴.

1.2. Constituição da República Portuguesa

O princípio da igualdade entre homens e mulheres tem acolhimento no nosso texto constitucional. Não apenas a igualdade entre homens e mulheres de forma genérica, mas também, e em concreto, a igualdade entre trabalhadoras e trabalhadores.

A al. h) do art. 9.º da CRP estabelece como tarefa fundamental do Estado a promoção da igualdade entre homens e mulheres. Na esteira do entendimento de Jorge Miranda, “a promoção da igualdade entre homens e mulheres está para além da igualdade dos arts. 13.º a

³² Quanto à tramitação do procedimento de reclamações coletivas veja-se Carvalho, 2017, pp. 52-55.

³³ A decisão do Comité, na senda da Queixa n.º 136/2016, está disponível em <http://hudoc.esc.coe.int/fre/?i=cc-136-2016-dmerits-en>.

³⁴ Neste sentido, Lukas, 2014, p. 279.

36.º, 58.º n.º 1 al. b) e 59.º, mormente no exercício dos direitos civis e profissionais e políticos. Traduz-se não apenas na proibição de discriminações como em discriminações positivas. Tem que ver com a organização do trabalho de forma a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar [arts. 59.º, n.º 1 al. c) e 68.º n.º 3], com a atribuição às mães e aos pais de direito de dispensa do trabalho por períodos adequados, de acordo com os interesses da criança e as necessidades do agregado familiar (art. 68.º n.º 4) e com a promoção da igualdade no acesso aos cargos políticos (art. 109.º)”³⁵.

Inevitavelmente, teríamos de mencionar o art. 13.º – o princípio constitucional que consagra a igualdade, pura e crua. Mesmo que da nossa Constituição não constassem medidas concretas para mitigar a desigualdade entre sexos, poderíamos sempre invocar este artigo, que funciona quase com efeito “guarda-chuva”, proibindo qualquer tipo de discriminação, nomeadamente em razão do sexo.

O art. 58.º, referente ao direito ao trabalho, estabelece, na al. b) do n.º 2, a “igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais”. Nesta disposição convergem dois princípios constitucionais fundamentais: o suprarreferido princípio da igualdade (art. 13.º) e o princípio da liberdade de escolha de profissão (art. 47.º)³⁶. Advogam Gomes Canotilho e Vital Moreira que “com esta imposição constitucional de atuação do Estado visa-se combater a real desigualdade social de condições de acesso profissional e, em particular, eliminar na prática a tradicional desigualdade de oportunidades para as mulheres. Trata-se também de dar conteúdo efetivo, no campo laboral, à tarefa fundamental do Estado de ‘promover a igualdade entre homens e mulheres’ (art. 9.º/h)”³⁷.

Por último, o art. 59.º, que proíbe a discriminação dos trabalhadores em razão do sexo, em matéria de remuneração, organização do trabalho, prestação do trabalho, repouso, lazer e assistência em caso de acidente ou doença. A al. a) do n.º 1 concretiza, constitucionalmente, o princípio da igualdade salarial. No entender de Palma Ramalho³⁸, que acompanhamos, esta conceção do preceito constitucional obriga à circunscrição do seu teor em duas áreas normativas, de valor e de natureza distintos: se, por um lado, a parte final do artigo, que refere que todos os trabalhadores têm direito a uma existência condigna, consubstancia um preceito programático, cujo destinatário é o Estado, intimamente ligado ao disposto na al. a) do n.º 2 do mesmo artigo, que prevê que o Estado deve estabelecer e atualizar o salário mínimo; por outro, a primeira parte, que enuncia o direito à retribuição do trabalho de acordo com um princípio de igualdade, consubstancia já um comando preceptivo imediatamente vinculante.

³⁵ Miranda e Medeiros, 2010, pp. 193-194.

³⁶ Neste sentido veja-se Raposo, 2004, p. 61.

³⁷ Canotilho e Moreira, 2007, pp. 764-765.

³⁸ Ramalho, 1997, pp. 164-165.

Como refere Rui Medeiros³⁹, temos, na doutrina portuguesa, quem entenda que as entidades empregadoras privadas não são destinatárias diretas deste princípio constitucional⁴⁰, na medida em que “mesmo que a igualdade do trabalho se aferisse apenas em função da sua quantidade, natureza e qualidade, tais requisitos careceriam sempre de concretização pela via legislativa”⁴¹. No entanto, acompanhamos o autor quando este afirma que “tais objeções à aplicabilidade direta do princípio da igualdade retributiva podem ser superadas num quadro em que se recuse uma leitura maximalista e indiferenciada da vinculação das entidades privadas ao referido princípio e em que se assuma, pelo contrário, que os empregadores públicos estão mais intensamente vinculados ao princípio da igualdade do que os empresários privados”⁴².

1.3. Enquadramento infraconstitucional

1.3.1. Decreto-Lei n.º 392/79, de 20 de setembro

O DL n.º 392/79, também conhecido por “Lei da Igualdade”, foi o primeiro diploma que, em Portugal, se debruçou sobre matérias ligadas à igualdade entre homens e mulheres no âmbito laboral⁴³. Altamente inspirado nas diretivas da UE sobre esta temática, a importância deste diploma reporta-se não só ao facto de ter sido a base de todo o posterior desenvolvimento na área da igualdade de género, mas também por se revelar “à frente do seu tempo”⁴⁴. O diploma adotou conceitos inovadores, desconhecidos e não utilizados até aí, como a noção de remuneração em sentido amplo, as noções de discriminação direta e indireta e as noções de trabalho igual e de trabalho de valor igual. Adicionalmente, tinha uma abrangência que ia para além da tradicional, na medida em que se focou não apenas em matérias de igualdade retributiva, mas também em matérias de discriminação de acesso ao emprego, de discriminação no local de trabalho e de discriminação na carreira, conforme arts. 4.º a 10.º do sobredito DL. Foi também com este diploma, concretamente com o art. 12.º, que se consagrou a substituição automática das cláusulas das convenções coletivas que estabelecessem remunerações ou categorias mais baixas para as trabalhadoras em relação aos trabalhadores que, atualmente, se encontra prevista no CT.

Em face do que antecede, cremos que será justo assumir que este DL, expressamente revogado com a entrada em vigor da Regulamentação do Código de Trabalho de 2003, foi a

³⁹ Medeiros, 2016, pp. 78-79.

⁴⁰ Neto, 1998, p. 376.

⁴¹ Medeiros, 2016.

⁴² Ainda neste âmbito, Fernandes, 2019, pp. 380-381: “a jurisprudência tem declarado o princípio como vinculante das entidades públicas e dos particulares. Trata-se, pois, de uma diretriz imediatamente operatória, não apenas enquanto critério de validade da regulamentação legal e convencional, mas, sobretudo, como critério de licitude da prática contratual concreta”.

⁴³ Sobre o DL n.º 392/79 veja-se Ramalho, 2019b, pp. 12-13.

⁴⁴ Note-se que tinham passado apenas 5 anos desde 1974, ano em que a Revolução dos Cravos pôs fim a uma ditadura manifestamente patriarcal e machista.

pedra angular no que à regulamentação da igualdade de género em matéria laboral diz respeito.

1.3.2. Código do Trabalho

O Código do Trabalho de 2003 foi revolucionário na medida em que incluiu toda a matéria relativa à igualdade de homens e mulheres no trabalho e no emprego, o que tornou indiscutível a sua pertença ao Direito do Trabalho⁴⁵.

O CT seu sucessor e atualmente em vigor consagra, de forma clara, o direito generalizado à igualdade no acesso ao emprego e no trabalho no art. 24.^o⁴⁶. Acompanhamos Bruno Mestre⁴⁷ quando o autor refere que a legislação portuguesa opta por adotar a proteção simétrica da discriminação, ou seja, opta por medidas que assegurem a igualdade dos sexos, independentemente de o discriminado ser homem ou mulher, e não por medidas que visam proteger apenas um grupo contra outro⁴⁸. Assim, e citando o autor, “o sexo é considerado fundamento de discriminação proibido em si mesmo, independentemente do sexo em concreto do discriminado”⁴⁹.

O n.º 2 do art. 26.^o determina que se uma disposição de um IRCT ou de regulamento interno restringir um certo tipo de remuneração a um dos sexos, para categoria profissional correspondente a trabalho igual ou de valor igual, automaticamente se considera aplicável a disposição mais favorável tanto a homens como a mulheres. Adicionalmente, o art. 492.^o, n.º 2 determina que a convenção coletiva deve regular medidas que visem a efetiva aplicação do princípio da igualdade e não discriminação. Por sua vez, a DGERT, conforme art. 479.^o, deve proceder à apreciação fundamentada da legalidade das disposições dos IRCT em matéria de igualdade e não discriminação⁵⁰.

O art. 31.^o, por sua vez, vem consagrar que “os trabalhadores têm direito à igualdade de condições de trabalho, em particular quanto à retribuição, devendo os elementos que a determinam não conter qualquer discriminação fundada no sexo”. Este artigo deve ser lido em articulação com as als. c) e d) do art. 23.^o que definem trabalho igual como “aquele em que as

⁴⁵ Neste sentido, Rêgo, 2010, p. 73.

⁴⁶ Dray, 2020, p. 170, na anotação ao art. 24.^o: “O preceito em apreço, enquanto fórmula geral que engloba vários fatores de discriminação, foi inaugurado no CT 2003 e não tem correspondência na anterior legislação laboral, não obstante o sentido dele emergente não ser inovador, tratando-se no essencial de uma síntese de preceitos dispersos em inúmeros diplomas legais”. Sobre o enquadramento da temática da igualdade de género no CT veja-se, também, Rebelo, Glória, 2019, 161 e ss.

⁴⁷ Mestre, 2020, pp. 90-91.

⁴⁸ Exemplo deste tipo de proteção assimétrica é a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulheres (1979).

⁴⁹ Mestre, 2020.

⁵⁰ Ainda no âmbito da contratação coletiva, debate-se, tanto na doutrina como na jurisprudência, a obrigatoriedade de os empregadores pagarem, em nome do princípio da igualdade salarial, os mesmos salários aos trabalhadores sindicalizados e aos trabalhadores não sindicalizados e, por isso, não abrangidos pelas convenções coletivas de trabalho. Em sentido divergente, veja-se Martinez, 2019, p. 378, sendo que defende que a sindicalização, ou não sindicalização, de um trabalhador não poderá justificar uma disparidade salarial e Xavier, 2017, p. 235, que considera que inexistente tal obrigatoriedade.

funções desempenhadas ao serviço do mesmo empregador são iguais ou objetivamente semelhantes em natureza, qualidade e quantidade” e trabalho de valor igual como “aquele em que as funções desempenhadas ao serviço do mesmo empregador são equivalentes, atendendo nomeadamente à qualificação ou experiência exigida, às responsabilidades atribuídas, ao esforço físico e psíquico e às condições em que o trabalho é efetuado”. No entanto, cremos que este preceito acaba por ir mais além quando define quais os critérios que devem ser tidos em conta para apurar uma verdadeira igualdade de retribuição: as modalidades de retribuição variável devem ser estabelecidas na base da mesma unidade de medida, e a retribuição calculada em função do tempo de trabalho deve ser a mesma. Nas palavras de Guilherme Dray, e para sintetizar, “a igualdade retributiva implica a eliminação de qualquer discriminação fundada no sexo em sede de determinação quantitativa da retribuição: o critério de fixação da retribuição variável deve ser idêntico para ambos os sexos e a retribuição calculada em função do tempo deve ser igual”⁵¹. Este preceito vem, contudo, admitir que certas diferenças remuneratórias não constituem discriminação, quando assentes em critérios objetivos como o mérito, a produtividade, a assiduidade ou a antiguidade. Ressalva, no entanto, que licenças, faltas, ou dispensas relativas à proteção na parentalidade não podem fundamentar diferenças na retribuição dos trabalhadores. Cumpre ainda mencionar o n.º 5, que determina que, de forma a excluir qualquer discriminação baseada no sexo, os sistemas de descrição de tarefas e de avaliações de funções devem assentar em critérios objetivos e comuns a ambos os sexos.

Na matéria de ónus da prova, o n.º 5 do art. 25.º vem determinar que é ao empregador, quando acusado de ato discriminatório, que incumbe provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer fator de discriminação. No entanto, cabe a quem alega a discriminação indicar o trabalhador, ou conjunto de trabalhadores, em relação a quem se considera discriminado.

Por último, o art. 270.º, sob a epígrafe “Critérios de determinação da retribuição” e incluído, na economia do CT, no capítulo da retribuição, acaba por reproduzir o princípio constitucional de trabalho igual ou de valor igual, salário igual. O preceituado no CT acaba por não ir muito mais além do que a CRP, limitando-se a prever o princípio da igualdade salarial sem grandes desenvolvimentos. Perguntar-se-á: não faria já sentido uma alteração desta disposição legal, que a dotasse de elementos que facilitassem a sua aplicação em termos práticos?

⁵¹ Dray, 2020, 190, na anotação ao art. 31.º.

Capítulo III – A Lei n.º 60/2018

1.1. Considerações gerais

Em Portugal, os últimos dados oficiais⁵², constantes do segundo Barómetro das Diferenças Remuneratórias entre Mulheres e Homens⁵³, divulgado pelo MTSSS, revelam que a disparidade salarial entre homens e mulheres, ou o GPG, é de 14,4%⁵⁴. Uma disparidade salarial de 14,4% “significa que a diferença entre o salário médio das mulheres e dos homens, independentemente do peso que as mulheres e homens têm dentro de cada setor de atividade económica, de cada profissão, de cada nível de qualificação profissional, de cada habilitação literária e de cada escalão de antiguidade no emprego, é de 14,4% em desfavor das mulheres”⁵⁵. O GPG é, única e simplesmente, a diferença entre a remuneração média das mulheres e a remuneração média dos homens. No entanto, o Barómetro opta por apresentar também a percentagem da disparidade salarial, sem os efeitos destas variáveis, um GPG ajustado, verificando-se, assim, uma descida deste indicador para 11,1%. Decorre da Folha de Destaque da 2.ª edição do Barómetro que: “um GPG ajustado de 11,1% significa que existe uma diferença entre os salários médios das mulheres e os salários médios dos homens que não decorre das diferenças entre as distribuições de mulheres e homens por setor de atividade económica, em cada profissão, em cada nível de qualificação profissional, em cada habilitação literária e em cada escalão de antiguidade no emprego”⁵⁶.

Este estudo apurou ainda que as diferenças salariais são maiores à medida que aumentam as qualificações e responsabilidades. As mulheres com cargos em quadros superiores ganham menos 617,20€ do que os homens e, entre pessoas com o ensino superior, a diferença é de 594,60€⁵⁷, o que evidencia os obstáculos acrescidos que as mulheres enfrentam na ascensão na carreira⁵⁸.

⁵² A segunda edição do Barómetro tem por base os dados dos Quadros de Pessoal de 2018, fonte administrativa que corresponde a um anexo do Relatório Único. O Relatório Único constitui uma obrigação de reporte anual a cargo das entidades empregadoras com prazo e conteúdo regulados na Portaria n.º 55/2010 de 21 de janeiro.

⁵³ Disponível em <http://www.gep.mtsss.gov.pt/trabalho>.

⁵⁴ A primeira edição do Barómetro das Diferenças Remuneratórias entre Mulheres e Homens, relativo ao ano civil de 2017, apurou um GPG de 14,8% e um GPG ajustado de 11,2%.

⁵⁵ Folha de Destaque da 2.ª edição do Barómetro, disponível no *site supra* referido.

⁵⁶ “O GPG ajustado é calculado, matematicamente, da mesma forma que o GPG. No entanto, numa primeira fase, são agrupados os trabalhadores em grupos homogéneos relativamente a outras características comuns (fatores) para além do sexo, ou seja, pessoas do mesmo sector de atividade, com as mesmas profissões, qualificações, habilitações e antiguidade. Em seguida, o GPG calculado em cada um destes grupos é multiplicado pelo “peso” do subgrupo de homens e mulheres presentes, tendo em conta o seu total na população (GPG Grupo/sexo × proporção de homens/mulheres). Por fim, são somados todos os GPG ajustados pelo peso do sexo em cada grupo e obtém-se o GPG ajustado pelos fatores em avaliação (referidos acima). O GPG calculado desta forma permite obter um valor mais fino, expurgado de várias características objetivas que, simultaneamente, possam estar a influenciar, em sentido positivo ou negativo, o valor global do GPG (como o facto dos trabalhadores pertencerem a empresas de diferentes atividades económicas, terem diferentes profissões, diferentes níveis de qualificação, diferentes habilitações literárias ou diferentes antiguidades, aspetos que podem justificar diferenças salariais)”, informação inserida na 2.ª Edição do Barómetro.

⁵⁷ Conforme o documento Quadros de Pessoal/Relatório Único, GEP-MTSSS.

⁵⁸ Veja-se, neste âmbito, Ramalho, 2019b, p. 15.

Aqui chegados, não podemos deixar de honrar a promessa inicial de analisar a Lei n.º 60/2018, que veio criar mecanismos tendentes à efetivação do princípio da igualdade salarial e da proibição da discriminação salarial em razão do sexo.

É incontestável que este diploma aparece num momento em que, felizmente, a consciencialização para as questões da igualdade entre homens e mulheres é cada vez maior. Nesta senda, cumpre referir a Resolução do Conselho de Ministros n.º 61/2018, de 21 de maio, que aprovou as metas de ação global para o período entre 2018 e 2030 no âmbito da Estratégia Nacional para a Igualdade e a Não Discriminação, bem como os respetivos planos de ação, “que definem objetivos estratégicos e específicos em matéria de não discriminação em razão do sexo e igualdade entre mulheres e homens (IMH), de prevenção e combate a todas as formas de violência contra as mulheres, violência de género e violência doméstica (VMVD), e de combate à discriminação em razão da orientação sexual, identidade e expressão de género, e características sexuais (OIEC)”⁵⁹; mas também a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico Social Europeu – Plano de Ação da UE para o período entre 2017 e 2019, de 20 de novembro de 2017 – com o objetivo de diminuir as desigualdades salariais entre homens e mulheres.

A Lei n.º 60/2018⁶⁰, também conhecida por Lei da Igualdade Remuneratória, que entrou em vigor a 21 de fevereiro de 2019, vem, tal como reconhecido no seu preâmbulo, aprovar medidas de promoção da igualdade remuneratória entre mulheres e homens por trabalho igual ou de igual valor, e procede à primeira alteração à Lei n.º 10/2001, de 21 de maio, que institui um relatório anual sobre a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, à Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro, que regulamenta e altera o Código do Trabalho, e ao DL n.º 76/2012, de 26 de março, que aprova a orgânica da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego.

A sobredita Lei começa, no art. 2.º, por definir os conceitos de: sexo; remuneração; discriminação; discriminação remuneratória em razão do sexo; e proposta técnica de parecer sobre discriminação remuneratória. Importa destacar a amplitude do conceito de remuneração adotado – a remuneração, para efeitos de aplicação desta Lei, não se reporta apenas ao salário base, mas também a outras prestações regulares e periódicas, feitas, direta ou indiretamente, em dinheiro ou em espécie, bem como as prestações previstas nas als. a) a d) do n.º 1 do art. 260.º do CT. O legislador acompanhou, assim, o entendimento lato do conceito de remuneração, que, como já vimos, também é seguido a nível europeu.

Acreditamos que a aplicação da Lei n.º 60/2018, no dia-a-dia das empresas, não seja tarefa fácil: a Lei peca por falta de clareza e pode haver alguma dificuldade em distinguir as novidades legislativas daquelas obrigações que já estavam previstas no CT.

⁵⁹ Disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/115360036/details/maximized>.

⁶⁰ Sobre a Lei n.º 60/2018 veja-se também Rebelo, 2020, pp. 27 e ss.

Por motivos de organização do discurso, optámos por abordar, separadamente, cada um dos mecanismos introduzidos pela Lei. Contudo, previamente abordaremos, ainda que de forma breve, o conceito de remuneração.

1.2. O conceito de remuneração

A remuneração é um dos elementos essenciais da relação laboral, “enquanto obrigação capital e nuclear a cargo da entidade empregadora”⁶¹.

Para podermos apurar a que componentes remuneratórias se vai aplicar o princípio da igualdade salarial, é imprescindível ter em conta a amplitude do conceito de remuneração⁶². Tendo em mente a distinção doutrinal clássica⁶³ entre retribuição e remuneração, sendo a retribuição a contrapartida da prestação laborativa, que garante a natureza sinalagmática do contrato de trabalho, e abrangendo a remuneração todas as prestações patrimoniais devidas ao trabalhador em razão do seu contrato, é atualmente ponto assente que o conceito a ter em conta, tanto a nível do direito da UE como do direito nacional, para efeitos de averiguação de práticas discriminatórias, não poderá incluir apenas o de retribuição, ou de remuneração em sentido estrito, mas também todas as outras prestações de valor patrimonial de que o trabalhador beneficia em razão do contrato de trabalho, até mesmo, a título de exemplo, o subsídio de refeição⁶⁴. cremos que não faria sentido de outra forma, uma vez que, se as entidades empregadoras se vissem obrigadas a respeitar o princípio da igualdade salarial relativamente apenas à remuneração em sentido estrito, facilmente contornariam este princípio praticando pagamentos desiguais nas outras componentes remuneratórias que não são consideradas contrapartida direta da prestação laborativa, o que resultaria numa maior ineficácia do princípio.

1.3. Análise da Lei

1.3.1. Informação estatística

No primeiro semestre de cada ano civil, o serviço do MTSSS competente para proceder ao apuramento estatístico deve desenvolver e disponibilizar a informação estatística sobre

⁶¹ Amado, 2019, p. 245.

⁶² Acerca do conceito de remuneração veja-se Xavier, Bernardo Lobo, 2020, 570 e ss., Ramalho, 2019a, pp. 28 e ss. e 569 e ss.; Martinez, 2019, pp. 577 e ss.; Leitão, 2019, pp. 347 e ss.; Cordeiro, 2019, pp. 689 e ss.; Amado, 2019, pp. 287 e ss.; Fernandes, 2019, pp. 369 e ss. e 2015, pp. 295 e ss.; Gomes, 2007, pp. 759 e ss.; Leite, 1999, pp. 113 e ss.

⁶³ Veja-se Cordeiro, 2019, p. 699: “Em sentido amplo, a retribuição engloba o conjunto de vantagens do trabalhador e a cargo do empregador, por via da existência duma situação jurídica laboral. Segundo a teoria da remuneração, tudo o que recaia sobre o empregador a favor do trabalhador é imputável à ideia de retribuição (...) Em sentido médio, a retribuição equivale ao que ‘nos termos do contrato, das normas que o regem ou dos usos, o trabalhador tem direito como contrapartida do seu trabalho - artigo 258.º/1. A diferença essencial está na ideia de ‘contrapartida’ enquanto a remuneração em sentido amplo pode apresentar elementos que não operam como contrapartida clara do trabalho - p. ex., o direito à antiguidade correspondente ao período de suspensão ou de licença ou os deveres acessórios equivalentes a esse mesmo período – em sentido médio essa equivalência aparece”; e Ramalho, 1997, p. 170.

⁶⁴ Igualmente Ramalho, 2019a, pp. 552-553. Neste sentido já se pronunciou o TJ, entre outros exemplos, nos Casos Garland e Barber, como vimos anteriormente.

diferenças remuneratórias, sinalizando as discrepâncias detetadas ao nível sectorial e por empresa – um barómetro geral e por setor de atividade e um balanço por empresa, profissão e nível de qualificação, conforme previsto no art. 3.º.

A informação estatística, como já mencionámos anteriormente, terá por base os dados constantes do Relatório Único, elaborado pelas empresas, nos termos do art. 32.º da Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro, ou outras fontes legais e administrativas disponíveis. Posteriormente, esta informação será enviada para a ACT para que esta possa intervir junto das empresas em que a existência de diferenças remuneratórias em razão do sexo se verifique.

O barómetro geral e setorial das diferenças remuneratórias e o balanço das diferenças remuneratórias entre mulheres e homens por empresa estão, por imposição legal, disponíveis *on-line*. Ainda que as duas edições do barómetro estejam disponíveis no *site* do MTSSS, sendo possível a qualquer pessoa aceder às mesmas, ao balanço das diferenças remuneratórias só se pode aceder, através do *site* do Relatório Único, com as credenciais da empresa.

Ao nível do Relatório Único, este é já um instrumento elaborado anualmente pelas empresas, e vai constituir a principal fonte do serviço do MTSSS competente para proceder ao apuramento estatístico para desenvolver o barómetro geral das diferenças remuneratórias e também os balanços por empresa, profissão e nível de qualificação. Desta forma, é imprescindível que as entidades empregadoras procedam atempada e corretamente ao preenchimento deste formulário, que é entregue por meio eletrónico, através de *site*⁶⁵ criado para o efeito, durante o período de 16 de março a 15 de abril, reportando-se ao ano civil anterior. Por força da Lei n.º 60/2018, as entidades empregadoras passam a estar obrigadas a disponibilizar a informação constante do Relatório Único aos trabalhadores. A Lei não prevê que deva ser disponibilizada *quando os trabalhadores a requeiram*, determina simplesmente que “o empregador deve disponibilizar a informação aos trabalhadores da empresa” sem mais... Assim, as entidades empregadoras têm aqui duas hipóteses: podem enviar esta informação por *e-mail* (ou através de outro meio que utilizem para comunicar com os trabalhadores); ou então, mantêm esta informação num lugar visível na empresa, junto dos restantes documentos de afixação obrigatória. Adicionalmente, a informação que é prestada aos representantes dos empregadores ou dos trabalhadores, que no passado deveria ser expurgada de todo e qualquer elemento nominativo, deve agora ser facultada com a menção ao sexo.

1.3.2. Promoção de transparência remuneratória

O diploma legal em apreço vem exigir, no art. 4.º, que as empresas, não estabelecendo qualquer diferenciação quanto à dimensão das mesmas, assegurem uma política

⁶⁵ Cf. <https://www.relatoriounico.pt/ru/login.seam>.

remuneratória transparente, assente na avaliação das componentes dos postos de trabalho e com base em critérios objetivos, comuns a ambos os sexos, nos termos previstos no art. 31.º do CT. Pensemos, por exemplo, num critério como a força física, que, como sabemos, é por regra maior no sexo masculino. Ora, usar-se a força física como único critério de atribuição de qualquer componente remuneratória seria altamente discriminatório⁶⁶. Assim, é imperativo que as empresas tenham em conta fatores com a mínima associação possível a apenas um dos sexos. O art. do 31.º do CT determina que diferenças remuneratórias assentes em critérios objetivos como a assiduidade, a produtividade, a antiguidade e o mérito não constituem discriminação. Mas serão todos estes critérios realmente objetivos? Vejamos um exemplo: tendo em conta que são ainda, maioritariamente, as mulheres quem, em primeiro lugar, se encarrega das tarefas domésticas, será legítimo afirmar que a produtividade é um critério sem qualquer sombra de discriminação? Voltaremos a esta questão.

O art. 4.º prevê ainda que, caso seja alegada a discriminação, cabe à entidade empregadora demonstrar que possui uma política remuneratória transparente e objetiva, nomeadamente no que respeita à retribuição do trabalhador que alega ser discriminado; no entanto, cabe a quem alega a discriminação indicar o(s) trabalhador(es) do sexo oposto em relação a quem se sente discriminado. Esta inversão do ónus da prova é feita nos mesmos termos do art. 25.º, n.º 5 do CT – em ambos os casos, cabe ao empregador demonstrar que não se verifica qualquer situação discriminatória, sendo, no entanto, o trabalhador que tem de indicar as pessoas em relação às quais se sente discriminado. Esta inversão do ónus da prova é contrária ao regime geral previsto no art. 342.º do CC, mas, na nossa perspetiva, completamente justificável porque, como afirma Júlio Gomes, “a não ser que o próprio empregador reconheça que o trabalho prestado por dois ou mais trabalhadores tem a mesma quantidade, natureza e qualidade, como pode um trabalhador demonstrar que o seu trabalho é igual, nestas três dimensões, ao trabalho dos demais trabalhadores que exercem idênticas funções?”⁶⁷. Ou seja, caso não se verificasse a inversão do ónus da prova, alegar a discriminação salarial seria inútil, pela dificuldade que o trabalhador teria em fazer prova de

⁶⁶ Sobre este tema, veja-se a decisão do TJ relativamente ao Caso Rummler (Ac. de 1.7.1986, caso 237/85), “Por conseguinte, cabe responder à primeira questão que a Diretiva 75/117 do Conselho, de 17 de Fevereiro de 1975, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos, não se opõe a que o sistema de classificação profissional utilize, para determinar o nível de remuneração, o critério do esforço ou da fadiga muscular ou o critério do grau de penosidade física do trabalho, se, tendo em conta a natureza das tarefas a realizar, o trabalho a realizar exigir efetivamente um certo desenvolvimento da força física, com a condição de que, pela tomada em consideração de outros critérios exclua, no seu conjunto, qualquer discriminação baseada no sexo”, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:61985CJ0237>. Ainda sobre esta questão Leite, 2004, p. 72: “Os critérios da força física ou da altura, por exemplo, de valores médios mais elevados nos homens, não serão sexualmente neutros apenas quando forem sobreavaliados, mas também quando se omitirem ou forem subavaliadas características de nível médio superior nas mulheres”.

⁶⁷ Gomes, 1998, pp. 322-323.

que o seu trabalho tinha a mesma natureza, quantidade e qualidade do que o do trabalhador em relação a quem se sentia discriminado⁶⁸.

Compreendemos que a exigência prevista na Lei possa parecer, um tanto ou quanto, indeterminada. Assim, é importante que as empresas façam um levantamento daqueles que são os critérios em que vão assentar a sua política remuneratória. Sendo que esses critérios deverão ser, para se poderem considerar “objetivos”, livres de qualquer traço discriminatório, isto é, terão de ser critérios comuns a homens e mulheres. Apesar de já termos referido que temos algumas dúvidas quanto à objetividade dos critérios que, neste âmbito, costumam ser apontados, são exemplo a produtividade, a assiduidade, a antiguidade e o mérito. Destarte, todas as componentes remuneratórias, não apenas o salário base, mas também as outras prestações regulares e periódicas, feitas, direta ou indiretamente, em dinheiro ou em espécie, devem ser atribuídas com base na avaliação deste tipo de critérios. Simplificando, só se poderá pagar mais a um trabalhador do que a uma trabalhadora, com a mesma categoria profissional e com o mesmo tipo de funções, se, por exemplo, o trabalhador estiver na empresa há mais tempo⁶⁹, ou apresentar melhores resultados⁷⁰. Assim, é importante que se elabore, por exemplo, uma tabela, como a que apresentamos⁷¹ em anexo (Anexo I), da qual conste: identificação dos trabalhadores; categoria profissional e conteúdo funcional; habilitações literárias; antiguidade; remuneração (retribuição base, prémios, subsídios); número de horas remuneradas; e, nos casos em que se detetem disparidades salariais, inserir, se existir, a justificação objetiva para tal. É importante que, para além da categoria profissional, se insiram também as funções desempenhadas⁷², em concreto, pelos trabalhadores, visto que podem

⁶⁸ *Idem*, “Não só o trabalhador não dispõe – apesar da intensificação das obrigações de informação a cargo do empregador – de informações a respeito da qualidade do trabalho alheio, como também toda a comparação pressupõe critérios cuja fixação cabe ao empregador e, na ausência de transparência de tais critérios, não se vê como é que o trabalhador pode vir alegar e provar que o seu trabalho é qualitativamente igual ao de outro(s)”. Neste sentido, veja-se também Moreira, 2013, pp. 79-127; Botelho, 2009, pp. 107 e ss.

⁶⁹ A própria antiguidade é um critério que também levantou algumas dúvidas na jurisprudência, ainda que, atualmente se encontre consagrado no n.º 3 do art. 31.º do CT. Neste sentido, Carvalho, 2018, p. 27: “De qualquer das formas, levantam-se dúvidas na jurisprudência e na doutrina quanto ao escopo deste princípio. Concretamente, alguns alegam que o princípio constitucional só permite diferenciações baseadas na natureza, quantidade e qualidade do trabalho em sentido estrito. Dessa forma, a antiguidade poderia justificar diferenças salariais somente quando implicasse que o nível de experiência dava lugar a diferente qualidade de trabalho (Ac. do TC n.º 277/99; Ac. TRP de 13.02.2017). Por outro lado, outros consideram que o princípio do salário igual para trabalho de valor igual só proíbe diferenciações que não tenham fundamentos materiais, nomeadamente aquelas que se baseiam em categorias subjetivas, permitindo diferenças de pagamento com base na antiguidade estabelecidas por contrato coletivo ou contrato individual de trabalho (Acs. do TC n.ºs 313/89 e 424/03; Acs. STJ de 2.11.2005 e de 14.12.2016)”.

⁷⁰ Neste sentido, veja-se o Ac. do STJ de 11.02.2005: “Provando-se que um trabalhador tem mais experiência na categoria e que na última avaliação profissional efetuada tinha globalmente um desempenho superior em relação a um outro trabalhador, mormente no tocante à disponibilidade, produtividade e iniciativa, não se pode dar como verificada a violação do princípio ‘a trabalho igual salário igual’”.

⁷¹ Tabela inspirada no documento “Instrumentos de Apoio à Ação Inspetiva no Combate à Discriminação de Género no Trabalho”, elaborado em parceria pela CITE e ACT, em outubro de 2012, e disponível em www.act.pt.

⁷² Neste sentido, Leite, 2004, p. 73: “A resposta a estas questões não pode ser confiada, sem mais, ao expediente da categoria profissional, tantas vezes origem, ele mesmo, de discriminações. É na natureza e nas condições em que o trabalho é executado – na sua natureza, na sua quantidade e na sua qualidade, como diz a alínea a) do n.º 1 do art. 59.º da Constituição – que deverá basear-se a sua avaliação, critérios, todos eles, abertos à mobilização de elementos ou circunstâncias como a responsabilidade, a autonomia, a complexidade, a penosidade, a destreza e outros factores objetivos que permitem estabelecer uma relação de valor equilibrada entre trabalhos diferentes. A

existir categorias profissionais com nomenclaturas distintas mas que exijam o mesmo grau de responsabilidade, o mesmo esforço físico ou intelectual, a mesma penosidade ou até a mesma experiência e que, apesar de não virem a ser consideradas trabalho igual, poderão ser consideradas trabalho de igual valor⁷³ – em relação ao qual também não pode haver desigualdades remuneratórias. Este procedimento irá evitar o pagamento de uma eventual, e desnecessária, contraordenação.

1.3.3. Plano de avaliação

As empresas que, no âmbito da divulgação da informação estatística, apresentem diferenças remuneratórias em função do sexo, deverão, conforme o art. 5.º, apresentar um plano de avaliação das diferenças remuneratórias detetadas. A ACT deve, no prazo de 60 dias a contar da receção dos dados estatísticos, notificar a empresa para que esta apresente, no prazo de 120 dias, esse mesmo plano. Por sua vez, este plano deve ser implementado durante 12 meses e deverá permitir que a empresa proceda à avaliação das componentes das funções, com base em critérios objetivos, de forma a excluir qualquer possibilidade de discriminação fundada em razão do sexo. Findos os 12 meses, a entidade empregadora deve comunicar à ACT os resultados obtidos com a implementação do plano, demonstrando as diferenças remuneratórias justificadas e a correção das diferenças remuneratórias não justificadas. A ACT poderá, sempre que entender necessário, articular a sua atuação com a CITE e solicitar informações às estruturas representativas dos trabalhadores e das entidades empregadoras.

Portanto, nas empresas em que se apure existir disparidade salarial, vai a ACT notificar as mesmas para, no prazo de 120 dias, apresentarem um plano de avaliação das diferenças remuneratórias detetadas. A Lei não é muito clara, mas cremos que depois da apresentação do plano fará sentido haver algum passo antes da sua implementação, isto é, uma espécie de validação do seu conteúdo e eficácia por parte da ACT. Não obstante, este plano de avaliação terá por objetivo dirimir essa disparidade, sendo implementado por 12 meses. Como é que se consegue dirimir a disparidade salarial? As empresas, tendo já analisado as diferenças salariais que se verificam, e que não têm qualquer justificação objetiva, deverão levar a cabo alterações salariais que eliminem essa desigualdade. Como o princípio da irredutibilidade salarial⁷⁴, previsto na al. d) do n.º 1 do art. 129.º do CT, proíbe que se reduza os salários dos

discriminação ou, pelo menos, a suspeição, persistirá enquanto os empregos pior remunerados continuarem a apresentar altas taxas de feminização (discriminação horizontal) e o acesso a lugares de direção tender a privilegiar os homens (discriminação vertical)”.

⁷³ Sobre esta perspetiva, Silva, 2000, p. 101, “No intuito de contribuir para a definição, poderemos dizer que se consideram trabalhos de igual valor aqueles a que corresponde um conjunto equivalente de requisitos relativos a capacidades (conhecimentos, aptidões, iniciativa), esforço (físico, mental ou emocional), responsabilidades (de mando, supervisão de pessoas, de segurança e informação) e condições de trabalho”.

⁷⁴ O CT prevê certas situações em que a retribuição pode ser reduzida, nomeadamente quando o trabalhador regressa à categoria que ocupava anteriormente (art. 120.º e 164.º); quando há redução do período normal de trabalho ou suspensão do contrato de trabalho em situação de crise empresarial ou outras ocorrências que afetem

trabalhadores que auferem uma maior remuneração, cremos que, ainda que não seja uma solução pacífica⁷⁵, terá de haver um aumento dos salários das trabalhadoras que estão a receber valores inferiores. Findos estes 12 meses, quando a empresa comunicar à ACT os resultados desta implementação, demonstrando, por um lado, as diferenças remuneratórias justificadas e, por outro, a correção das diferenças remuneratórias não justificadas, caso persistam diferenças remuneratórias não justificadas estas vão presumir-se discriminatórias. A Lei não esclarece o que acontece no caso de uma empresa que justificou as diferenças remuneratórias, mas de forma insuficiente; no entanto, estamos em crer que essa ponderação só poderá passar pela ACT.

Cumpramos ainda mencionar que, se nos primeiros dois anos de vigência da Lei (2019 e 2020) este plano só era obrigatório para grandes empresas, em 2021 esta obrigação alargou-se também às médias empresas⁷⁶. O incumprimento, pelas empresas, da apresentação do plano de avaliação das diferenças remuneratórias, bem como a não implementação deste plano e a falta da comunicação à ACT dos resultados da sua implementação, previstos, respetivamente, nos n.ºs 1, 2 e 3 do art. 5.º, constitui contraordenação grave, sendo que a esta contraordenação pode ainda ser associada a sanção acessória de privação do direito de participar em arrematações ou concursos públicos, por um período de até dois anos.

1.3.4. Parecer da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego

O art. 6.º atribui à CITE a competência para, através de requerimento de qualquer trabalhador ou representante sindical, emitir parecer sobre a existência de discriminação remuneratória em razão do sexo.

Os trabalhadores passam então a poder requerer parecer à CITE sobre a existência de discriminação remuneratória e, caso se verifique esta solicitação, a entidade empregadora será notificada para, no prazo de 30 dias, se pronunciar e disponibilizar informação sobre a política remuneratória e os critérios usados para o cálculo da remuneração do trabalhador objeto do

a situação da empresa (arts. 298.º e 309.º); alteração para trabalho a tempo parcial (arts. 155.º e 154.º n.º 3); ou mudança para uma categoria profissional inferior (art. 119.º).

⁷⁵ Neste sentido, Xavier, 2017, p. 236: “De facto, a uniformização entre duas situações descompensadas envolve que a paridade se estabeleça ou pela retribuição maior ou pela menor (ou por um ponto intermédio, mais complicado de definir, ou até por cumulações). É o que um conhecido juslaboralista espanhol ilustrava: “quando alguns tomam pão e chocolate e outros só pão, o privilégio corrige-se com pão e chocolate para todos ou só pão para todos e chocolate para nenhuns”. Uma uniformização “por cima”, de acordo com o princípio de primado da regulamentação mais favorável, será aparentemente mais fácil de instituir, até porque isto em pouco expõe os trabalhadores envolvidos. Mas tal nem sempre é possível em termos jurídico-práticos, pela falta de justificação para a situação superior e pela carência de meios. (...) Os juízes do Palácio Ratton dão, melhor ou pior, saída do problema com uma solução restritiva ou aditiva, optando muitas vezes pela primazia da regulamentação mais favorável, o que - em meu entender - não logra fundamento consistente”.

⁷⁶ O art. 100.º do CT determina que as médias empresas são as que empregam de 50 a 249 trabalhadores, e as grandes as que empregam 250 ou mais trabalhadores.

requerimento e dos trabalhadores do outro sexo em relação a quem considera existir discriminação. Ora, ter um documento como o que se junta em anexo (Anexo I) com os dados devidamente atualizados e as diferenças salariais adequadamente justificadas facilitará esta obrigação. Caso a informação requerida não seja disponibilizada, considerar-se-á que existe discriminação remuneratória; por isso, as empresas devem estar sensibilizadas para a importância de cumprir esta obrigação no tempo previsto. Uma vez enviada a informação requerida, a CITE vai apreciá-la e, se considerar que existe remuneração discriminatória, a empresa terá de justificar esses indícios ou adotar medidas que os suprimam, no prazo de 180 dias. Passados 30 ou 180 dias, conforme a empresa disponibilize ou não a informação solicitada, a CITE terá 60 dias para emitir o seu parecer final vinculativo. Este parecer é comunicado à ACT para efeitos de aplicação de contraordenação muito grave, prevista no n.º 8 do art. 25.º do CT. A Lei não estabelece a hipótese de impugnar o parecer emitido pela CITE. No entanto, a contraordenação será sempre impugnável judicialmente nos termos do art. 32.º da Lei n.º 107/2009.

1.3.5. Presunção de despedimento

Há, na Lei n.º 60/2018, a previsão de uma proteção especial do trabalhador, na medida em que se estabelece, no art. 7.º, que o despedimento, ou outra sanção aplicada alegadamente para punir uma infração laboral, quando tenha lugar até um ano após o pedido de parecer à CITE, se presume abusivo, nos termos do art. 331.º do CT, sendo, ainda, inválido qualquer ato de retaliação que prejudique o trabalhador em consequência de rejeição ou recusa de submissão a discriminação remuneratória.

Temos algumas reticências quanto à legitimidade desta presunção de despedimento abusivo, sem grande originalidade em face da que já encontrávamos no art. 331.º, n.º 2 b) do CT. Ainda que percebamos o efeito que a norma pretende atingir, dado que muitas vezes os trabalhadores se sentem intimidados a não exercer os seus direitos por receio de uma eventual retaliação, o despedimento tem sempre de assentar em justa causa, judicialmente sindicável, portanto não sabemos até que ponto é que esta presunção não consubstancia uma forma de proteção excessiva, ainda que possa ser ilidida. Ora, nada impede que um trabalhador que tenha pedido parecer à CITE cometa uma infração laboral com gravidade suficiente que justifique um despedimento com justa causa. Esta presunção de despedimento, consagrada na Lei n.º 60/2018 de forma tão lata, surge quase como uma espécie de “manto de irresponsabilidade”⁷⁷ para o trabalhador, que a partir do momento em que solicita o parecer fica com um “livre passe” para atuar da forma que melhor lhe aprouver.

⁷⁷ Alusão ao manto da invisibilidade da saga *Harry Potter*, que permite, a quem com ele se cubra, tornar-se invisível e praticar todo e qualquer ato sem ser visto.

1.3.6. Acompanhamento e avaliação

A CITE, que assume, inegavelmente, um papel de destaque neste diploma⁷⁸, sendo a principal entidade responsável pelo acompanhamento do mesmo, deve emitir orientações definindo os termos gerais da avaliação das componentes das funções com base em critérios objetivos, comuns a homens e mulheres, nos termos do art. 8.º. Nesta senda, cumpre mencionar o Parecer n.º 671⁷⁹, emitido em 2018, que, com o devido respeito, não nos parece que ofereça grande orientação, limitando-se, em grande medida, a transcrever os conceitos legais sem abrir espaço para grandes desenvolvimentos.

1.3.7. Registo de condenações

O art. 9.º determina que deverá existir um registo de contraordenações, segundo o qual, sempre que haja sentenças condenatórias por discriminação remuneratória em razão do sexo transitadas em julgado, os tribunais devem comunicar imediatamente essa informação à CITE. Estes registos permitirão verificar a reincidência das empresas e, eventualmente, puni-la. Ocorre-nos, ainda, a possibilidade de tornar este registo de condenações público, com o intuito de ser mais um mecanismo de desencorajamento de práticas discriminatórias; no entanto, levantar-se-iam muitas dúvidas ao nível da proteção de dados.

1.4. Eficácia da Lei

Fechando este ponto de análise e de apresentação de algumas soluções mais práticas para o dia-a-dia das empresas, julgamos que é possível evitar todos os inconvenientes que podem resultar da aplicação desta Lei se se mantiver uma política remuneratória sólida e bem estruturada. As leis laborais implicam, progressivamente, um grande controlo e escrutínio da atividade das empresas, porque só assim é que se consegue garantir que os direitos dos trabalhadores não estão a ser “esquecidos”. Desta forma, as empresas têm, impreterivelmente, de se adaptar a esta realidade. Por muito inoportuno que possa parecer garantir uma política remuneratória igualitária e transparente, estamos em crer que muito mais inoportuno será pagar pesadas coimas.

Acompanhamos Catarina de Oliveira Carvalho⁸⁰ quando afirma que a jurisprudência portuguesa sobre a discriminação remuneratória com base no sexo é ainda muito escassa⁸¹, o que, como também refere a autora, contrasta com os dados da disparidade salarial. Embora

⁷⁸ Neste sentido Rebelo, 2020, pp. 31-32.

⁷⁹ Disponível em http://cite.gov.pt/pt/pareceres/pareceres2018/PLei60_18.pdf.

⁸⁰ Carvalho, 2018, p. 29.

⁸¹ Neste sentido, também Ramalho, 2019b, p. 15: “é ainda escassa a jurisprudência em matéria de igualdade de género, ao contrário do que acontece em relação a outros fatores de discriminação. Ora, a falta de jurisprudência não é, como se sabe, um sintoma de que tudo corre bem, mas um sinal de fraca efetividade do sistema normativo. Em suma, nesta matéria o sistema carece de efetividade prática. A *law in books* é diferente da *law in action*”.

consideremos que esta reduzida jurisprudência, e, consequentemente, a reduzida condenação das empresas, geram um sentimento de impunidade, essa realidade jurisprudencial, cremos, sofrerá paulatinamente uma mudança à medida que a regulamentação e as formas de controlo forem aumentando. E é imperativo que aumentem, porque se hodiernamente a necessidade de um direito laboral “paternalista” já não se verifica, acompanhamos Guilherme Dray quando afirma que se “impõe, pois, uma visão do Direito do trabalho que, ainda que seja atualizada, não deixe de atender a esta realidade: o Direito do trabalho visa, em primeira e em última instância, a dignificação do trabalho e acima de tudo de quem o presta, ainda que seja igualmente animado por outros valores que igualmente o compõem, como seja a defesa da própria unidade produtiva e da liberdade de gestão empresarial”⁸².

Como julgamos ser notório ao longo destas páginas, algumas são as críticas que temos a tecer ao diploma em análise. Doravante, apresentaremos os motivos que nos levam a crer que a Lei n.º 60/2018, e os mecanismos por esta criados, não serão suficientes para uma diminuição drástica e efetiva da disparidade salarial.

Não pondo em causa a tentativa louvável de dirimir o GPG através deste diploma, a verdade é que temos dúvidas quanto à sua verdadeira eficácia. Isto porque a Lei n.º 60/2018 acaba por se debruçar somente sobre uma parte do problema, ignorando o flagelo da desigualdade salarial no seu todo⁸³. As soluções apresentadas pelo legislador foram pensadas unicamente para as diferenças salariais que não se baseiam em critérios ditos objetivos. Não podemos acompanhar quem considere este diploma totalmente inútil, porquanto, de facto, ainda se verifica a existência de desigualdades salariais motivadas por razões assumida e deliberadamente discriminatórias. No entanto, como já referimos, é apenas parte do problema.

Sobre a inefetividade das normas legais em matéria de igualdade, veja-se o estudo da CITE de 2003⁸⁴ sobre o GPG, onde se apontam como critérios justificativos para essa inefetividade: a complexidade de alguns dos conceitos desta temática, como os de trabalho igual e de trabalho de valor igual, ou os de discriminação direta e indireta; a falta de conhecimento dos vários operadores que lidam diretamente com esta temática, como os magistrados, os advogados, as entidades empregadoras e até as próprias associações sindicais;

⁸² Dray, 2015, p. 321.

⁸³ Na mesma linha, Nascimento e Freitas, 2019, p. 136: “Ora, cumpre questionar se uma solução cirúrgica, porque unidimensional, como parece ser a adotada pelo legislador, logrará atingir algum efeito prático, se não estiverem antes criadas as condições para que se alterem as circunstâncias que alimentam o preenchimento dos critérios objetivos que fundamentam parte das discrepâncias salariais. Isto é, não ignorando a subsistência das discrepâncias salariais discriminatórias, que devem ser combatidas, cabe refletir se a tónica não deveria ser colocada primeiramente, ou simultaneamente, na promoção de medidas que permitam corrigir os desequilíbrios existentes em razão do sexo (v.g., em matéria de conciliação da vida familiar e profissional), que perpetuam a subsistência do preenchimento dos critérios objetivos (como a assiduidade ou a produtividade) que subjazem às diferenças salariais entre homens e mulheres”.

⁸⁴ Disponível em http://cite.gov.pt/imgs/downloads/Garantir_Igualdade.pdf e coordenado por Palma Ramalho.

e, invariavelmente, o desequilíbrio associado à conciliação da vida pessoal com a vida profissional.

Os resultados do Projeto INUT, promovido pelo CESIS em parceria com a CITE, revelaram, em 2016, que as mulheres investem diariamente mais 55 minutos na prestação de cuidados e mais 1 hora e 12 minutos nas tarefas domésticas, por comparação aos homens, “no total, em média, o trabalho não pago implica para as mulheres uma afetação de tempo diária de 4 horas e 23 minutos; e para os homens de 2 horas e 38 minutos, ou seja, menos 1 hora e 45 minutos”⁸⁵. Destarte, estamos convictos de que critérios como a assiduidade ou, até mesmo, a produtividade não podem ser considerados como não discriminatórios quando é sabido que tanto o cuidado dos filhos, ou de outros dependentes, como a maior parte do trabalho doméstico continua a ser assegurado em larga medida pelas mulheres. Assim, se continua a ser a mulher quem, por exemplo, em primeiro lugar falta ao trabalho⁸⁶ para poder tomar conta do filho doente, acreditar que a assiduidade possa ser um critério neutro para atribuição de qualquer componente retributiva é, perdoem-nos a expressão coloquial, ignorar o elefante na sala. Tal como esperar que a produtividade de uma trabalhadora que, no final da jornada de trabalho, ainda assegura todas as tarefas domésticas da sua casa seja igual à de um trabalhador que não tem essas preocupações é, no mínimo, irreal.

O facto de durante tantos anos ter persistido – e infelizmente, se bem que em menor medida, ainda persistir – o estigma social de que a mulher, para além de principal responsável pelo trabalho doméstico e pelo cuidado com os filhos, era mais frágil e menos capaz torna a tarefa de atingir a igualdade, neste caso salarial, extremamente árdua.

Eliminar, ou diminuir drasticamente, a disparidade salarial não se fará unicamente através de mecanismos legais, como refere Catarina de Oliveira Carvalho: “a igualdade não será obtida por mero efeito da lei, insuficiente, só por si, para modificar as enraizadas convicções sociais, económicas e políticas subjacentes à discriminação da mulher”⁸⁷. Apesar de ser evidente que as desigualdades entre homens e mulheres, em contexto laboral, resultam muitas das vezes de questões ligadas à repartição (ou falta dela) das tarefas domésticas e à parentalidade, não podemos simplesmente criar uma lei que obrigue os homens a realizar o mesmo número de tarefas do que as mulheres, ou que obrigue os pais a levantarem-se exatamente o mesmo número de vezes do que as mães, a meio da noite, quando os filhos começam a chorar. Ainda assim, temos um largo campo dentro da conciliação da vida familiar

⁸⁵ Disponível em http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/publics/INUT_Policy_Brief.pdf.

⁸⁶ Cientes de que o CT, no n.º 1 do art. 65.º, prevê que as faltas para assistência a filho são equiparadas a efetiva prestação de trabalho e que o n.º 4 do art. 31.º especificamente prevê que “as licenças, faltas ou dispensas relativas à proteção na parentalidade não podem fundamentar diferenças na retribuição dos trabalhadores”. No entanto, tanto o limite temporal – 30 dias para filho menor de 12 anos ou com doença crónica, 15 dias para filho com mais de 12 anos e, no caso de ser maior, que faça parte do agregado familiar – como os meios probatórios exigidos para justificação de falta, podem obstar a essa equiparação.

⁸⁷ Carvalho, 2002, pp. 130-131.

com a vida profissional no qual a lei pode atuar e que, acreditamos, terá um forte impacto no *GPG*⁸⁸.

Como já foi dito, a Lei n.º 60/2018 compromete-se a resolver um problema que, infelizmente, não perspectiva no seu todo. Por mais que as empresas se vejam proibidas de pagar mais a um homem do que a uma mulher, sem motivo que justifique tal discriminação, poderão sempre atribuir um prémio de produtividade a quem apresente melhores resultados ou um prémio de assiduidade a quem tiver menos faltas. Tendo em conta o panorama da sociedade atual, podemos afirmar que homens e mulheres estão em pé de igualdade para obter estes bónus salariais⁸⁹? Tendemos a responder que não.

Na esteira do entendimento de Palma Ramalho, “pode até dizer-se que, mesmo que todos os outros factores de discriminação usualmente identificados fossem eliminados, enquanto se mantiver uma repartição estruturalmente desequilibrada das responsabilidades familiares entre homens e mulheres, as discriminações de género no trabalho e no emprego persistirão”⁹⁰. É, então, manifestamente imperativa a aposta em medidas que garantam essa repartição mais equitativa das tarefas relacionadas com a vida familiar, isto é, medidas de conciliação mais fortes⁹¹.

O princípio da conciliação da vida pessoal com a vida profissional⁹² é pilar fundamental na proteção dos direitos dos trabalhadores e está constitucionalmente consagrado nos arts. 59.º, n.º 1, b) e 67.º, h). O trabalhador, por o ser, não perde a sua personalidade, ainda que se possa alegar que a relação laboral em muito a restringe⁹³. Para além da sua atividade profissional, o trabalhador pode ainda desempenhar muitos outros papéis, o que obriga, muitas vezes, a uma articulação engenhosa entre a vida profissional e a vida pessoal. Desta forma, afigura-se imprescindível que o direito tutele a conciliação entre as mesmas. O conflito entre estas duas facetas é manifestamente superior em relação às trabalhadoras, na medida

⁸⁸ Ramalho, 2004, pp. 175-176: “a perspectiva mais moderna sobre esta temática, difundida no direito comunitário, considera o equilíbrio na conciliação entre a vida profissional e a vida familiar, entre homens e mulheres (que é mais vasto, mas inclui a proteção da maternidade e da paternidade) como uma condição de efetivação da igualdade de género e não como um tema justificativo de um tratamento de exceção às regras da igualdade”.

⁸⁹ Sobre os prémios de assiduidade Leite, 2004, pp. 74-75, “Aliás, sem neutralização de certas ausências, designadamente as que têm a ver com o sexo (não será preciso recordar que há motivos de ausência exclusivos das mulheres), os prémios de assiduidade são um caso de muito obscura observância do princípio da igualdade (desigualdade por indiferenciação de tratamento) ou mesmo de muito obscura observância do mandato antidiscriminatório. Os prémios de assiduidade, tal como se encontram instituídos, só escapam à suspeição de tratamento injusto na medida em que visem combater o absentismo fraudulento, atingindo apenas as ausências injustificadas e, em particular, as ausências fraudulentamente justificadas”.

⁹⁰ Ramalho, “Conciliação equilibrada entre a vida profissional e familiar: uma condição (in)atingível de igualdade de género no trabalho e no emprego”, disponível em http://cite.gov.pt/pt/acite/concretizar_igualdade_004.html.

⁹¹ Sobre as vias para melhorar a implementação prática do princípio da igualdade entre mulheres e homens Ramalho, 2019b, p. 15: “A este propósito, permitimo-nos deixar uma reflexão sobre três pontos em que, na nossa opinião, se devem concentrar os esforços da intervenção legal e prática, nesta matéria: a conciliação entre a vida profissional e a vida familiar; a contratação coletiva; e a tomada de decisão”.

⁹² A este título, veja-se Ramalho, 2019a, pp. 453 e ss.; Martins, 2019, pp. 95 e ss.; Ramalho, 2018, pp. 101 e ss.; Ramalho, 2003, pp. 269 e ss.

⁹³ Neste sentido, Menezes Leitão, 2019, p. 149.

em que, como já referimos, a maior parte das responsabilidades relacionadas com a vida familiar continua a ser-lhes atribuída.

Na nossa perspetiva, o sobredito princípio, a fim de influenciar e promover a igualdade de género, deverá incidir sobre dois conjuntos de questões: as ligadas à parentalidade e as ligadas à organização do tempo do trabalho. Assim, parece-nos importante que se reforce a regulamentação ao nível da atribuição de licenças por questões relacionadas com a família e de regimes de tempo de trabalho favoráveis à harmonização destas duas vertentes da vida dos trabalhadores (tanto a dispensa de certos regimes de tempo de trabalho, como a possibilidade de celebração de determinadas modalidades de contratos de trabalho que facilitem a mencionada articulação)⁹⁴. cremos, no entanto, que esse reforço só terá impacto na diminuição da desigualdade entre trabalhadoras e trabalhadores, em concreto na disparidade salarial, se for sempre orientado para uma maior repartição de responsabilidades. De nada adianta, ou pelo menos ao caso, termos a possibilidade de gozar uma vasta panóplia de licenças parentais se as mesmas acabarem por ser sempre gozadas pelas mães. Já mencionámos que temos noção da dimensão da complexidade do problema e que não nos deixamos iludir com a possibilidade de resolver tudo pela via legislativa. No entanto, é inegável a relevância desta via, da regulamentação mais rigorosa destas temáticas, sendo também inegável o papel do Direito como construtor de uma sociedade mais justa e equilibrada.

⁹⁴ Também neste sentido, Ramalho, 2018, p. 113.

Considerações finais

Em face do que antecede, é patente que há ainda um longo caminho a percorrer. A disparidade salarial é um flagelo, como o tempo e a experiência têm demonstrado, bastante complexo. Pense-se também que se a disparidade salarial é ainda tão significativa no âmbito das relações laborais legalmente estabelecidas, qual será a realidade do trabalho clandestino, onde os trabalhadores se encontram totalmente desprotegidos⁹⁵?

Importa também não esquecer que a desigualdade salarial representa uma adversidade que acompanha a mulher ao longo de toda a vida. Para além de consubstanciar um problema real durante a fase ativa da vida, as desigualdades perpetuam-se para lá desta fase: ao chegar à idade da reforma, as mulheres têm pensões mais baixas, consequência de terem descontado menos, já que tinham salários mais baixos.

As últimas crises económicas demonstraram-nos ser um campo fértil para retrocessos no campo da igualdade de género. Destarte, afigura-se urgente pensar na próxima crise económica com qual estaremos, brevemente, a braços e nas consequências que a mesma trará a nível de igualdade salarial. Segundo o último índice da igualdade de género do Instituto Europeu para a Igualdade de Género, dados da *Eurofound* indicam que “4 em cada 10 respondentes afirma estar numa situação financeira pior do que antes da pandemia; e que quase 1 em cada 3 mulheres (31%) e 1 em cada 4 homens (23%) afirma não ter poupanças para manter os níveis de vida pré-pandemia”⁹⁶. A pandemia que atravessamos foi, efetivamente, mais dura para as mulheres: dados revelados⁹⁷ pela Comissão Europeia, no Dia Internacional da Mulher de 2021, demonstraram que as mulheres se encontram sobrerrepresentadas nos setores de atividade mais afetados pela crise, como o retalho, a hotelaria, a prestação de cuidados e o trabalho doméstico – profissões que não permitem o teletrabalho. Além disso, as mulheres também experimentaram mais dificuldades em reingressar no mercado de trabalho durante a recuperação parcial no verão passado de 2020, quando as taxas de emprego subiram 1,4 % para os homens, mas apenas 0,8 % para as mulheres, entre o segundo e o terceiro trimestres de 2020. Também na conciliação entre a vida profissional e a vida familiar as mulheres dedicaram, em média, 62 horas por semana a tomar conta de crianças (em contraste com 36 horas para os homens) e 23 horas por semana foram consagradas ao trabalho doméstico (em comparação com 15 horas para os homens).

Não seria justo afirmar a existência de uma total inércia no que diz respeito à adoção de medidas para promoção da igualdade salarial. Na verdade, tem-se verificado, como se expôs ao longo da presente dissertação, um grande desenvolvimento legislativo nesta matéria. Porém, cremos que mais do que remar, importará remar no sentido certo. O problema da

⁹⁵ Neste sentido, Rato, 2003, 31 e ss.

⁹⁶ Disponível em <https://www.cig.gov.pt/2020/11/10-de-novembro-de-2020-dia-nacional-da-igualdade-salarial/>.

⁹⁷ Disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_21_1011.

disparidade salarial, no nosso entender, não está a ser perspetivado na sua totalidade, e isso implica que os mecanismos que vêm a ser criados, como a Lei n.º 60/2018, não resultem numa diminuição efetiva e drástica da desigualdade. Sabemos que a igualdade não se alcançará unicamente através de mecanismos legais, fundamentalmente porque o flagelo da desigualdade de género está diretamente relacionado com preconceitos enraizados na sociedade e a mudança de mentalidades não se opera do dia para a noite. Ainda assim, esse é o meio que, provavelmente, poderá dar o contributo mais significativo. Como referimos, é nossa opinião que as medidas de conciliação da vida profissional com a vida familiar poderão ter um contributo considerável em matéria de igualdade salarial e que o caminho terá de se fazer, fundamentalmente, nesse sentido.

A verdade é que nos encontramos em pleno século XXI, inexistindo qualquer justificação para que, considerando o mundo informado em que, hodiernamente, vivemos, se mantenham disparidades salariais com base em razões discriminatórias.

Perguntar-se-á: a mudança é normativa ou de mentalidade? Diríamos que, idealmente, ambas se conjugariam. Ainda assim, cremos que a primeira acaba por, ainda que paulatinamente, influenciar a segunda.

Por fim, reitere-se que não podemos permitir que surja espaço para quaisquer retrocessos. A igualdade de género, diretamente ligada à dignidade humana, não pode ficar ao sabor de crises económicas ou de outras flutuações. Se “a via é longa [e] há muito pra andar, [sem esquecer] que ainda a procissão vai no adro”⁹⁸, que não se deixe cair por terra o que já foi alcançado.

⁹⁸ *Procissão*, Diabo na Cruz.

Bibliografia

- AMADO, J.L. (2019). *Contrato de trabalho – Noções básicas*, 3.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- BELL, M. (2002). *Anti-discrimination law and the European Union*. Oxford: Oxford University Press.
- BOTELHO, C.S. (2009). Algumas reflexões sobre o princípio da paridade retributiva. In *Liberdade e compromisso – Estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto*, vol. II, pp. 79-130. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- CARVALHO, C de O. (2018). Considerações sobre o estatuto jurídico-laboral da mulher. In *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, pp. 129-158. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO, C de O. (2019). Salary and inequalities in Portugal. *IUSLabor*, n.º 3/2019, pp. 24-37.
- CARVALHO, R. (2017). Os mecanismos de monitorização da CSER realizados pelo Comité Europeu de Direitos Sociais: O sistema de relatórios e o sistema de reclamações coletivas. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 7, pp. 42-61.
- CORDEIRO, A.M. (2019). *Manual de direito do trabalho*, vol. II. Coimbra: Almedina.
- DORSEMONT, F., LÖRCHER, K., CLAUWAERT, S. & SCHMITT, M. (eds.). (2019). *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the employment relation*. Oxford: Hart.
- DRAY, G. (2015). *O princípio da proteção do trabalhador*. Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, A.M. (2015). A noção de retribuição no regime do contrato de trabalho: Uma revisão da matéria. In *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, vol. I, pp. 295-325. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- FERNANDES, A.M. (2019). *Direito do trabalho*, 19.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- FERREIRA, V. (org.). (2010). *A igualdade de mulheres e homens no trabalho e no emprego em Portugal – Políticas e circunstâncias*. CITE.
- FREDMAN, S. (2011). *Discrimination law*. Clarendon Law Series. Oxford: Oxford University Press.
- GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA (2007). Anotações aos arts. 1.º a 107.º. In *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.
- GOMES, J.M.V. (1998). Algumas reflexões sobre o ónus da prova em matéria de paridade de tratamento retributivo (“a trabalho igual salário igual”). In *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, pp. 313-344. Coimbra: Almedina.
- GOMES, J.M.V. (2007). *Direito do trabalho – Vol. I: Relações individuais de trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora.
- HARRIS, D. (2001). *The European Social Charter*, 2.^a Edição. Nova Iorque: Transnational Publishers.
- LEITÃO, L.M. (2019). *Direito do trabalho*, 6.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- LEITE, J. (1999). *Direito do trabalho*, vol. II. Coimbra: Serviços da Ação Social da UC (policopiado).
- LEITE, J. (2004). Garantir os direitos em matéria de igualdade salarial. In *Estudos*, n.º 3 – *Compilação de elementos para uma consulta especializada sobre igualdade de remuneração entre mulheres e homens*, pp. 61-76. Lisboa: CITE.
- LOPES, D. (2011). A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vista à luz do princípio da não discriminação. *Julgar*, n.º 14, pp. 47-75.
- LUKAS, K. (2014). The collective complaint procedure of European Social Charter: Some lessons for EU? *Legal Issues of Economic Integration*, n.º 41, pp. 275-288.

- MALLET, E. (2013). *Igualdade e discriminação em direito do trabalho*. São Paulo: São Paulo LTr.
- MARTINEZ, P.R. (2019). *Direito do trabalho*, 9.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- MARTINEZ, P.R., MONTEIRO, L.M., VASCONCELOS, J., BRITO, P., DRAY, G., & SILVA, L.G. da (2020). *Código do Trabalho – Anotado*, 13.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- MARTINS, D.C. (2019). Conciliação entre a vida profissional e a vida familiar e pessoal. In M.R.P. Ramalho e T.C. Moreira (coords.). *A igualdade nas relações de trabalho*, pp. 95-108. Lisboa: AAFDL.
- MEDEIROS, R. (2016). *O direito fundamental à retribuição – Em especial, o princípio a trabalho igual salário igual*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- MESTRE, B. (2020). *Direito antidiscriminação – Uma perspetiva europeia e comparada*. Porto: Vida Económica.
- MESTRE, B. (2015). Sobre o conceito de discriminação: Uma perspetiva contextual e comparada. In *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, vol. I, pp. 378-410. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- MIRANDA, J. & MEDEIROS, R. (2010). Anotações aos arts. 1.º a 79.º. *Constituição Portuguesa anotada*, 2.^a Edição, pp. 96-593. Coimbra: Coimbra Editora.
- MONTOYA MELGAR, A. (1993). Igualdad salarial por razón de sexo. *Cuadernos de Derecho Judicial*, pp. 155-166.
- MOREIRA, M.T. (2013). *Igualdade e não discriminação*. Coimbra: Almedina.
- NASCIMENTO, A.P. & FREITAS, L.S. (2019). Lei n.º 60/2018, de 21 de agosto – Medidas de promoção da igualdade remuneratória entre mulheres e homens por trabalho igual ou de igual valor. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 51, pp. 133-136.
- NETO, A. (1998). Conteúdo e alcance do princípio constitucional “para trabalho igual salário igual”. In A. Moreira (coord.). *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, pp. 369-386. Coimbra: Almedina.
- RAMALHO, M.R.P. (1997). Igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras em matéria remuneratória: A aplicação da Diretiva 75/117/CE em Portugal. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 1, pp. 159-181.
- RAMALHO, M.R.P. (2003). *Estudos de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina.
- RAMALHO, M.R.P. (2004). Igualdade de género e direito comunitário – Notas breves. *Ex Aequo*, n.º 10, pp. 51-60.
- RAMALHO, M.R.P. (2009). *Direito social da União Europeia*. Coimbra: Almedina.
- RAMALHO, M.R.P. (2018). Tempo de trabalho e conciliação entre a vida profissional e a vida familiar – algumas notas. In M.R.P. Ramalho & T.C. Moreira (coords.). *Tempos de trabalho e de não trabalho*, pp. 101-116. Lisboa: AAFDL.
- RAMALHO, M.R.P. (2019a). *Tratado de direito do trabalho – Parte II*, 7.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- RAMALHO, M.R.P. (2019b). Igualdade e desigualdades entre mulheres e homens no trabalho e no emprego: Da teoria à prática. In M.R.P. Ramalho & T.C. Moreira (coords.). *A igualdade nas relações de trabalho*, pp. 11-19. Lisboa: AAFDL.
- RAMALHO, M.R.P. (2020). *Tratado de direito do trabalho – Parte I*, 5.^a Edição. Coimbra: Almedina.

- RAMALHO, M.R.P. Conciliação equilibrada entre a vida profissional e familiar: uma condição (in)atingível de igualdade de género no trabalho e no emprego”, retirado de http://cite.gov.pt/pt/acite/concretizar_igualdade_004.html.
- RAPOSO, V.L. (2004). Os limites da igualdade: um enigma por desvendar (a questão da promoção da igualdade laboral entre sexos). *Questões Laborais*, n.º 23, pp. 42-80.
- RATO, J. (2003). Igualdade salarial. *Questões Laborais*, n.º 21, pp. 23-33.
- REBELO, G. (2019). *Estudos de direito do trabalho*, vol. I. Lisboa: Edição Sílabo.
- REBELO, G. (2020). *Estudos de direito do trabalho*, vol. II. Lisboa: Edição Sílabo.
- RÊGO, M.C.C. (2010). A construção da igualdade de homens e mulheres no trabalho e no emprego na lei portuguesa. In *A igualdade de mulheres e homens no trabalho e no emprego em Portugal: Políticas e circunstâncias*, pp. 57-98. Lisboa: CITE.
- NAVARRO SEMPERE, A. V. & LOURDES MELÉNDEZ, M.-V. (2009) *Discriminación por razón de sexo y acoso desde una perspectiva laboral comparada*. Madrid: Dykinson.
- SILVA, M.M.M. (2000). A discriminação sexual no mercado de trabalho – uma reflexão sobre as discriminações diretas e indiretas. *Questões Laborais*, n.º 15, pp. 84-112.
- SWEPSTON, L. (2014). *The development in international law articles 23 and 24 of the Universal Declaration of Human Rights: The labor rights articles*. Nijhoff, Leiden: Brill.
- XAVIER, B.L. (2017). A retribuição na Lei fundamental. In B.G.L. Xavier, M.R.P. Ramalho, J.J. Abrantes, J.L. Amado, D. Falcão & S.T. Tomás (eds.). *Estudos de direito do trabalho em homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes*, pp. 212-251. V. N. Famalicão: NovaCausa.
- XAVIER, B.L., MARTINS, P.F., CARVALHO, A.N., VASCONCELOS, J., & ALMEIDA, T.G. (2020). *Manual de direito do trabalho*, 4.^a Edição. Lisboa: Babel.

Anexo 1 – Tabela para controlo das disparidades salariais

Nome do Trabalhador	Data de Admissão	Categoria Profissional	Conteúdo Funcional (a)	Habilitações Literárias	Retribuição Base	Prémios (b)	Subsídios (c)	Fundamentação Disparidade Salarial (d)

Advertências para preenchimento:

(a) Descrição da função feita de forma clara e inequívoca tendo em consideração as qualificações, a experiência exigida, a responsabilidade atribuída, o esforço físico e psíquico e condições em que o trabalho é efetuado. Os critérios de valorização das funções são descritos de forma a serem aplicados só a funções desempenhadas predominantemente por um dos sexos?

(b) Identificar o prémio em causa e os respetivos critérios para a sua atribuição. As ponderações quantitativas e qualitativas utilizadas na avaliação de desempenho das funções são aplicadas da mesma forma para funções predominantemente desempenhadas por homens ou por mulheres? Os critérios de atribuição de prémios de produtividade, de assiduidade, de distribuição de lucros, entre outros, são publicitados na empresa, de forma a chegarem ao conhecimento dos trabalhadores e das trabalhadoras?

(c) Identificar o subsídio em causa.

(d) Sempre que se identifique uma situação de disparidade salarial entre um homem e uma mulher, garantir que existe um critério objetivo que a justifique e indicá-lo.

Amor pelo trabalho vs. amor no trabalho:

Uma perspetiva multinível da proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores, no âmbito das relações amorosas no trabalho

Ana Francisca Quarenta de Menezes Montenegro

Sob a orientação da Professora
Doutora Catarina Santos Botelho

Por todos os ensinamentos,
Por todo o amor,
Por tudo,
Mãe.

“O amor é início, meio e fim, faz pensar, sofrer, agarrar o tempo ou esquecê-lo. Obriga a escolher, a separar, a rejeitar. Castiga e compensa. O amor fere a salva, é farol e é naufrágio. É alegria e tristeza. É ciúme, orgasmo e êxtase. É o nós, o outro, a ciência da vida. O amor é inquietação, esperança, certeza e dúvida, caos e ordem.”

Helena Sacadura Cabral¹

¹ Cabral, 2013, p. 17.

Resumo

Através da presente Dissertação, procuraremos investigar em que termos e em que medida podem as empresas, no uso dos seus poderes, interferir com as relações amorosas mantidas entre dois trabalhadores sob sua autoridade e direção.

Num mundo fortemente marcado pela globalização, resultante da proliferação das NTIC e de uma constante evolução tecnológica, as relações amorosas em contexto de trabalho, apesar de sempre terem existido, são um fenómeno frequente ao longo de todo o mundo, e levantam alguns problemas a que urge responder, por força do potencial confronto que provocam entre os direitos fundamentais do trabalhador, por um lado, e da entidade empregadora, por outro. Numa perspetiva de multidisciplinariedade – característica, aliás, intrínseca ao Direito – em que se dá o cruzamento de temas de Direito do Trabalho e de Direitos Fundamentais, esta Dissertação visa analisar algumas normas existentes em ordenamentos jurídicos distintos do nosso – uns com soluções legislativas que se nos afiguram mais felizes do que outros –, com vista a percebermos como deve esta questão ser correta e eficazmente regulamentada, por forma a ser possível uma verdadeira articulação entre os poderes das entidades empregadoras e os direitos fundamentais dos trabalhadores, de entre os quais, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Palavras-chave: Relações amorosas; relação jurídico-laboral; direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar; direito ao livre desenvolvimento da personalidade; princípio de liberdade de empresa; conflitos de direitos.

Abstract

Throughout this dissertation, we will investigate in what terms companies may interfere with the romantic relationships between two employees under the first's authority and direction.

In a world strongly marked by globalization, as a result of the proliferation of new ICT and constant technological evolution, romantic relationships in a labour context – although they have always existed – are a frequent worldwide phenomenon and raise some issues given their potential impact on the fundamental rights of employees and employers, which may, thus, lead to conflicting rights.

In this dissertation, we analyse existing rules in different legal systems from a multidisciplinary perspective to understand how this question shall be correctly and efficiently regulated to articulate companies' powers with employees' fundamental rights, which include their fundamental right to privacy.

Keywords: romantic relationships; labour relationships; right to privacy; right to the free development of personality; principle of the freedom of companies; conflicting rights.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.(s)	Acórdão(s)
Art.(s)	Art.(s)
<i>Cfr.</i>	Confrontar
<i>Cit.</i>	Citado
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CNPD	Comissão Nacional de Proteção de Dados
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho
CP	Código Penal
DESC	Direitos económicos, sociais e culturais
DLG	Direitos, liberdades e garantias
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
EUA	Estados Unidos da América
<i>GPS</i>	<i>Global Positioning System</i>
<i>I.e.</i>	<i>Id est</i>
IRCT	Instrumentos de Regulamentação Coletiva de Trabalho
ISC	<i>Iowa Supreme Court</i>
ISO	<i>International Organization for Standardization</i>
NTIC	Novas Tecnologias de Informação e Comunicação
N.º(s)	Número(s)
P.e.p.	Previsto e punido
P./pp.	Página/páginas
Proc.	Processo
R.A.T.	Registo de Atividades de Tratamento
R.G.P.D.	Regulamento Geral de Proteção de Dados
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
TST	Tribunal Superior do Trabalho
<i>Vd.</i>	Vide
Vol.(s)	Volume(s)

Índice

Considerações introdutórias	8
1. Contexto histórico e paradigma atual	10
2. Enquadramento legal	12
2.1. Plano ordinário	12
2.1.1. Os direitos de personalidade dos trabalhadores	13
2.2. Plano constitucional	15
2.2.1. O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar	16
2.2.1.1. Teoria das três esferas	16
2.2.1.2. Extensão	18
3. O poder de controlo da entidade empregadora	20
3.1. Contextualização	20
3.2. Relação com os demais poderes patronais	22
4. Conflito de direitos de personalidade do trabalhador e da entidade empregadora	23
5. Plano internacional	30
5.1. A situação americana	30
5.1.1. Sistema de despedimento <i>ad nutum</i>	30
5.1.2. Análise do caso da “Walmart” e das regras de “no dating”	31
5.1.3. Reflexões perante o sistema de despedimento por justa causa	33
5.2. A cultura japonesa	35
6. Distinção com outras figuras afins	36
6.1. Discriminação	36
6.2. Assédio	39
Conclusões	42
Referências bibliográficas	45
Fontes eletrónicas	46
Jurisprudência	47

Considerações introdutórias

Todo e qualquer cidadão, enquanto ser social “ontogeneticamente inacabado”,² dotado de razão e emoção, tende a desenvolver relações com os que o rodeiam, no decurso das quais se desenvolvem sentimentos, se exploram emoções e se experimentam sensações – entre as quais, o amor.

Sendo a empresa um *habitat* que depende do recurso a pessoas, e porque o trabalho faz parte da vida de praticamente todas as pessoas, é natural que o trabalhador desenvolva laços de amizade, afetividade ou intimidade com os que o rodeiam – tal como, aliás, sucede em todos os demais ramos da vida.

Existe, por isso, uma grande dificuldade em separar a vida pessoal da profissional, tendo em consideração que os sujeitos do Direito do Trabalho tendem a conviver praticamente todo o dia, de segunda a sexta-feira e, por vezes, até mesmo ao fim-de-semana.

Quando inserido numa estrutura produtiva alheia e numa organização hierárquica dominada, controlada e gerida por outrem,³ o trabalhador subordinado enquadra-se numa sociedade em que o seu titular dispõe de um leque de poderes para, em conformidade com os princípios de liberdade de empresa e de autonomia privada, ditar ordens, instruções e diretrizes, bem como de verificar o correto cumprimento da prestação de trabalho.

Tal circunstância, acrescida do facto de o Direito do Trabalho respeitar a uma realidade económica e produtiva mutável, determina que este ramo do direito esteja permanentemente mais suscetível ao confronto com novos desafios, dos quais se destacam os derivados da exponencial evolução tecnológica e da massificação do uso das NTIC no mundo do trabalho.

Consequentemente, os trabalhadores, por se encontrarem numa posição de subordinação jurídica em relação à entidade empregadora, e intrinsecamente mais envolvidos na relação jurídico-laboral, encontram-se também mais expostos a eventuais lesões ao nível dos seus direitos fundamentais.

Ciente de tais dificuldades, o nosso CT consagrou, de forma expressa, a tutela dos direitos de personalidade dos trabalhadores, enquanto manifesto reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-laborais.⁴

Não obstante, através da análise de algumas situações ocorridas em contexto real, é possível concluir que, por vezes, as empresas tendem a alargar a sua esfera de controlo a campos extralaborais da vida dos trabalhadores – como sucede quando decidem abolir *ab initio* a existência de toda e qualquer relação amorosa entre aqueles.

² Machado, 2013, p. 8.

³ Amado, 2019, p. 21.

⁴ Andrade, 2012, pp. 250-254.

Tais proibições, manifestadas no exercício de poderes e no âmbito da prossecução de interesses da empresa, são suscetíveis de colocar em causa alguns direitos fundamentais dos trabalhadores, nomeadamente os direitos à reserva da intimidade da vida privada e ao livre desenvolvimento da personalidade, e assim causar verdadeiros conflitos de direitos.

Com a presente Dissertação, visamos, assim, responder à questão de saber até onde poderão ir as limitações aos direitos fundamentais dos trabalhadores sem que, através da autonomia privada das empresas, seja posto em causa o conteúdo mínimo essencial dos direitos de personalidade de que aqueles são titulares.

Seja porque não é possível controlar o livre arbítrio, seja porque ao Direito não interessa regular valores morais ou sentimentos,⁵ e perante a ausência, no nosso ordenamento jurídico-laboral, de qualquer legislação específica que verse sobre o tema, ocupar-nos-emos, ao longo dos capítulos seguintes, de compreender de que modo, e em que medida, pode afinal o Direito do Trabalho ser chamado a regular sobre as relações amorosas desenvolvidas em contexto de trabalho.

⁵ É esta a ideia, aliás, subjacente à tradicional distinção entre o Direito e a Moral. Nesse sentido, *vd.* Machado, 2017, pp. 59-62.

1. Contexto histórico e paradigma atual

Com o acontecimento das Primeira e Segunda Guerras Mundiais, e consequente necessidade de os homens integrarem as forças militares dos seus países, assistiu-se a um fenómeno universal de entrada das mulheres no mundo do trabalho, por forma a assumirem funções que, tradicionalmente, eram exercidas exclusivamente por homens.⁶

Gradualmente, a figura da mulher no seio laboral foi ganhando cada vez mais relevância, a ponto de hoje, ainda que não universalmente, ser proibida qualquer prática de discriminação em função do sexo – circunstância que demonstra uma evidente preocupação do direito com a acentuada desigualdade de géneros que sempre marcou a história da humanidade.

Entretanto, com o desenvolvimento e proliferação das NTIC, começaram simultaneamente a surgir relatos de relacionamentos amorosos, mas também de assédio, entre trabalhadores de uma mesma empresa – circunstância que determina que estes conceitos sejam, por vezes, confundidos.

Porém, ao contrário do assédio, e conforme procuraremos demonstrar no capítulo 6.2, *infra*, as relações amorosas são ligações recíprocas e consensuais, continuadas ou interrompidas, marcadas por demonstrações de afeto, carinho ou comportamentos de natureza sexual, os quais podem assumir as mais variadas formas em que o amor se pode manifestar.⁷

A possibilidade de ocorrência deste tipo de relações no mundo do trabalho é, portanto, inquestionável, podendo assumir contornos positivos, mas também negativos, tanto do lado dos trabalhadores, como na perspetiva da entidade empregadora.

Entre os primeiros, destacamos um aumento da satisfação e da motivação dos trabalhadores envolvidos romanticamente, bem como um maior espírito de compromisso e de produtividade em relação ao trabalho, uma vez que tais relações provocam, em princípio, um sentimento de compatibilização entre a vida laboral e familiar.⁸

⁶ Existem, no entanto, evidências de que a entrada das mulheres no mercado de trabalho remonta ao ano de 1760, aquando da Revolução Industrial no Reino Unido, em que foi necessário um reforço da mão-de-obra, sobretudo no setor da indústria têxtil.

⁷ Fouto, 2017, p. 7.

⁸ Barros, 2012, pp. 1-3, 5-11.

Contudo, as relações amorosas em contexto de trabalho poderão implicar a existência de quatro principais grupos de riscos,⁹ designadamente:

- (i) possíveis perdas de produtividade dos trabalhadores envolvidos, com consequentes dificuldades ao nível de gestão interna da empresa;
- (ii) potenciais conflitos de direitos entre a entidade empregadora e os trabalhadores, com consequente aumento do risco de lesão de direitos fundamentais de ambas as partes;
- (iii) possibilidade de ocorrência de atos de discriminação;
- (iv) eventuais práticas suscetíveis de constituir assédio.

Independentemente de possíveis juízos de valor a respeito de um tema tão delicado como este, a ideia que pretendemos reter é a seguinte: das relações amorosas em contexto de trabalho poderão advir muitas consequências negativas (enquadráveis ou não num dos grupos *supra* identificados), mas também muitas outras positivas, se tais relações forem geridas e encaradas com seriedade – de parte a parte.

⁹ Em sentido semelhante, Pierce & Aguinis, 2019.

2. Enquadramento legal

2.1. Plano ordinário

A partir do momento em que há um acordo de vontades entre trabalhador e entidade empregadora, através do qual o primeiro se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade no âmbito da organização e sob a autoridade desta última,¹⁰ nasce um conjunto de direitos e deveres que devem ser reciprocamente respeitados,¹¹ por força do caráter sinalagmático deste tipo de relações, e em conformidade com os princípios da boa fé e de *pacta sunt servanda*, aplicáveis a todos os tipos de relações contratuais.¹²

Já no decurso da relação jurídico-laboral, o trabalhador deve obedecer ao empregador e respeitar as ordens e instruções que lhe forem sendo dirigidas pelos seus superiores hierárquicos, bem como todas as demais regras vigentes na empresa, as quais incluem não só as cláusulas constantes do seu contrato individual de trabalho e de eventuais IRCT aplicáveis, mas também as constantes de regulamentos internos e, ainda, de códigos de ética, de conduta ou de boas práticas.

É por isso expectável que, a dada altura, ocorram certas restrições ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade do trabalhador, o qual, por se encontrar constantemente mais limitado na sua autonomia privada e intrinsecamente mais envolvido na relação laboral,¹³ se encontra mais suscetível a sofrer interferências de outros direitos da empresa constitucionalmente contrapostos.¹⁴

Tais interferências serão, à partida, válidas, na medida em que sejam proporcionais às concretas medidas adotadas, por um lado, e se revelem necessárias para garantir a proteção de outros direitos contrapostos, por outro – como sucede, por exemplo, no caso de regulamentos internos¹⁵ destinados a estabelecer regras em matéria de saúde, higiene e segurança no trabalho.¹⁶

Nessas situações, considera-se que estamos perante um *interesse legítimo* da empresa em limitar os direitos fundamentais dos trabalhadores, por razões que dizem respeito, inclusivamente, à sua própria proteção, da entidade empregadora ou de terceiros.¹⁷

¹⁰ Art. 11.º do CT.

¹¹ Arts. 126.º a 129.º do CT.

¹² Arts. 126.º, n.º 1 do CT e 406.º, n.º 1 do CC, respetivamente.

¹³ Ramalho, 2003, p. 150.

¹⁴ Abrantes, 2004, p. 147.

¹⁵ Documentos escritos unilaterais, emanados ao abrigo do poder regulamentar previsto no art. 99.º do CT e destinados a estabelecer o *modus operandi* da empresa e as regras de *compliance* societário, nomeadamente ao nível da organização e disciplina no trabalho.

¹⁶ Morgado, 2015, pp. 16, 26, 47 e 53.

¹⁷ Ac. do TRL, de 15/09/2010, relativo ao proc. n.º 335/10.4TTFUN.L1-4 e disponível em <https://www.dgsi.pt>.

O mesmo já não sucederá, todavia, quando a empresa careça de um interesse objetivo e justificado para, de alguma forma, limitar a liberdade dos seus trabalhadores, tal como se verifica, de uma forma geral, nas proibições *a priori* de toda e qualquer relação amorosa entre trabalhadores, sob pena de, com tal atuação, se atentar ilicitamente contra os direitos fundamentais (e de personalidade) dos trabalhadores.

2.1.1. Os direitos de personalidade dos trabalhadores

Com efeito, o CT de 2003 consagrou, pela primeira vez na história do Direito do Trabalho, a tutela dos direitos de personalidade, sendo que, com a revisão de 2009, o legislador juslaboralista manteve tal opção legislativa,¹⁸ regulando os direitos de personalidade ao longo dos arts. 14.º a 22.º do CT.

Esta consagração evidencia aquilo a que a nossa melhor doutrina¹⁹ designa como “constitucionalização ou democratização da relação laboral”, a qual consiste num manifesto reconhecimento da aplicabilidade dos direitos fundamentais dos trabalhadores no âmbito das relações jurídico-laborais.

Com efeito, a constitucionalização dos DLG, mas também dos DESC dos trabalhadores, através da estatuição, no plano laboral, de um conjunto de normas conexas com os direitos fundamentais dos trabalhadores (entre nós, ao longo dos arts. 53.º a 59.º da CRP) revela-se hoje uma prática generalizada na maioria dos países ocidentais.²⁰

Se outrora fora duvidoso que os trabalhadores pudessem efetivamente exercer os seus direitos fundamentais no trabalho, atualmente – e, pelo menos, desde 2003 – dúvidas não restam de que aqueles não renunciam aos seus direitos de cidadania por força da celebração de um contrato de trabalho.

Nessa medida, os trabalhadores são titulares, a par dos direitos previstos nos arts. 53.º e ss. da CRP, de um conjunto de *direitos inespecíficos* ou de *segunda geração*,²¹ os quais podem ser por aqueles exercidos no âmbito das relações jurídico-laborais, porquanto são inerentes a toda e qualquer pessoa, independentemente da sua condição, estatuto ou profissão.

Ora, dentro dos direitos inespecíficos existem os *direitos de personalidade*,²² previstos nos arts. 14.º e ss. do CT,²³ os quais se definem como o conjunto de direitos que são expressão

¹⁸ Embora com uma organização sistemática distinta em relação à da redação anterior.

¹⁹ Abrantes, 2004, pp. 92-117.

²⁰ Canotilho, 2018, pp. 344-345.

²¹ Arts. 24.º e ss. CRP, igualmente designados como direitos *hoc sensu* ou não especificamente laborais. (Amado, 2019, p. 22).

²² Dray, 2015, pp. 163-171.

²³ Sem prejuízo da sua consagração expressa nos arts. 24.º e ss. da CRP e 70.º e ss. do CC. A este propósito, *vd.* Martinez, 2019, pp. 367-373.

direta da dignidade humana e correspondem ao conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada um.

Mas o certo é que, conforme evidenciam os arts. 14.º a 16.º do CT, os direitos de personalidade encontram-se consagrados quer na perspectiva do trabalhador, quer na ótica do empregador, o que significa que, tal como *supra* mencionado, ambos devem respeitá-los reciprocamente.²⁴

Sem prejuízo, é evidente que é o trabalhador quem carece de uma maior tutela neste domínio,²⁵ tendo em consideração:

- (i) a assimetria entre as duas referidas posições contratuais, com a consequente desigualdade de liberdades de que cada uma dispõe;²⁶
- (ii) a situação de subordinação jurídica em que o trabalhador se encontra, em relação ao empregador;
- (iii) o facto de o trabalhador se envolver bastante mais na relação jurídico-laboral, por força do carácter *intuitu personae* do contrato de trabalho;²⁷ e
- (iv) a constante exposição a eventuais lesões em que o trabalhador se encontra, por força da proliferação e evolução das NTIC.

Consequentemente, a par do Professor Doutor João Leal Amado,²⁸ somos do entendimento que a equiparação da proteção dos direitos de personalidade do trabalhador e do empregador corresponde a uma solução muito pouco satisfatória, porquanto colide com o *princípio da proteção da parte mais débil* inerente ao nosso ordenamento jurídico-laboral.²⁹

Consideramos, assim, que o legislador poderia ter ido mais além, nomeadamente proibindo novas formas de violação de tais direitos – como é o caso das limitações estabelecidas pelas entidades empregadoras ao nível das relações amorosas entre trabalhadores.

2.2. Plano constitucional

Os direitos fundamentais impõem-se em todos os aspetos juridicamente relevantes da vida social, desde o momento em que os seus destinatários adquirem personalidade jurídica até ao momento em que a mesma cessa.

Surgidos historicamente como instrumentos de defesa dos cidadãos perante a intromissão dos poderes público-estaduais, os direitos fundamentais, na sua vertente de DLG,

²⁴ Ac. do TRC, de 03/07/2014, relativo ao proc. n.º 1162/11.7TTCBR.C1 e disponível em <https://www.dgsi.pt>.

²⁵ Dray, 2015, p. 39.

²⁶ Supiot, 2017, pp. 148-153.

²⁷ Ac. do STJ, de 16/01/2014, relativo ao proc. n.º 9242/06.4TBOER.L1.S1 e disponível em <https://www.dgsi.pt>.

²⁸ Amado, 2019, p. 22.

²⁹ Dray, 2015, pp. 178-180.

são expressão direta do princípio da dignidade humana,³⁰ valor basilar de qualquer ordenamento jurídico.

Os preceitos constitucionais relativos aos DLG valem *erga omnes*, pelo que vinculam quer as entidades públicas, quer as entidades privadas, obrigando não só o Estado e respetivas instituições, mas também a sociedade civil e as pessoas coletivas de direito privado (entre as quais, as empresas), conforme resulta do disposto no art. 18.º, n.º 1 da CRP.

Isto equivale a dizer que os direitos fundamentais valem para toda a ordem jurídica – *i.e.*, contra tudo, contra todos, e sob quaisquer circunstâncias – por força do *princípio da intangibilidade* do núcleo essencial de tais direitos.

E o que devemos dizer sobre o *conteúdo mínimo essencial* dos direitos fundamentais?

Trata-se da zona mais profunda e intrínseca de qualquer direito fundamental e constitui um limite absoluto e inultrapassável, porquanto corresponde à dignidade humana de cada cidadão, onde se inclui a liberdade individual (e a autonomia privada) de cada um – a qual, por sua vez, não pode colocar em causa o núcleo essencial dos direitos fundamentais de terceiros.

Como, por vezes, se diz, “a liberdade de cada um termina onde começa a liberdade do outro”.³¹

2.2.1. O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar

O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar,³² um dos direitos fundamentais mais antigos e reconhecidos internacionalmente,³³ encontra-se assegurado a todas as pessoas, conforme resulta do art. 26.º, n.º 1 da CRP. Segundo o disposto nos arts. 12.º da DUDH e 8.º, n.º 1 da CEDH, este direito abrange, entre o mais, a vida privada e familiar, bem como a privacidade do domicílio e da correspondência de qualquer cidadão.³⁴

Nestes termos, e tendo em consideração que as normas constitucionais relativas a direitos fundamentais devem, segundo o art. 16.º, n.º 2 da CRP, ser interpretadas de acordo com a DUDH, mas, também no que concerne à CEDH, esta vigora diretamente na ordem jurídica portuguesa,³⁵ forçoso é concluir que o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar corresponde, assim, ao reconhecimento de uma merecida tutela que consiste no direito de que os acontecimentos íntimos da vida privada ou íntima de qualquer pessoa não sejam vasculhados, usados ou divulgados sem o seu consentimento.

³⁰ Andrade, 2012, p. 93

³¹ Spencer, 1851.

³² “Direito de resguardo”, no sistema jurídico-laboral italiano; “direito a uma esfera de segredo”, no ordenamento jurídico alemão; “direito de estar só” (“*right to be let alone*”), na doutrina inglesa; e “*right to privacy*”, na terminologia americana.

³³ Cfr. art. 8.º da CRP.

³⁴ Nesse sentido, cfr. o teor dos arts. 7.º e 8.º da CDFUE.

³⁵ Ac. do TRL, de 23/02/2017, relativo ao proc. n.º 23019/16.5T8LSB.L1-8 e disponível em <https://www.dgsi.pt>.

Porém, tal como foi concebido inicialmente, este direito fundamental apenas começou por atender à reserva da intimidade (mas não da esfera privada) dos cidadãos, o que determinou que, durante muito tempo, tenha sido excluído do âmbito de tutela das relações jurídico-laborais – circunstância que, felizmente, se encontra hoje superada por força da sua previsão expressa no art. 16.º, n.º 2, CT.

2.2.1.1. Teoria das três esferas

A terminologia usada ao nível direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar é altamente variável,³⁶ o que provoca uma dificuldade de delimitação dos domínios da vida do cidadão abrangidos pelo mesmo.

Nessa medida, a doutrina e a jurisprudência, nacionais e estrangeiras, têm vindo a debruçar-se sobre o tema, tendo elaborado a *teoria das três esferas* (ou *dos três graus*), evidenciada na Figura 1 *infra*.

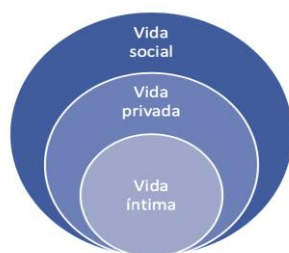


Figura 1 – Domínios da vida do cidadão abrangidos pelo direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Segundo tal teoria, é possível diferenciar, dentro da personalidade humana e das suas relações intersociais,³⁷ três dimensões:³⁸

- (i) *a vida social*: corresponde à camada mais externa e menos reservada da vida privada do trabalhador, em que, por vezes, se revela difícil distinguir informações privadas e públicas, pois abrange todos os eventos suscetíveis de serem conhecidos por todos e diz respeito à participação de cada um na vida coletiva;
- (ii) *a vida privada*: assume o papel principal da vida pessoal de qualquer cidadão e engloba os acontecimentos partilhados com um número restrito de pessoas, em que a tutela do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar é muito intensa, vigorando por excelência o *princípio da*

³⁶ Gomes, 2007, pp. 269-271.

³⁷ Cabral, 1988, pp. 30 e 31.

³⁸ Segundo Andrade, 2012, pp. 165-166, “o direito à intimidade da vida privada abrange um núcleo essencial, normalmente designado por ‘esfera de segredo’, mas estende-se a camadas intermédias e periféricas, ditas de ‘confidencialidade’ ou ‘de resguardo’”.

proporcionalidade, uma vez que neste domínio se poderão verificar interferências de outros direitos fundamentais contrapostos;

(iii) *a vida íntima*: diz respeito ao conteúdo mínimo essencial do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, *i.e.*, o núcleo mais profundo da vida privada de qualquer pessoa e onde se incluem os aspetos mais íntimos da sua vida (nomeadamente, as suas relações amorosas, íntimas ou sexuais) e que, por esse motivo, devem ser subtraídos ao conhecimento dos demais.³⁹

No fundo, “a vida pode ser mais ou menos pública, mais ou menos privada, dependendo muito da personalidade de cada um e da função que exerce na sociedade – podendo haver pessoas que não tenham vida pública e outras que praticamente não tenham vida privada”.⁴⁰

Pese embora a *supra* apontada teoria não permita resolver *a priori* questões em que a tutela do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar seja posta em causa, o certo é que se trata de um bom ponto de partida para, numa primeira fase, aferir o concreto grau de intimidade das informações pessoais e familiares em conflito para, seguidamente, as ponderar de acordo com as exigências dos *princípios da proporcionalidade* e da *concordância prática*.

2.2.1.2. Extensão

O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, enquanto direito de personalidade, encontra consagração expressa no n.º 1 do art. 80.º do CC, segundo o qual “todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem”.⁴¹

Existem, porém, diversas questões relacionadas com a extensão deste direito, pelo que o legislador ordinário manda atender, nos termos do disposto no n.º 2 do referido artigo, a dois critérios cumulativos, designadamente:

- a) um *elemento subjetivo*, relativo à posição social, condição ou qualidade dos sujeitos envolvidos;
- b) um *elemento objetivo*, que diz respeito aos elementos que permitem aferir a natureza do caso concreto e delimita, nos termos da lei civil, a extensão do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.⁴²

³⁹ Ac. do TRL, de 23/02/2017, *op. cit.*

⁴⁰ Ac. do TRL, de 23/05/2006, relativo ao proc. n.º 11602/2006-5 e disponível em <https://www.dgsi.pt>.

⁴¹ Concordamos, no entanto, com o TRC (Ac. de 03/05/2005, relativo ao proc. n.º 920/05 e disponível em <https://www.dgsi.pt>), quando refere que “a lei ordinária, talvez por ser anterior à lei constitucional, nada acrescenta à substância do direito à intimidade da vida privada, consagrado pelo texto desta, servindo, tão-só, para concretizar a lei fundamental, limitando-se a explicitar conceitos, interpretando-os e repetindo, mais claramente, o seu conteúdo”.

⁴² Cabral, 1988, p. 28.

Conforme referido por Rui Assis, “o ‘padrão de reserva’ não é rígido, variando, como se compreende, em função das circunstâncias e elementos de cada caso concreto, nomeadamente, a condição e tipo de relação das pessoas envolvidas”.⁴³

Isto significa que, apesar de irrenunciável (art. 81.º, n.º 1, CC), este direito não é absoluto – porquanto nenhum direito o é.⁴⁴

Assim se percebe que, caso um determinado facto seja praticado num local público e, por isso, seja suscetível de ser conhecido por todos, o mesmo não admite qualquer tipo de reação contra quem o tenha presenciado.

Mas ainda a respeito da extensão do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, cumpre-nos denotar que este abrange o direito de oposição à divulgação e à investigação da vida privada.

Na perspetiva de Miranda & Medeiros,⁴⁵ tais direitos correspondem a um direito à autodeterminação informacional, enquanto manifestação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e como parte integrante do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

A nosso ver, trata-se de uma faculdade de, enquanto pessoa, o trabalhador estabelecer as relações que bem entender, com quem quiser e, ainda, do direito a guardar sigilo sobre tais factos.

No contexto laboral, e conforme resulta da análise dos arts. 16.º e 17.º do CT,⁴⁶ a privacidade do trabalhador engloba, por um lado, o direito à reserva inacessível no local de trabalho, no que diz respeito, nomeadamente, “à intimidade das relações estabelecidas com os companheiros de trabalho”,⁴⁷ mas também quanto à recolha e tratamento de dados, nomeadamente quando realizados sem o preenchimento dos requisitos legalmente obrigatórios.⁴⁸

Nessa medida, muitas questões se têm levantado quanto à questão de saber se o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar vai além da esfera íntima do trabalhador, abarcando eventos ocorridos em lugares mais ou menos públicos por este frequentados – nomeadamente, os que ocorram no decurso da sua relação laboral – ou se, pelo contrário, tal direito se circunscreve aos locais mais reservados da sua vida privada.

⁴³ *O poder de direção do empregador*, pp. 217-219.

⁴⁴ Andrade, 2012, p. 263.

⁴⁵ *Constituição portuguesa anotada*, vol. I, pp. 603-632.

⁴⁶ Sob as epígrafes de “reserva da intimidade da vida privada” e “proteção de dados pessoais”, respetivamente.

⁴⁷ Moreira, 2010, p. 339.

⁴⁸ A este respeito, sublinhamos a relevância da Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24/10/1995. Note-se, porém, que apenas em 2016 é que o Direito da Proteção de Dados ganhou uma verdadeira expressão universal, por força da entrada em vigor do R.G.P.D. (Regulamento (UE) n.º 2016/679, de 27 de abril de 2016, do Parlamento Europeu e do Conselho), o qual veio revogar a referida Diretiva e instituiu diversas obrigações relativas à proteção de pessoas singulares, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. No plano laboral, destacamos a obrigatoriedade de as empresas realizarem, nos termos do art. 30.º do referido Regulamento, um R.A.T. dos dados pessoais e familiares dos trabalhadores.

Se, por um lado, o facto de dois trabalhadores manterem relações íntimas, em ambiente e horário absolutamente alheios à empresa, se encontra, em princípio, tutelado pelo direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, o mesmo já não sucederá se aqueles decidirem levar a cabo tais atos em pleno horário ou local de trabalho, completamente suscetíveis à vista dos demais.

No primeiro caso, estaremos no domínio do núcleo essencial do aludido direito fundamental em relação ao qual a entidade empregadora deverá guardar reserva, nos termos do disposto no art. 16.º, n.ºs 1 e 2, CT; no segundo, estaremos no âmbito da vida social de qualquer indivíduo, em que, por força da interpretação *a contrario* da referida norma, já não existirá qualquer tutela de segredo.

Nessa medida, no caso de dois trabalhadores do mesmo nível hierárquico se envolverem romanticamente, de forma a deixarem as suas relações amorosas fora do ambiente empresarial, o empregador não deve sequer tentar imiscuir-se em tais assuntos da vida íntima ou sexual dos trabalhadores, salvo quando tais informações sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respetiva aptidão, no que respeita à execução do contrato de trabalho,⁴⁹ e contanto que a respetiva fundamentação seja fornecida por escrito.⁵⁰

Mas mais: da mesma forma que a doutrina⁵¹ e a jurisprudência⁵² reconhecem, em determinadas situações, a existência de um “direito à mentira” ao dispor do trabalhador, o qual, quando confrontado com determinadas questões ilícitas e não relacionadas com a concreta prestação de trabalho, poderá omitir certos aspetos relativos a tais assuntos, consideramos que tal deverá precisamente suceder perante questões sobre a vida familiar, afetiva e sexual do trabalhador, uma vez que tais informações são de tal modo íntimas, que dizem respeito somente ao seu titular⁵³ – exceto quando se tratem de *relações verticais* (i.e., entre um superior hierárquico e um trabalhador subordinado), pelos motivos que adiante melhor explicitaremos.

⁴⁹ Conforme sucederá nas “organizações de tendência”, de que serve de exemplo a igreja católica, em que o conhecimento de uma relação amorosa entre o padre e outro trabalhador poderá revelar-se relevante para a entidade empregadora, podendo tal facto inclusivamente determinar a inviabilidade da relação jurídico-laboral. Para mais desenvolvimentos a este respeito, *vd.* Santos, 2014, pp. 81-82.

⁵⁰ Art. 17.º, n.º 1, al. a), CT.

⁵¹ Gomes, 2007, pp. 343-344.

⁵² Ac. do TRP, de 18/04/2012, relativo ao proc. n.º 4635/11.8TTLSB.L1-4 e disponível em <https://www.dgsi.pt>.

⁵³ Santos, 2014, pp. 89-90, 104, 115, 149-151.

3. O poder de controlo da entidade empregadora

3.1. Contextualização

Uma das manifestações do princípio de liberdade de empresa é a sua inerente faculdade de vigilância e controlo em relação à vida e funcionamento da organização, a qual se revela necessária para a gestão interna e prossecução dos respetivos fins.

Se, inicialmente, as medidas de controlo começaram por enfrentar questões relacionadas com a intervenção humana e o respetivo conhecimento por parte dos trabalhadores, hoje existem especiais riscos associados ao recurso a mecanismos ocultos de controlo,⁵⁴ os quais requerem soluções à medida da crescente intromissão na vida privada dos trabalhadores.

A generalização do uso do computador e desenvolvimento das NTIC no local de trabalho determinam a exposição do trabalhador a elevados níveis de controlo, dentro e fora do horário de trabalho – o que necessariamente faz surgir muitas questões a respeito da tutela do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

A problemática do poder de controlo coloca-se, portanto, não tanto em relação à sua existência, mas em relação aos seus concretos limites, já que se revela uma ameaça para os direitos do trabalhador que, por se encontrar numa posição de subordinação jurídica, fica mais sujeito a sofrer eventuais lesões ao nível dos seus direitos fundamentais.⁵⁵

O poder de controlo, enquanto forma de restrição dos direitos fundamentais dos trabalhadores, deve observar diversos requisitos legais, sendo válido desde que não coloque em causa o *conteúdo mínimo essencial* dos direitos fundamentais dos trabalhadores – ou, pelo menos, não de forma desproporcional e abusiva – apenas porque estes amam alguém com quem têm a (in)felicidade de trabalhar.

Assim, para aferir a natureza e o alcance dos mecanismos de controlo, tradicionalmente são utilizados os seguintes critérios:

a) as concretas medidas adotadas devem adequar-se às respetivas finalidades, previamente definidas pela entidade empregadora e justificadas aos trabalhadores, as quais constituem limites a eventuais atos discricionários por parte da entidade empregadora;

b) as referidas finalidades devem visar a *verificação do bom funcionamento da organização produtiva*, bem como a *correta execução do contrato de trabalho* por parte dos trabalhadores.

⁵⁴ Dado o progressivo desenvolvimento de programas, algoritmos, sistemas e *softwares* avançados de computação e robotização, as potencialidades do poder de controlo por parte das empresas são, a final de contas, incalculáveis.

⁵⁵ Moreira, 2004, pp. 57-58.

Seja como for, as medidas concretas de controlo devem ser sempre analisadas casuisticamente.

A título de exemplo, nos locais da empresa⁵⁶ em que se desenvolve parte da vida íntima e privada dos trabalhadores, consideramos que os mesmos não podem, em princípio, ser objeto de controlo, nomeadamente através de sistema de videovigilância, pois a captação de sons ou imagens em tais locais não só constitui contraordenação grave,⁵⁷ como pode originar responsabilidade criminal.⁵⁸

Questão diferente é a de saber se, nas zonas de acesso comum da empresa,⁵⁹ poderá haver algum tipo de intromissão, por parte da entidade empregadora, na vida íntima dos trabalhadores – entendemos que, nesses casos, tais informações poderão ser utilizadas, desde que visando uma das finalidades previstas no art. 20.º, n.º 2, do CT⁶⁰ e sejam observadas todas as demais exigências decorrentes do aludido R.G.P.D.

3.2. Relação com os demais poderes patronais

Nos termos do disposto nos arts. 97.º a 99.º do CT, a empresa é titular de poderes de direção, disciplinar e regulamentar, em relação aos seus trabalhadores.

Sem prejuízo, para que se possa afirmar a verdadeira existência de qualquer um dos poderes empresariais *supra* assinalados, é necessário que os mesmos sejam acompanhados da possibilidade de a entidade empregadora averiguar se as diretrizes daí resultantes são efetivamente cumpridas pelos trabalhadores – através, precisamente, do recurso a medidas de controlo.

Apesar da interessantíssima discussão em torno deste conceito,⁶¹ e independentemente de o enquadrarmos como um corolário do poder de direção, disciplinar ou como uma faculdade autónoma, cremos que para o nosso estudo bastará sublinhar que o poder de controlo, inerente a qualquer relação jurídico-laboral, possui uma função complementar e auxiliar dos referidos poderes patronais.⁶²

O poder de controlo consubstancia-se, assim, numa faculdade de vigilância contínua, embora não necessariamente constante,⁶³ em que o empregador tem a faculdade de verificar se o trabalhador exerce as suas funções em conformidade com:

⁵⁶ A título de exemplo, casas-de-banho, salas de repouso, cantinas e salas de convívio, entre outros.

⁵⁷ Art. 20.º, n.º 4, CT.

⁵⁸ Art. 192.º, CP.

⁵⁹ Postos de trabalho, parques de estacionamento, corredores de acesso às instalações, etc.

⁶⁰ Ac. do STJ, de 08/02/2006 (proc. n.º 05S3139), *supra* citado.

⁶¹ Gomes, 2007, pp. 320-336; Carmo, 2018, pp. 22-25.

⁶² Por outras palavras, o poder de controlo é condição *sine qua non* dos restantes poderes da empresa, cujas existências dependem diretamente daquele (e *vice versa*).

⁶³ Ac. STJ, de 08/02/2006, relativo ao proc. n.º 05S3139 e disponível em <https://www.dgsi.pt>.

- a) o convencionado contratualmente, através da celebração do contrato de trabalho, bem como as demais normas vigentes na empresa, de cariz legal ou oriundas de IRCT;
- b) as instruções que lhe são dadas no decurso da relação laboral, como manifestação do poder de direção;
- c) as regras constantes dos regulamentos internos e as orientações advenientes de códigos de ética, de conduta ou de boas práticas, no exercício do poder regulamentar.

E, caso o trabalhador não cumpra com o *supra* referido, o empregador tem a faculdade de, em conformidade com os resultados obtidos no exercício das medidas de controlo, atuar disciplinarmente, consoante a gravidade da concreta infração disciplinar e de acordo com o disposto nos arts. 328.º e ss. do CT.

Relembre-se, no entanto, que as medidas de controlo devem cingir-se à verificação da correta prestação de trabalho e do bom funcionamento da empresa, apenas podendo incidir sobre aspetos colaterais quando tal se revele estritamente necessário para a proteção de pessoas e/ou bens,⁶⁴ sendo que as decisões a este respeito são altamente variáveis em função das circunstâncias concretas de cada situação,⁶⁵ conforme procuraremos demonstrar *infra*.

A verdade, porém, é que, um pouco por todo o mundo, se assiste a uma tendência das empresas a alargar o âmbito de controlo a campos absolutamente extralaborais da vida dos trabalhadores, o que é suscetível de colocar o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar destes numa posição de choque frontal com as diversas manifestações do *princípio de liberdade da empresa* – entre os quais, o poder de controlo.

⁶⁴ As medidas de controlo de higiene, saúde e segurança no trabalho, apesar de não diretamente conexas com a prestação de trabalho, visam assegurar aos trabalhadores as condições de trabalho previstas no art. 127.º, n.º 1, al. c), CT e reguladas na Lei n.º 79/2019, de 02/09.

⁶⁵ Se, por um lado, o TC já julgou constitucional uma norma que instituiu a obrigação de realização de exames de verificação de aptidão física e psíquica dos trabalhadores, bem como a elaboração de um registo das respetivas fichas clínicas, o mesmo já não sucedeu quando uma empresa procurou obter informações relacionadas com o estado de gravidez de uma trabalhadora, ainda que particulares exigências da atividade assim o exigissem – respetivamente, Acs. n.ºs 368/2002, de 25/10/2002 (proc. n.º 577/98) e 306/2003, de 18/07/2003 (proc. n.º 382/2003), ambos disponíveis em <https://www.dre.pt>.

4. Conflito de direitos de personalidade do trabalhador e da entidade empregadora

O conteúdo mínimo essencial dos direitos de personalidade do trabalhador e da entidade empregadora encontrar-se-ão, sim, tutelados, na medida em que ambos pautem as suas condutas de acordo com o princípio da boa fé (art. 126.º, n.º 1, CT), assim dando cumprimento, em geral, aos deveres previstos nos arts. 14.º a 22.º e 127.º a 129.º do aludido diploma legal.

Na perspetiva do empregador, o mencionado princípio abrange o respeito pela liberdade de empresa, aqui se incluindo a *liberdade de iniciativa económica* (61.º, n.º 1, CRP) e o *direito à propriedade privada* (62.º, n.º 1).

Na ótica do trabalhador, devem ser respeitados os valores que compõem a sua dignidade humana, aqui se incluindo o respeito pelo *livre desenvolvimento da sua personalidade* (70.º, n.º 1, CC) e a *reserva da intimidade da sua vida privada e familiar* (16.º, CT).

O que dizer, todavia, perante uma situação em que os direitos de cada uma das partes entram em confronto?

Desde logo, que estaremos perante uma colisão de direitos, sempre que “num caso concreto, a protecção jurídica emergente do direito fundamental de alguém colida com a de um direito fundamental de terceiro ou com a necessidade de proteger outros bens ou interesses constitucionais”.⁶⁶

Porém, na dinâmica de tensão entre os direitos fundamentais do trabalhador e a entidade empregadora, há que distinguir a possibilidade de duas situações distintas:⁶⁷

a) *Colisão aparente* de direitos fundamentais – situação em que, por força dos limites imanentes ao próprio direito invocado, não faz sentido fazer uma ponderação entre este e outro valor, porquanto, em bom rigor, estamos perante um comportamento que não se encontra tutelado constitucionalmente.

b) *Colisão real* de direitos fundamentais – situação em que os limites extrínsecos ao exercício de um determinado direito devem ser objeto de uma ponderação, por forma a estabelecer qual dos direitos convergentes deve prevalecer,⁶⁸ segundo critérios orientadores e de carácter geral.

Esta distinção revela-se especialmente importante, “já que, a entender-se que não há conflito, a solução do problema não tem que levar em conta o direito invocado, porque ele não existe”; “pelo contrário, havendo conflito, tal significaria a existência de um direito em face de

⁶⁶ Alexandrino, 2015, p. 126.

⁶⁷ Andrade, 2012, p. 273.

⁶⁸ Nesse sentido, *vd.* Andrade, 2012, pp. 268-269.

outros direitos ou de outros valores (deveres) e a solução não poderia nunca ignorar o direito invocado”.⁶⁹

Embora a doutrina não seja unânime a respeito dos limites imanentes, para quem, como nós, tenda a defender sua existência,⁷⁰ cremos que estaremos perante um conflito meramente aparente em toda e qualquer situação em que os trabalhadores decidam encetar atos sexuais dentro do local ou horário de trabalho.

Pressupomos, assim, que os direitos à liberdade de desenvolvimento da personalidade e à reserva da intimidade da vida privada e familiar não abrangem o direito a namorar ou praticar atos sexuais em local ou horário de trabalho, pelo que, nesses casos, nem sequer chega a haver um verdadeiro conflito entre os supostos direitos.

Ora, “não existindo à partida um dos direitos, a solução só pode ser a da afirmação total do outro”.⁷¹

Consequentemente, a entidade empregadora tem todo o direito de limitar legitimamente tais condutas, no seio das suas instalações, e ao abrigo do direito à propriedade privada de que é titular – sobretudo quando, a nosso ver, tais comportamentos são inclusivamente suscetíveis de enquadrar a figura de abuso de direito, prevista no art. 334.º do CC.⁷²

Ora, sendo a sexualidade uma das áreas mais íntimas da vida de qualquer pessoa – de tal modo que é merecedora da tutela do direito (art. 16.º, n.º 2, CT) –, não deve, pois, ser descurada pelo próprio titular, através da prática de atos que, a nosso ver, são abusivos e desrespeitosos para com o empregador, bem como para com todos os demais trabalhadores.

Situação diferente ocorrerá se a entidade empregadora porventura obstar, de algum modo, à existência de relações íntimas ou amorosas entre trabalhadores em locais e/ou períodos extralaborais ou, ainda, se condenar dois trabalhadores pelo simples facto de se cumprimentarem com um beijo, no início ou no final da jornada diária de trabalho.

Nesse caso concreto, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade dos trabalhadores, manifestado na liberdade de estabelecerem relações amorosas com quem quiserem, entra em choque direto com o direito à propriedade privada da entidade empregadora, manifestado no exercício dos seus poderes patronais.

Trata-se, assim, de um conflito real, pois existe uma impossibilidade física de ambos os direitos se efetivarem em simultâneo, pelo que “os seus titulares têm de reciprocamente limitar o exercício do seu direito, ou então, se não ‘acordarem’, terão de confiar ao juiz a sua resolução (reserva de jurisdição)”.⁷³

⁶⁹ Andrade, 2012, p. 274.

⁷⁰ Andrade, 2012, pp. 271-276. Em sentido contrário, Reis Novais, para quem não existe a possibilidade de “descrever, em abstrato e a priori, os limites do direito” (*apud* Andrade, 2012, p. 267).

⁷¹ Andrade 2012, pp. 267-268.

⁷² Huller, 2017, pp. 106-108.

⁷³ Vaz *et al.*, 2012, p. 272.

Nessa medida, se é certo que os trabalhadores se devem abster de namorar ou adotar atos que extravasem a ideia de adequação social no seio empresarial, também a entidade empregadora deve abster-se de ditar o modo como os trabalhadores se devem comportar fora da empresa – caso contrário, cremos que o trabalhador poderá legitimamente desobedecer às instruções da entidade empregadora.^{74 75}

Seria, aliás, manifestamente irrazoável e injusto exigir do trabalhador o término da sua relação amorosa e/ou familiar, única e exclusivamente para salvaguardar a sua relação jurídico-laboral.

Quanto à concreta ponderação dos direitos que devem ceder, esta far-se-á à luz dos *supra* explanados *critérios de concordância prática e de proporcionalidade*.

Começemos por este último, o qual, entre nós,⁷⁶ costuma ser objeto de uma tripartição nos seguintes subprincípios:

a) *adequação ou idoneidade*, segundo o qual os poderes da entidade empregadora têm de revestir o meio adequado à prossecução dos fins por aquela previamente estabelecidos;

b) *necessidade ou indispensabilidade*,⁷⁷ o qual determina que os poderes patronais devem ser necessários para prosseguir um determinado fim, no sentido em que não exista outra medida menos lesiva ou restritiva dos direitos do trabalhador, igualmente apta a dar resposta ao conflito existente;

c) *proporcionalidade em sentido estrito*, no sentido em que as medidas restritivas de direitos fundamentais devem ser proporcionais aos respetivos fins, devendo ser afastadas todas as que sejam excessivas ou desproporcionais relativamente ao bem ou interesse que visam tutelar.

Este princípio constitui, assim, a regra de ouro para estabelecer um justo equilíbrio entre vários direitos contrapostos, convergentes ou conflitantes, na medida em que qualquer compressão aos direitos fundamentais deve, de forma cumulativa:

- (i) assumir carácter excecional e encontrar-se justificada;
- (ii) ter por base fins considerados relevantes e que, no caso concreto, sejam tão ou mais importantes do que aqueles que deverão ceder; e
- (iii) desde que, em todo o caso, seja sempre salvaguardado o respetivo conteúdo mínimo essencial.

Na verdade, o *princípio de proporcionalidade* é o único critério orientador que permite dar cumprimento ao aludido critério de concordância prática (previsto no art. 18.º,

⁷⁴ Gomes, 2007, pp. 267-268.

⁷⁵ O direito de desobediência, embora não expressamente consagrado, é juridicamente reconhecido por força da interpretação *a contrario* do art. 128.º, n.º 1, al. e), CT. Para mais desenvolvimentos sobre o tema, *vd.* Huller, 2017, pp. 21, 42, 87-91 e 113.

⁷⁶ Canotilho & Moreira, 2014, pp. 1360-1361.

⁷⁷ Também designado *princípio da exigibilidade* ou *da imprescindibilidade*.

n.º 2, CRP e concretizado no art. 335.º do CC) e, assim, dar prioridade ao bem jurídico que, no caso concreto, se demonstre como sendo hierarquicamente superior ou juridicamente mais relevante, sem que, para o efeito, seja diminuído o conteúdo mínimo essencial do bem ou direito contraposto e sacrificado, o qual “não pode (...) ser pura e simplesmente ignorado”.⁷⁸

De igual forma, no domínio laboral, toda e qualquer limitação ao direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar dos trabalhadores só se justifica “quando for necessária à prossecução de interesses legítimos e dentro dos limites definidos pelo princípio da proporcionalidade”.⁷⁹

Por outras palavras, as restrições aos direitos fundamentais dos trabalhadores têm de ser necessárias para assegurar, de forma proporcional, um *fim lícito de natureza profissional* prosseguido pelo empregador.

Como saber, então, qual o direito que deverá ser sacrificado em razão do outro?

Uma coisa é certa: o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar nunca deverá ceder perante simples argumentos de maior produtividade ou de eficiência da empresa.⁸⁰

Por outras palavras, e por força dos *supra* mencionados princípios, não podem os benefícios obtidos pelas entidades empregadoras, através de uma determinada atuação, ser inferiores aos prejuízos daí resultantes para o trabalhador (e *vice versa*).

Porém, e como vimos, não existem direitos absolutos.⁸¹

Nessa medida, se dúvidas não restam de que não podemos proibir o trabalhador, por exemplo, de cumprimentar, conversar ou até mesmo elogiar o cônjuge que consigo trabalhe na mesma empresa, ou de com ele contactar durante o horário de trabalho, nomeadamente em virtude de uma urgência médica ou familiar, isso não lhe confere o direito de passar parte do seu horário de trabalho a namoriscar ou a conviver com aquele, sob pena de as suas condutas extravasarem, em absoluto, aquilo que seria expectável de um trabalhador médio, quando colocado nas mesmas circunstâncias.⁸²

Aqui está, portanto, evidenciado, o *critério de adequação social*, um valor de respeito por que todos os cidadãos devem pautar as suas condutas, o qual, seguindo regras de razoabilidade, permite determinar se uma determinada conduta corresponde a uma necessidade atendível.⁸³

⁷⁸ Andrade, 2012, p. 274.

⁷⁹ Ac. TRL, de 23/02/2017, *op. cit.*

⁸⁰ Se é verdade que as empresas têm um interesse legítimo em ser eficientes, dinâmicas e produtivas, não é menos certo que esses objetivos não podem ser conseguidos à custa da dignidade dos trabalhadores. Nesse sentido, *vd.* Moreira, 2010, pp. 368-412.

⁸¹ Moreira, 2010, p. 403.

⁸² E o mesmo se diga, aliás, para todas as situações em que o trabalhador mantenha relações amorosas com elementos externos à empresa.

⁸³ Trata-se de necessidades compreensíveis e podem assumir diversas naturezas: desde necessidades fisiológicas, a tomar o pequeno-almoço no caminho para o trabalho, levar os filhos à escola ou até mesmo ir comprar um

Por outras palavras, da mesma forma que não podemos esperar que o trabalhador abandone a sua personalidade assim que inicia a sua jornada de trabalho, não podemos, todavia, ignorar a posição do empregador (ou da pessoa que o representa legalmente), que, para todos os efeitos, também é titular de direitos de personalidade.

Refutamos, assim, a ideia de os trabalhadores utilizarem parte do seu horário de trabalho para desenvolver uma parte tão íntima da sua vida privada, já que, a nosso ver, tal não integra uma necessidade atendível daqueles, ainda que possa eventualmente constituir uma necessidade fisiológica.

O facto de os trabalhadores serem dotados de uma proteção contra eventuais lesões ao nível do direito à reserva da intimidade sobre tais aspetos não lhes confere a liberdade de pautarem as suas condutas de acordo com o que bem lhes aprouver.

Afinal de contas, as instalações da empresa não são palco nem cenário para os trabalhadores se submeterem aos seus desejos mais profundos.

Nesse sentido, o TRP já determinou que “a prática de actos amorosos entre uma trabalhadora e o namorado não pode ser manifestada no local e durante o horário de trabalho”, porquanto não é socialmente aceite que uma trabalhadora da área de atendimento ao público seja vista pelos clientes a ter relações íntimas, ainda que não sexuais, com o seu namorado, nas referidas condições, tendo considerado que os direitos ao livre desenvolvimento da personalidade e à reserva da intimidade da vida privada e familiar da trabalhadora, por perturbarem anormal e injustificadamente a atividade da empresa, não podem “sobrepôr-se ao direito do empregador a ‘receber’ os seus clientes, o cerne do seu negócio, sem qualquer constrangimento de índole moral e bem-estar social”.⁸⁴

E cremos, em suma, que o Tribunal andou bem ao decidir assim.

Vejamos, agora, uma outra situação de que tomámos conhecimento através das nossas leituras.⁸⁵

Em 07/04/1992, o TRE apreciou um caso de despedimento de uma trabalhadora por, alegadamente, ter mantido relações sexuais no gabinete da empresa com um colega de trabalho, as quais foram descobertas em virtude de um outro colega ter espreitado pela frincha da porta, a qual se encontrava, todavia, trancada à chave.

Ainda que o caso em apreço tenha acontecido há alguns anos, tendemos a concordar atualmente com a posição de Maria do Rosário Palma Ramalho,⁸⁶ no sentido de que a prática de condutas sexuais dentro das instalações da empresa, ainda que levadas a cabo num sítio que aparentemente permita manter a privacidade do ato, são completamente inadequadas.

presente para o afilhado. Nesse sentido, *vd.* Acs. do TRC, de 22/05/2020, relativo ao proc. n.º 7304/17.1T8CBR.C1 e do TRL, de 05/12/2018, relativo ao proc. n.º 4899/16.0T8LRS.L1 (ambos disponíveis em <https://www.dgsi.pt>).

⁸⁴ Ac. de 07/12/2018, relativo ao proc. n.º 159/18.0T8PNF-A.P1 e disponível em <https://www.dgsi.pt>.

⁸⁵ Amado, 2019 pp. 39-40.

⁸⁶ Nesse sentido, *vd.* Ramalho, 2003, p. 175.

Assim, no caso de os trabalhadores exteriorizarem sentimentos e afetos para a relação de trabalho, a ponto de namoriscarem, *flirtarem*⁸⁷ ou se envolverem romanticamente (i) durante o horário de trabalho; (ii) ainda que fora do horário de trabalho, dentro do local de trabalho; (iii) ou, ainda, em circunstâncias aptas a lesar ou a prejudicar a atividade, o bom funcionamento ou os interesses patrimoniais da empresa⁸⁸ – nomeadamente, ao nível da produtividade e da *performance* dos trabalhadores (não só envolvidos, como terceiros), mas também ao nível dos direitos ao bom nome e à reputação da empresa⁸⁹ –, consideramos que poderá haver lugar a responsabilidade disciplinar, nos termos do disposto nos arts. 98.º e 328.º e ss. do CT.

Quanto às concretas consequências que daí poderão advir para os trabalhadores envolvidos em tal situação, estas dependerão de todos os elementos que permitam determinar a concreta sanção disciplinar, nomeadamente, a gravidade do ato praticado, a condição das pessoas, a relação entre as partes e a eventual reiteração do ato praticado; no fundo, todos elementos que se demonstrem relevantes para a boa tomada de decisão.⁹⁰

Uma vez reunidos os pressupostos de que depende a regularidade do poder disciplinar, o seu exercício pela entidade empregadora será, assim, lícito.

Pelo contrário, o simples facto de dois trabalhadores namorarem em ambiente absolutamente alheio à empresa, não pode originar a responsabilidade disciplinar daqueles, sendo que, caso tal se verifique, a entidade empregadora terá recorrido à aplicação de uma sanção abusiva, nos termos do disposto no art. 331.º, n.º 1, al. e) do CT, com as consequências legais previstas nos n.ºs 3 a 7 da mesma disposição legal.⁹¹

No fundo, o princípio da proporcionalidade, no âmbito do exercício do poder disciplinar, determina a necessidade de observar “a regra segundo a qual a sanção por que se opte deve corresponder, em termos de proporcional severidade, à gravidade da conduta infraccional, avaliada em si e nas suas consequências, e ao grau de culpa do infractor, ambas aferíveis pelo padrão convencional do homem médio/‘bonus paterfamilias’ e reportadas ao quadro atendível na apreciação da justa causa prefigurado no n.º 3 do art. 351.º do CT”.⁹²

⁸⁷ Termo inglês utilizado para descrever situações discretas de relação amorosa ou de interesse sexual passageiro.

⁸⁸ Como sucederá se, ao terem relações sexuais num local externo à empresa, o façam em local pouco reservado, de modo a serem avistados por um cliente, colega de trabalho ou fornecedor.

⁸⁹ Ressalvamos, contudo, que em matéria de relações amorosas entre trabalhadores e clientes, a questão de saber se o trabalhador violou os seus deveres contratuais poderá ser mais delicada, sobretudo quando estes últimos assumam um *interesse vital* para a entidade empregadora.

⁹⁰ Arts. 330.º, n.º 1 e 351.º, n.º 3, ambos do CT.

⁹¹ Huller, 2017, pp. 108-113.

⁹² Ac. do STJ de 08/01/2013, relativo ao proc. n.º 447/10.4TTVNF.P1.S1 e disponível em <https://www.dgsi.pt>.

5. Plano internacional

5.1. A situação americana

5.1.1. Sistema de despedimento *ad nutum*

O ordenamento jurídico americano é inegavelmente diferente do nosso. No âmbito do Direito do Trabalho, tais diferenças revelam-se acentuadas, porquanto o sistema jurídico-laboral americano prescinde da existência de justa causa de despedimento ou de resolução do contrato de trabalho tal como prevista no nosso ordenamento jurídico.⁹³

Nessa medida, as empresas americanas não precisam de motivo algum para despedir os seus trabalhadores, desde que não o façam com base em qualquer motivo ilegal ou discriminatório, nomeadamente, em função do sexo, raça, idade ou orientação sexual.⁹⁴

Mas mesmo quando exista efetivamente um motivo para o despedimento, este nem sequer tem de ser comunicado ao trabalhador visado, não sendo necessário respeitar qualquer aviso prévio ou observar qualquer outra exigência formal, pelo que também nesta sede o trabalhador americano carece de quaisquer direitos de defesa ou de contraditório, apenas os podendo exercer, querendo, em sede jurisdicional.

A isto se chama um sistema “*at-will employment*” ou de despedimento *ad nutum*, segundo o qual as empresas têm plena liberdade de contratação, mas também de cessação dos contratos de trabalho.

E, salvo quando o despedimento se baseie num dos *supra* referidos motivos, os trabalhadores não poderão exigir do empregador qualquer tipo de indemnização em virtude da cessação do contrato de trabalho.

Consequentemente, as empresas americanas podem livremente despedir os trabalhadores, nomeadamente quando descubram que estes se relacionam de forma amorosa ou íntima – até porque, na verdade, nem sequer têm de justificar o motivo pelo qual o fazem, o que, por sua vez, deixa a porta aberta à possibilidade de ocorrência de inúmeras injustiças.

⁹³ Arts. 338.º, 351.º e 394.º do CT.

⁹⁴ Numa dessas situações, aos olhos do nosso sistema jurídico-laboral, o poder disciplinar exercido será ilícito e não abusivo, como sucede na hipótese de o empregador aplicar uma das sanções previstas na enumeração taxativa do art. 331.º, n.º 1 do CT. A este respeito, *vd.* Gomes, 2007, p. 898.

5.1.2. Análise do caso da “Walmart” e das regras de “no dating”

Vejamos o caso de uma das empresas mais conhecidas mundialmente, sendo considerada a maior norte-americana, seja quanto à taxa de empregabilidade, seja quanto ao volume de faturação: a “Walmart”.^{95 96}

Esta sociedade possui uma espécie de código de ética designado “*Walmart’s Global Statement of Ethics*”,⁹⁷ dentro do qual existe um capítulo reservado às relações pessoais entre trabalhadores, e de cuja leitura se constata uma proibição expressa do estabelecimento de quaisquer relacionamentos amorosos ou familiares entre trabalhadores, baseada num alegado conflito de interesses que, segundo a empresa, existe sempre que um trabalhador “gere o trabalho de alguém com quem tem uma relação de carácter familiar, romântico, ou de envolvimento”.

Segundo a referida empresa, “mesmo que esteja a agir corretamente, a sua relação provavelmente será encarada como influenciando o seu bom senso” e poderá inclusivamente “perturbar a moral e alterar a produtividade do local de trabalho”.

Consequentemente, ninguém “pode supervisionar direta ou indiretamente nenhuns familiares ou nenhum funcionário com quem tenha uma relação pessoal chegada, algum tipo de envolvimento, ou envolvimento romântico”, onde se incluem todas as situações aptas a influenciar os termos e condições de emprego de um dos trabalhadores.⁹⁸

Para concluir, a “Walmart” defende que se esforça “por eliminar relações pessoais que interfiram com o desempenho no trabalho ou que possam constituir assédio” e determina que o trabalhador, sempre que envolvido numa questão desta natureza, “deve pedir orientação do seu gestor ou contactar o Departamento de Ética Global”.

O que dizer sobre isto?

Ressalvada a nossa compreensão quanto à questão das *relações amorosas verticais* (entre um superior hierárquico e um trabalhador subordinado),⁹⁹ não podemos deixar de mostrar a nossa relutância quanto ao teor do aludido código de conduta.

Desde logo, e como é sabido, o *nomen juris* atribuído pelas partes a um determinado documento não é determinante para a respetiva qualificação jurídica, quando as cláusulas daí constantes se demonstrem desfasadas da realidade ou da vontade real das partes; antes pelo

⁹⁵ De acordo com o *ranking* “*Fortune 500*” da Fortune (2020), disponível em <https://www.fortune.com/fortune500>.

⁹⁶ Segundo os dados disponíveis em <https://www.walmart.com>, esta sociedade trata-se, atualmente, de uma das maiores redes de empresas de comércio a retalho do mundo, sendo considerada a maior empregadora dos EUA e empregando mais de 2 milhões de trabalhadores - dos quais, 1.5 milhões apenas nos EUA – ao longo de 27 países do mundo (na Europa, conhecida por “*Asda Stores, Inc.*”).

⁹⁷ Documento disponível para consulta em <https://www.walmartethics.com>.

⁹⁸ O referido capítulo especifica todas as relações abrangidas por esta proibição, das quais se destacam as relações amorosas entre cônjuges ou entre pessoas que residam no mesmo agregado familiar (para uma leitura mais completa, *cfr.* p. 15 do aludido código).

⁹⁹ Mas mesmo neste tipo de relações, somos a favor do dever de comunicação, por parte dos trabalhadores envolvidos (porém, não da sua proibição *a priori*).

contrário, a relação contratual deve ser qualificada juridicamente em função da relação que realmente existiu, da sua vida e da sua dinâmica.¹⁰⁰

Ora, atentas as imposições e proibições expressamente vertidas no referido documento, e tendo em conta que, em caso de violação de alguma das cláusulas aí constantes, os trabalhadores podem inclusivamente ser responsabilizados, somos forçados a concluir que este instrumento consiste num verdadeiro regulamento interno, com carácter vinculativo, e não num mero código de ética, ainda que “camuflado” sob tal designação.

Para corroborar o nosso entendimento, denote-se que o referido código contém um “*final disclaimer*”,¹⁰¹ o qual determina, entre o mais, que “os funcionários são livres de se despedir em qualquer altura por qualquer ou nenhum motivo. As violações desta Declaração de Ética podem resultar em medidas disciplinares, incluindo a rescisão de contrato”.

Na verdade, os códigos de ética, de conduta ou de boas práticas são documentos escritos que, apesar de manifestados no exercício do poder regulamentar de qualquer empresa, não devem ser confundidos com os regulamentos internos,¹⁰² já que visam estabelecer meras recomendações ou *guidelines* para o concreto comportamento a ser adotado pelos trabalhadores e funcionam como parâmetro ou critério orientador para efeitos de avaliação da *performance* daqueles.

Por outro lado, tais instrumentos dizem respeito a condutas assumidas pelas próprias empresas como sua própria obrigação, ao abrigo de uma ideia de “responsabilidade social da empresa”.¹⁰³

Ora, da análise do teor do aludido documento resulta que a única responsabilidade que aparenta nascer das “orientações” constantes recai exclusivamente sobre os trabalhadores, cujo incumprimento poderá inclusivamente comprometer os seus postos de trabalho – o que vai muito além do carácter não vinculativo de qualquer código de ética ou de conduta.

Tudo quanto *supra* exposto demonstra, afinal, a volatilidade e precariedade dos postos de trabalho americanos, decorrentes de uma constante rotatividade e renovação da massa trabalhadora das empresas baseadas no sistema de despedimento *ad nutum*, o qual, apesar de contribuir para uma maior produtividade e obtenção de melhores resultados por parte daquelas, acaba por permitir a ocorrência de situações de grande injustiça perante os direitos fundamentais dos trabalhadores – o que, por sua vez, demonstra uma certa indiferença por

¹⁰⁰ Ac. do TRL, de 03/12/2014, relativo ao proc. n.º 2923/10.0TTLSB.L1-4 e disponível em <https://www.dgsi.pt>.

¹⁰¹ Cfr. p. 16 do aludido código.

¹⁰² Morgado, 2015, pp. 56-62.

¹⁰³ A “responsabilidade social das empresas”, definida pela *Norma Internacional ISO 26000* como a responsabilidade assumida por uma organização pela minimização do seu impacto na sociedade, no ambiente e no meio ecológico em geral, por meio de um comportamento ético e transparente. Entre nós, destaca-se a Carta de Responsabilidade Social, a qual visa, entre o mais, promover a conciliação entre a vida pessoal e familiar dos trabalhadores e as necessidades da empresa. (Direção-Geral das Atividades Económicas do Ministério da Economia e da Inovação (2009), *Carta de Responsabilidade Social*).

parte do sistema jurídico-laboral americano em relação à pessoa que existe por detrás de cada trabalhador.¹⁰⁴

5.1.3. Reflexões perante o sistema de despedimento por justa causa

A estipulação de regras de “*no dating*”, apesar de válida no ordenamento jurídico americano, é vista com olhos muito diferentes no nosso ordenamento jurídico – e não só.

A título de exemplo, em 11/06/2014, a “*Walmart*” foi condenada pelo TST do Brasil ao pagamento de uma indemnização a dois (ex-) trabalhadores seus, em virtude de ter praticado um despedimento ilícito com base na alegada violação da aludida regra de “*no dating*”.¹⁰⁵

Apesar de a “*Walmart*” ter presumido que a trabalhadora em causa, por exercer funções no departamento de segurança de um supermercado, poderia não agir corretamente perante o colega de trabalho e namorado que trabalhava como operador de caixa no mesmo estabelecimento, não ficou, porém, provado que o relacionamento entre ambos tivesse efetivamente provocado qualquer dano ou repercussão contratual, pelo que o Tribunal andou bem ao considerar que tal configuraria um despedimento ilícito, porquanto a limitação aos direitos fundamentais dos trabalhadores era desnecessária, inadequada e irrazoável.¹⁰⁶

Felizmente, o nosso sistema jurídico-laboral, à semelhança do brasileiro, assenta num modelo de despedimento que, quando motivado por facto imputável ao trabalhador,¹⁰⁷ deve ser precedido de um procedimento disciplinar mais ou menos complexo, consoante o caso,¹⁰⁸ mas sempre com a observância de determinadas formalidades legais, por forma a garantir a tutela dos direitos de defesa do trabalhador Arguido.¹⁰⁹

Desde logo, o conceito de justa causa previsto no art. 351.º, n.º 1 do CT exige um comportamento culposo, violador dos deveres contratuais, e de tal modo grave que provoque a quebra absoluta e irreparável da relação de confiança subjacente à relação jurídico-laboral – o que não nos parece ser, de todo, o caso de uma simples relação de romance entre dois trabalhadores.¹¹⁰

Acresce que o mero relacionamento íntimo entre dois trabalhadores, salvo o respeito por opinião diversa, não enquadra qualquer uma das situações previstas na enumeração taxativa do n.º 2 do referido preceito legal – pelo que, a nosso ver, também não será lícita a

¹⁰⁴ Dannin, 2007, p. 11.

¹⁰⁵No âmbito do proc. n.º RR-122600-60.2009.5.04.0005 (disponível em <https://www.tst.jus.br>), de que tomámos conhecimento, uma vez mais, através das nossas leituras de Amado, 2012, pp. 25-41.

¹⁰⁶ Excetuando o montante irrisório da indemnização determinada pelo Tribunal, concordamos, na íntegra, com a linha de pensamento seguida pela 2.ª Turma do TST.

¹⁰⁷ Arts. 351.º e ss. do CT.

¹⁰⁸ Art. 358.º, CT.

¹⁰⁹ Arts. 353.º, n.ºs 1 a 3, 355.º, n.º 1, 356.º, n.ºs 4 e 6, 357.º, n.ºs 5 e 6, todos do CT, com a exceção prevista no art. 357.º do mesmo diploma.

¹¹⁰ Nesse caso, o trabalhador-alvo de despedimento poderá interpor a ação prevista nos arts. 98.º-B e ss. do CPT, com os efeitos previstos nos arts. 389.º a 391.º do CT.

sua condenação, sem que existam outros elementos (nomeadamente, os previstos no n.º 3 da mesma norma) que assim o justifiquem.

Somos, assim, da opinião que “não há justa causa para despedimento de um trabalhador só porque este mantém uma relação sexual e sentimental com uma colega da mesma empresa, desde que tal não tenha repercussões sobre o funcionamento da empresa, sendo ilícita qualquer cláusula do regulamento interno que pretenda proibir namoros ou relações amorosas entre colegas, mesmo fora do local e do tempo de trabalho”.¹¹¹

Consequentemente, numa situação como a *supra* exemplificada, o “superior” interesse da empresa na maior eficiência e produtividade empresarial não pode prevalecer face aos direitos de personalidade dos trabalhadores, sob pena de se ferir de morte o *princípio de proteção do trabalhador* e o respeito pela tutela da sua personalidade.¹¹²

5.2. A cultura japonesa¹¹³

À semelhança dos EUA, também o Japão, considerado a terceira maior economia do mundo, possui muitas diferenças em relação ao sistema jurídico-laboral português, embora por motivos distintos.¹¹⁴

A maioria das empresas japonesas – algumas delas, tidas como as mais inovadoras do mundo¹¹⁵ – segue um modelo de contratação duradoura,¹¹⁶ caracterizado por longas jornadas de trabalho diárias e princípios rigorosos de corporativismo, como é o caso da manutenção de relações amistosas e cordiais, o respeito pela antiguidade, pela hierarquia e, ainda, pelas inúmeras regras de etiqueta e protocolos.

Ora, o facto de a população japonesa se caracterizar por uma grande dedicação ao trabalho determina que a sua parte ativa se envolva de forma muito intensa nos interesses das suas entidades empregadoras, nomeadamente, através da realização de grandes quantidades de trabalho suplementar^{117 118} – circunstância que, acrescida ao facto de a sociedade japonesa possuir uma visão tradicional da família e do casamento (o que exige muito tempo e dedicação por parte dos seus membros), determina que os trabalhadores japoneses enfrentem sérias

¹¹¹ Waquet, 2000, pp. 34 e 335 e ss.

¹¹² Dray, 2015, pp. 64-65 e 163-171.

¹¹³ Devemos sublinhar que, devido a limitações sentidas ao nível da tradução e interpretação dos textos japoneses, o presente capítulo circunscreve-se a considerações mais gerais, mas igualmente relevantes, da política económica japonesa, uma vez que não dispomos de meios para analisar, por enquanto, a legislação japonesa.

¹¹⁴ Segundo Hiroshi Ono, professor de GRH e especialista na área de cultura laboral japonesa na Universidade de Hitotsubashi, “enquanto a sociedade ocidental é individualista e não-hierárquica, a sociedade japonesa é coletivista e hierárquica”, *apud* Demetriou, 2020.

¹¹⁵ Segundo o *ranking* da *Forbes*, 2020.

¹¹⁶ Uma das principais diferenças em relação ao sistema laboral americano, o qual, como vimos, assenta numa precariedade dos postos de trabalho.

¹¹⁷ O suicídio de uma trabalhadora (Matsuri Takahashi), em 2015, apesar de não ter sido a primeira morte relacionada com excesso de trabalho (“*karoshi*”, na terminologia japonesa), deu origem a crescentes esforços políticos no sentido de melhorar as condições de trabalho dos trabalhadores. Sobre o tema, *vd.* Engelmann, 2020.

¹¹⁸ Bienek, 2014, p. 63.

dificuldades ao nível da compatibilização entre a adoração da família e a devoção pelo trabalho.¹¹⁹

Por outro lado, o facto de o trabalho ocupar grande parte da vida dos trabalhadores japoneses conduz a uma certa inevitabilidade de ocorrência de situações de romance entre trabalhadores – circunstância que, segundo conseguimos apurar, é pacificamente aceite pelas empresas japonesas.¹²⁰

Consequentemente, por forma a “recompensar” o espírito de compromisso dos seus trabalhadores e, simultaneamente, combater as adversidades sentidas ao nível da conciliação das vidas familiar e laboral,¹²¹ a política económica japonesa tem vindo a promover uma filosofia de “*work-life balance*”.¹²²

Com efeito, empresas como a Shiseido Company, Ltd.¹²³ têm vindo a implementar medidas “*family-friendly*”, através da atribuição de vantagens patrimoniais, licenças parentais, condições recreativas e familiares, bem como instituição de regimes de flexibilização de horário de trabalho, de teletrabalho e de trabalho concentrado.¹²⁴

À medida que tais medidas contribuem para um aumento da produtividade das empresas, pois os trabalhadores estarão, à partida, mais motivados, a respetiva taxa de emprego tenderá a subir, uma vez que postos de trabalho mais apelativos determinam, em princípio, um maior número de candidatos, o que demonstra que as relações amorosas entre trabalhadores, desde que sejam bem geridas, podem perfeitamente funcionar.

¹¹⁹ Circunstância que se intensifica por força de uma marcada desigualdade de género que ainda hoje se faz sentir, muito mais do que seria desejável, no mercado de trabalho japonês.

¹²⁰ E cremos que assim o é, em parte, devido a um padrão de conduta generalizado dos trabalhadores japoneses, os quais valorizam (e muito) a privacidade e a reputação social, pelo que tendem a ser mais reservados e discretos quanto a demonstrações públicas de afeto – caso contrário, não temos dúvidas que o paradigma japonês seria muito diferente do atual.

¹²¹ Com reflexos ao nível da taxa de natalidade nacional, bem como o número anual de casamentos celebrados, os quais têm vindo ser objeto de uma considerável diminuição nos últimos anos.

¹²² Poelmans, & Caliguri, 2008, pp. 5, 39.

¹²³ Cujo código de conduta pode ser consultado em <https://www.corp.shiseido.com>.

¹²⁴ Poelmans, & Caliguri, 2008, pp. 45-65.

6. Distinção com outras figuras afins

6.1. Discriminação

O princípio material da igualdade e da não discriminação, previsto no art. 13.º, n.º 2 da CRP determina, por um lado, que se deve tratar de forma igual aquilo que é igual e de maneira diferente aquilo que é desigual e, por outro, que qualquer conduta destituída de motivo objetivo ou com base em fatores de discriminação (nomeadamente, em função do sexo, raça, idade ou orientação sexual)¹²⁵ se encontra constitucional e legalmente proibida.¹²⁶

O princípio da proibição do tratamento diferenciado abrange a sua vertente *positiva*, através da proibição de atribuição de benefícios, vantagens ou outras regalias semelhantes, sem causa objetiva para o efeito, mas também a sua dimensão *negativa*, através da proibição da retirada/cessação injustificada de atribuição de determinadas condições ou, ainda, a imposição de obrigações penosas, sem motivo justificativo.

No contexto profissional, o art. 127.º, n.º 1, al. a) do CT estabelece que a entidade empregadora deve afastar quaisquer atos que possam afetar a dignidade do trabalhador ou que sejam discriminatórios, lesivos, intimidatórios, hostis ou humilhantes para o trabalhador.

Nestes termos, se é certo que nenhum trabalhador pode ser prejudicado ou beneficiado, nomeadamente, em função do sexo, idade ou orientação sexual, cremos que, por identidade de raciocínio, também nenhum trabalhador deverá ser tratado de forma diferente pelo simples e único motivo de estabelecer relações amorosas ou sexuais com um colega de trabalho seu¹²⁷ – a não ser, claro está, que existam repercussões contratuais que justifiquem uma diferença de tratamento, por exemplo, ao nível das concretas condições de trabalho.

Vejamos um processo decidido pelo TRL¹²⁸ relativamente à questão de saber se constitui ato discriminatório a proibição de dois copilotos, casados entre si, exercerem funções em simultâneo dentro do mesmo avião.

No caso *supra* mencionado, os dois trabalhadores foram impedidos pela respetiva entidade empregadora de realizarem voos juntos, porquanto, na sequência de um processo interno de averiguações subsequente a um acidente de aterragem causado num avião anteriormente pilotado por ambos, aquela decidiu implementar uma proibição de coabitação, no mesmo *cockpit*, de membros da mesma família.

Alegadamente sustentada em razões de segurança aeronáutica, a empresa instituiu a referida obrigação, pois considerou que aquelas não seriam integralmente asseguradas

¹²⁵ Ac. do STJ, de 14/12/2016, relativo ao proc. n.º 4521/13.7TTLSB.L1.S1 e disponível em <https://www.dgsi.pt>.

¹²⁶ Arts. 26.º, CRP e 28.º, CT.

¹²⁷ Andrade, 2012, p. 259.

¹²⁸ Ac. de 14/09/2016, relativo ao proc. n.º 13665/14.T8LSB.L1-4 e disponível em <https://www.dgsi.pt>.

perante a existência de uma relação entre pares (*relação amorosa horizontal*) no seio de um *cockpit*, em que a relação dos copilotos é hierárquica (*relação laboral vertical*).

Todavia, da aludida regra constata-se que, logo no número seguinte, existe uma exceção à referida proibição, a qual permite ao “*accountable manager*”, perante o caso concreto, autorizar a coexistência de familiares, ainda que no mesmo avião.

O Tribunal considerou que “embora seja de reconhecer que os constrangimentos decorrentes da aludida instrução envolvem necessariamente prejuízo para a vida familiar”, tal prática não constitui um ato discriminatório, por ser precedida de um motivo objetivo superior – *in casu*, o interesse geral na segurança do voo.

Embora concordemos com a linha de pensamento seguida pelo Tribunal ao considerar que, no caso, existe efetivamente um motivo objetivo e legítimo – o interesse superior da empresa, mas também da comunidade, em ver os voos seguros¹²⁹ –, o certo é que da aludida proibição se retira uma exceção de tal modo ampla (no sentido de, sempre que o superior hierárquico assim o entender, poder autorizar a existência de relações familiares dentro do mesmo *cockpit*) que nos faz questionar o seguinte: se as exigências de segurança são tão elevadas e tão comprometidas pela coexistência de dois familiares no mesmo avião, por que razão as mesmas poderão ser afastadas por simples decisão unilateral do “*accountable manager*”?

A nosso ver, não encontramos razão em estabelecer uma proibição de tal modo restritiva para, posteriormente, se abrir a porta a inúmeras possíveis situações subjetivas e excecionais.

Retomando a separação entre as relações amorosas e a discriminação,¹³⁰ entendemos que, se as partes agirem de acordo com o aludido princípio de adequação social, não há razões para automaticamente se associar a existência de uma relação amorosa ou familiar entre colegas de trabalho à possibilidade de práticas discriminatórias de um em relação ao outro, ou mesmo de lesões ao nível de outros direitos igualmente relevantes.

Reconhecemos, contudo, que quando um deles se encontre em posição de exercer influência sobre o seu par, como sucede nas relações amorosas entre um superior hierárquico e um trabalhador subordinado, tais práticas poderão, efetivamente, ocorrer.

¹²⁹ Apesar da evidente tentativa de ditar um mal menor, constatamos que o Tribunal, no caso em apreço, assentou o seu raciocínio na presunção de que o facto de os trabalhadores serem casados entre si faz aumentar um risco de indisciplina e perigosidade, parecendo descurar, salvo o devido respeito, que tal risco sempre se pode verificar em todas as demais relações em que exista um certo grau de proximidade entre os tripulantes, independentemente da existência (ou não) de um vínculo matrimonial. Nesse sentido, *vd.* Amado, 2019. pp. 49-50; Oliveira, 2018, pp. 19-24.

¹³⁰ A este respeito, *cfr.* Ac. do Iowa Supreme Court (EUA), de 12/07/2013 (proc. n.º 11-1857, disponível em <https://www.law.justia.com>), o qual julgou improcedente a alegação de uma trabalhadora no sentido de ter sido despedida com base em fator de discriminação e decidiu que tal se deveu ao facto de o empregador ter começado a desenvolver uma atração sexual por aquela. O ISC considerou que, ainda que algum tipo de relação amorosa ou íntima tivesse ocorrido entre ambos, tal não poderia ser tomado em linha de consideração, para efeitos de despedimento, atendendo ao tipo de relação entre as partes, e salvo se existissem repercussões contratuais (o que não se verificou *in casu*).

Será, no entanto, precisamente para tais situações graves e de completo arrepio às regras basilares de qualquer ordenamento jurídico que existe a responsabilidade civil¹³¹, disciplinar,¹³² contraordenacional¹³³ e penal,¹³⁴ as quais deverão, em princípio, ser suficientemente dissuasoras da prática de tais ilícitos.

E, a nosso ver, o facto de a entidade empregadora poder ser responsabilizada pelos atos dos seus trabalhadores, conforme resulta dos arts. 546.º e 551.º do CT,¹³⁵ é suscetível de estimular a adoção de medidas eficazes de prevenção e combate a tais práticas ilegais – afinal de contas, terá sido para tais situações que a aludida ideia de “responsabilidade social da empresa” terá sido pensada.

6.2. Assédio

O assédio, enquanto comportamento reprovável, abusivo e ilícito, pode causar inúmeros danos patrimoniais e não patrimoniais, ferindo de morte o princípio da dignidade humana previsto no art. 1.º da CRP e degradando a relação jurídico-laboral a ponto de a relação de confiança se quebrar, de forma absoluta e irreparável (art. 351.º, n.ºs 1 e 2, al. b), CT).

Este comportamento desvalioso, em razão da natureza que pode assumir, costuma ser objeto de uma *distinção objetiva*, podendo consistir num comportamento indesejado de carácter sexual (sob a forma verbal, não verbal ou física) ou moral¹³⁶ (aqui se incluindo o baseado em fator de discriminação), com o objetivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, de afetar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador (art. 29.º, n.ºs 1 e 2, CRP).

Por outro lado, o assédio pode ser objeto de uma *tripartição subjetiva*, i.e., em razão da qualidade dos sujeitos envolvidos, podendo assumir um carácter:

- a) *horizontal* (situação em que um trabalhador é assediado por um outro trabalhador do mesmo nível hierárquico);
- b) *vertical* (prática de assédio por parte de um superior hierárquico em relação a um trabalhador subordinado);¹³⁷ ou
- c) *vertical invertido* (caso em que o superior hierárquico é alvo de assédio por parte de um trabalhador subordinado).

¹³¹ Art. 28.º do CT.

¹³² Art. 351.º, n.ºs 1 e 2, al. b) e 328.º e ss., todos do CT.

¹³³ Arts. 24.º, n.º 5, 25.º, n.º 8, e 28.º, 30.º, n.º 4, 31.º, n.º 6, 32.º, n.º 2, 548.º e ss., todos do CT.

¹³⁴ Art. 240.º do CP.

¹³⁵ Além do dever de afixação de informação relativa à matéria de igualdade e não discriminação (art. 24.º n.º 4, CT), também faz parte dos usos empresariais o estabelecimento, no exercício do poder regulamentar, de regras relativas à obrigatoriedade de comunicação de tais práticas.

¹³⁶ Também designado como “*mobbing*”.

¹³⁷ Devemos, contudo, ressaltar que, por força de se encontrar numa posição apta a exercer influência sobre os termos e condições do contrato de trabalho do trabalhador subordinado, este tipo de assédio acaba por ser, na prática, o mais frequente.

Consequentemente, o empregador deve, nos termos do disposto no art. 127.º, n.º 1, al. a) do CT, abster-se de praticar quaisquer atos suscetíveis de constituir assédio, sob pena de tal constituir simultaneamente a noção de justa causa de despedimento (em relação a quem o pratica)^{138 139} e de resolução do contrato de trabalho (em relação a quem o sofre).¹⁴⁰

É natural que, em ambos os casos, a verificação da existência de justa causa dependa das circunstâncias concretas do caso, conforme estipulado nos arts. 351.º, n.º 3 e 394.º, n.º 4, ambos do CT.

Devemos, no entanto, sublinhar que, em qualquer caso, é necessária a verificação de *dolo* (direto, necessário ou eventual)¹⁴¹ na conduta suscetível de constituir assédio, sendo que a sua prática pode originar não só responsabilidade contraordenacional,¹⁴² mas também civil¹⁴³ e penal.¹⁴⁴

Assim, facilmente se constata que o simples facto de um trabalhador, com a mais pura das intenções, convidar um colega de trabalho para sair ou tentar iniciar uma relação amorosa com este, não é suscetível de *per se* constituir assédio.¹⁴⁵

Porém, se o trabalhador reiteradamente insistir em abordar um colega de trabalho, com vista a tentar estabelecer uma relação não consensual ou não recíproca, esta situação poderá configurar um verdadeiro caso de assédio sexual.¹⁴⁶

E este é de tal modo grave que a maioria das empresas prevê, ao abrigo do poder regulamentar, a obrigatoriedade, por parte de toda e qualquer pessoa que tenha conhecimento de qualquer prática suscetível de constituir assédio, de a comunicar à entidade empregadora ou ao superior hierárquico com poder disciplinar sobre o assediante¹⁴⁷ – e cremos que assim o é, por dois motivos.

Em primeiro lugar, e à semelhança do que sucede com a discriminação, caso a entidade empregadora tome conhecimento da prática de tais atos, por parte dos seus trabalhadores, mas opte por adotar uma postura passiva em relação àqueles (não adotando medidas adequadas a evitar a sua reiteração), esta pode (e deve) ser responsabilizada, conforme resulta do art. 29.º, n.º 5 do CT.

¹³⁸ Enquadrável no art. 351.º, n.º 2, als. b) e e), CT, porquanto, além de lesar os direitos dos trabalhadores-alvo de assédio, lesa também os interesses patrimoniais da empresa, já que esta pode ser responsabilizada pelos atos dos seus trabalhadores.

¹³⁹ Ac. do TRL, de 18/12/2019, relativo ao proc. n.º 5488/19.3T8LSB.L1-4 e disponível em <https://www.dgsi.pt>.

¹⁴⁰ Art. 394.º, n.º 2, als. b) e f), CT.

¹⁴¹ Art. 14.º, CP.

¹⁴² Art. 29.º, n.º 5, CT.

¹⁴³ Art. 29.º, n.º 4 e 28.º, ambos do CT.

¹⁴⁴ A prática de um ato sexual de relevo não consentido pode constituir um dos tipos legais de crime p.e.p. nos arts. 163.º e ss. do CP, por remissão expressa do art. 29.º, n.º 5 do CT.

¹⁴⁵ O mesmo sucederá se um trabalhador tiver os pensamentos mais obscenos em relação a um colega seu, mas de forma alguma os demonstre ou exteriorize para a relação laboral.

¹⁴⁶ A este propósito, já existem diversas empresas especialistas em GRH dedicadas a estabelecer políticas “*dating-friendly*”, com regras muito interessantes no que concerne ao procedimento a adotar em cada uma das situações. A título de exemplo, cfr. <https://resources.workable.com/workplace-romance-policy-example>.

¹⁴⁷ Ac. TRE, de 28/02/2019, relativo ao proc. n.º 2185/16.5T8STR.E1 e disponível em <https://www.dgsi.pt>.

Mas mesmo apesar de aplaudirmos, nesta sede, a intenção do legislador em estabelecer uma obrigação de cariz regulamentar relativamente ao assédio, prevista no art. 127.º, n.º 1 al. k), do CT, a verdade é que não podemos deixar de nos mostrar reticentes quanto ao facto de um assunto tão sério como este ficar na disponibilidade de meras orientações ou recomendações, próprias dos códigos de conduta.¹⁴⁸

Seja como for, esta questão acaba por ser satisfatoriamente colmatada pelo facto de a al. l) do referido artigo exigir que a entidade empregadora instaure procedimentos disciplinares sempre que tiver conhecimento de qualquer situação de assédio no trabalho.¹⁴⁹

Mas nem assim este conceito deve ser confundido com a manutenção de relações amorosas entre trabalhadores.

É certo que, à semelhança do assédio, também as relações amorosas no local de trabalho poderão ocorrer entre dois colegas de trabalho do mesmo nível hierárquico (relações amorosas *horizontais*) ou entre um trabalhador subordinado e um superior hierárquico (relações amorosas *verticais*).

Porém, enquanto o assédio consiste num ato indesejado ou não correspondido por uma das partes envolvidas (relação *unilateral*), as relações amorosas entre trabalhadores assentam num encontro de vontades consensuais e recíprocas de dois sujeitos em se envolverem de forma íntima, amorosa ou sexual (relação *bilateral*).

Perguntamos, assim: por que razão não as devemos aceitar?

O que, por sua vez, nos conduz à seguinte questão: por que razão não há o Direito de ser chamado a intervir?

Conforme cremos ter demonstrado, as empresas tendem a combater o assédio e a discriminação, através da irradicação absoluta de toda e qualquer relação pessoal suscetível de “influenciar o bom senso” dos seus trabalhadores¹⁵⁰ – o que demonstra uma evidente confusão entre as relações amorosas e tais práticas ilícitas.

Não cremos, porém, que a solução passe por aí. Somos do entendimento, sim, que, a par das soluções legais de proibição do assédio e de discriminação, deverá ser realizado um reforço positivo da proteção do trabalhador, através da consagração expressa de um regime jurídico das relações amorosas entre trabalhadores, as quais são tão frequentes e com tantos possíveis reflexos contratuais que justificam a sua inserção no CT.

¹⁴⁸ Sublinhamos, a este respeito, as nossas preocupações anteriormente vertidas a respeito do conceito de “responsabilidade social da empresa”, bem como dos códigos de ética e de conduta.

¹⁴⁹ O que demonstra que, pelo menos nas empresas com menos de sete trabalhadores, não existem quaisquer mecanismos eficazmente implementados para prevenir o assédio, mas apenas para o combater.

¹⁵⁰ Conforme se pode retirar do teor da p. 15 do citado código de ética da “Walmart”.

Conclusões

Num contexto de uma crescente valorização social dos trabalhadores e dos seus direitos de personalidade, entendemos ser inexplicável – e, aliás, extremamente injusta – a falta de regulamentação das relações amorosas em contexto de trabalho.

Sendo certo que a possibilidade de relações amorosas entre trabalhadores constitui, hoje, uma realidade incontornável, por uma questão de segurança e certeza jurídicas, e por forma a dar cumprimento ao princípio da proteção do trabalhador, revela-se necessário que as partes conheçam, de antemão, os seus direitos e deveres no âmbito das relações amorosas em contexto laboral.

Desde logo, advogamos a criação de um regime legal que determine uma obrigação de as empresas, independentemente da sua dimensão, consagrarem regulamentos internos que versem sobre o tema das relações amorosas no trabalho, não no sentido de as impedir, mas no sentido de as gerir.

Por outro lado, e tendo em consideração que as *relações amorosas verticais* serão aquelas onde os trabalhadores poderão enfrentar mais adversidades, defendemos que todas as relações íntimas entre um superior hierárquico e um trabalhador subordinado devem ser, numa ótica de boa fé, obrigatoriamente comunicadas à entidade empregadora, por forma a que esta possa adotar medidas eficazes e, dentro dos limites legais, proteger os próprios trabalhadores de eventuais riscos inerentes à dificuldade de separação (ou de compatibilização) da vida privada e laboral.

No que concerne às *relações amorosas horizontais*, cremos que, *prima facie*, não existirá um interesse legítimo da empresa em ter conhecimento sobre os factos íntimos que dois trabalhadores do mesmo nível hierárquico desenvolvem entre si, pelo que, da mesma forma que o “direito à mentira” é pacificamente aceite pela doutrina e jurisprudência para situações em que o empregador se quer imiscuir em assuntos íntimos da vida do trabalhador, o mesmo deverá ser aplicável quanto a questões relacionadas com as relações amorosas dentro do mesmo nível hierárquico, por se tratar do núcleo do direito à reserva da intimidade da vida privada de qualquer cidadão.

Revela-se, assim, imprescindível garantir à parte mais débil da relação um meio preventivo que permita travar o pulso que as empresas tendem a adotar no âmbito do conteúdo mínimo essencial do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar dos seus trabalhadores, onde se inserem as suas relações amorosas.

Com efeito, casos existem em que as empresas (como a “Walmart”) proíbem ou sancionam toda e qualquer relação romântica entre trabalhadores, independentemente do tipo de hierarquia entre aqueles e da existência de repercussões contratuais, através de regras que, aos olhos do nosso ordenamento jurídico, correspondem a práticas verdadeiramente lesivas dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Assim, seja porque pretendem controlar o amor (o qual deveria ser alheio aos interesses da empresa), seja porque comprometem o direito à liberdade de desenvolvimento da personalidade dos trabalhadores, as empresas devem abster-se de limitar *a priori* os direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade e à reserva da intimidade da vida privada e familiar dos trabalhadores.

Situação diferente ocorrerá quando a existência de uma relação amorosa entre trabalhadores provoque, efetivamente, repercussões contratuais, como sucederá no caso de se verificar uma diminuição anormal da produtividade de um dos trabalhadores envolvidos, quando um deles se aproveite da sua posição para influenciar o trabalho do outro ou de alguma forma lesar os interesses do próprio, da entidade empregadora ou dos restantes trabalhadores.

Nesse caso, poderemos estar perante atos ou omissões que integram o conceito de justa causa de despedimento, conforme previsto no art. 351.º, n.ºs 1 e 2 do CT – entre os quais a referida perda anormal de produtividade, prevista na alínea al. m) do citado artigo.

Por outro lado, e à semelhança do que sucede com a forma como as empresas lidam, na prática, com a discriminação e o assédio, deverá ser criado um órgão, comité ou outro organismo semelhante (quando não exista) responsável pela realização de avaliações ao nível da *performance* dos trabalhadores.

Não obstante, e estando também consciencializados de que esta última medida poderá implicar um acréscimo de custos para a entidade empregadora, é possível contornar os mesmos desde que sejam implementadas novas formas de GRH, as quais assumem um papel fundamental no âmbito da resolução de conflitos entre trabalhadores e entidade empregadora.

Dessa forma, cremos que será possível garantir um método objetivo e imparcial que visa controlar a questão dos possíveis impactos das relações amorosas ao nível da produtividade dos trabalhadores.

Tudo quanto *supra* exposto demonstra, afinal, o nosso entusiasmo pela regulação *a priori* das relações amorosas, por forma a evitar potenciais conflitos e litígios, seja entre trabalhadores, seja entre estes e a sua entidade empregadora.

A nosso ver, seria altamente preferível começar por resolver as questões a montante do problema – e não exclusivamente a jusante, como atualmente sucede.

Mas o certo é que, conforme se encontra atualmente concebido o nosso sistema judiciário, em matéria de conflitos de direitos, e na ausência de legislação específica sobre o tema, os tribunais assumem um papel essencial na resolução de litígios decorrentes de relações amorosas em contexto de trabalho.

Nessa senda, toda e qualquer limitação ao direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar deve assumir um carácter excecional e obedecer ao *tríplice critério de proporcionalidade*, o qual deverá ser aplicado pelas partes e, em última instância, pelos Tribunais.

Seja como for, através da análise do exemplo japonês, cremos ter sido possível demonstrar que a existência de relações amorosas no seio de uma empresa é perfeitamente possível, desde que às partes envolvidas sejam dados os ingredientes necessários para o efeito, por um lado, e desde que estas saibam coadunar as suas condutas com uma ideia de adequação social e de boa fé, por outro, por forma a que, mesmo em situações tão subjetivas e delicadas como estas, seja possível, de forma objetiva e imparcial, dar resposta a eventuais lesões que daí possam decorrer para as partes.

A terminar, afigura-se-nos positivo que se tenha vindo a assistir a uma significativa mudança global da perspetiva relativamente a este tema, bem como a uma gradual alteração do *modus operandi* de algumas empresas ao nível da implementação de medidas que promovem a conciliação da vida familiar e profissional.

Referências bibliográficas

- ABRANTES, J. (2004). *Estudos sobre o Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora.
- AMADO, J. (2019). *Trabalhar e amar: Poderes patronais, relações amorosas e direitos de personalidade dos trabalhadores*. Coimbra: Gestlegal.
- ALEXANDRINO, J. (2015). *Direitos fundamentais: Introdução geral*, 2.^a Edição. Cascais: Principia Editora.
- ANDRADE, J. (2012). *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a Edição. Coimbra: Edições Almedina.
- BARROS, J. (2012). *Relações amorosas no local de trabalho: Eu e os outros*. Dissertação de Mestrado em Gestão de Recursos Humanos. Lisboa, ISCTE Business School.
- CABRAL, H. (2013). *Vida e alma*. Lisboa: Clube do Autor.
- CABRAL, R. (1988). *O direito à intimidade da vida privada*. Separata dos *Estudos em memória do Prof. Paulo Cunha*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (dist.).
- CANOTILHO, J. (2018). *Direito Constitucional e teoria da constituição*, 7.^a Edição, reimp. 2019. Coimbra: Edições Almedina.
- CANOTILHO, J. & MOREIRA, V. (2014). *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.^a Edição. rev. e reimp. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARMO, A. (2018). *O poder de controlo informático na relação jurídico-laboral*, Dissertação de Mestrado em Direito Forense. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.
- DRAY, G. (2015). *O princípio da proteção do trabalhador*. Coleção Teses de Doutoramento. Coimbra: Edições Almedina.
- FOUTO, C.S. (2017). *Relação entre qualidade na relação amorosa: Muito, pouco ou nada?* Dissertação de Mestrado em Psicologia. Évora, Escola de Ciências Sociais da Universidade de Évora.
- GOMES, J. (2007). *Direito do Trabalho – Vol. 1: Relações individuais de trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora.
- HULLER, E. K. (2017). *Da desobediência legítima do trabalhador como reação a ordens ou instruções ilegítimas*. Dissertação de Mestrado em Ciências-Jurídico Laborais. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- MACHADO, J. (2017). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coleção Manuais Universitários. Coimbra: Edições Almedina.
- MARTINEZ, P.R. (2019). *Direito do Trabalho*, 9.^a Edição. Coimbra: Edições Almedina.
- MIRANDA, J. & MEDEIROS, R. (2017). *Constituição Portuguesa anotada*, vol. I, 2.^a Edição rev. Porto: Universidade Católica Editora.
- MOREIRA, T.A.C. (2004). *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MOREIRA, T.A.C. (2010). *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: Contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*. Coleção Teses de Doutoramento. Coimbra: Edições Almedina.

- MORGADO, A.L. (2015). *O regulamento interno de empresa – Reflexo de supremacia jurídica ou expressão de superioridade fáctica negocial?* Dissertação de Mestrado em Direito Laboral. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- POELMANS, S. e CALIGURI, P. (2008). *Harmonizing work, family, and personal life: From policy to practice*. New York: Cambridge University Press.
- RAMALHO, M. (2003). *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. I. Coleção Monografias. Coimbra: Edições Almedina.
- 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.
- SPENCER, H. (1851). *Estática social ou as condições essenciais para a felicidade especificada*. (s.l.): (s.n.).
- SUPIOT, A. (2017). *Crítica do Direito do Trabalho*. (s.l.): Fundação Calouste Gulbenkian.
- VAZ, M. et al. (2012). *Direito Constitucional – O sistema constitucional português*. Coimbra: Coimbra Editora.

Fontes eletrónicas

- DANNIN, E. (11 de setembro de 2007). Why at-will employment is bad for employers and just cause is good for them. In *Labor and Employment Relations Association's (LERA) 59th Annual Meeting*, Chicago, p. 11. Retirado de <https://www.nlg-laboremploy-comm.org>.
- ENGELMANN, J. (21 de setembro de 2020). *Suicide in Japan – Statistics & facts*. Retirado de <https://www.statista.com>.
- DEMETRIOU, D. (17 de janeiro de 2020). *How the Japanese are putting an end to extreme work weeks*. Retirado de <https://www.bbc.com/worklife>.
- FORBES (2020). *The world's most innovative companies*. Retirado de <https://www.forbes.com/innovative-companies/list/>.
- FORTUNE (2020). *Fortune 500*. Retirado de <https://www.fortune.com/fortune500>.
- MINISTÉRIO DA ECONOMIA E DA INOVAÇÃO (31 de julho de 2009). *Carta de responsabilidade social. Direção-Geral das Atividades Económicas*. Retirado de <https://www.dgae.gov.pt>.
- OLIVEIRA, G. (2018). Ainda o caso SATA. *Lex Familiae*, n.º 29-30, pp. 19-24. Retirado de <https://www.guilhermedeoliveira.pt>.
- PIERCE, C. e AGUINIS, H. (21 de maio de 2009). Moving beyond a legal-centric approach to managing workplace romances: Organizationally sensible recommendations for HR leaders. *Human Resource Management*, pp. 447-461. Retirado de <https://www.onlinelibrary.wiley.com>.
- SHISEIDO COMPANY, LTD. (s.d.). *Shiseido group standards of business conduct and ethics*. Retirado de <https://www.corp.shiseido.com>.
- WALMART, INC. (s.d.). *Walmart global statement of ethics*. Retirado de <https://www.walmartethics.com>.

Jurisprudência

Iowa Supreme Court¹⁵¹

Ac. de 12/07/2013, relativo ao proc. n.º 11–1857.

Supremo Tribunal de Justiça¹⁵²

Ac. de 08/02/2006, relativo ao proc. n.º 05S3139;

Ac. de 08/01/2013, relativo ao proc. n.º 447/10.4TTVNF.P1.S1;

Ac. de 13/11/2013, relativo ao proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1.S1;

Ac. de 16/01/2014, relativo ao proc. n.º 9242/06.4TBOER.L1.S1;

Ac. de 14/12/2016, relativo ao proc. n.º 4521/13.7TTLSB.L1.S1.

Tribunal Constitucional¹⁵³

Ac. n.º 368/2002, de 25/10/2002, relativo ao proc. n.º 577/98;

Ac. n.º 306/2003, de 18/07/2003, relativo ao proc. n.º 382/2003.

Tribunal da Relação de Coimbra¹⁵⁴

Ac. de 03/05/2005, relativo ao proc. n.º 920/05;

Ac. de 03/07/2014, relativo ao proc. n.º 1162/11.7TTCBR.C1;

Ac. de 22/05/2020, relativo ao proc. n.º 7304/17.1T8CBR.C1.

Tribunal da Relação de Évora

Ac. do TRE, de 07/04/1992, relator Loureiro Pipa; ¹⁵⁵

Ac. de 28/02/2019, relativo ao proc. n.º 2185/16.5T8STR.E1. ¹⁵⁶

Tribunal da Relação de Lisboa¹⁵⁷

Ac. de 23/05/2006, relativo ao proc. n.º 11602/2006-5;

Ac. de 15/09/2010, relativo ao proc. n.º 335/10.4TTFUN.L1-4;

Ac. de 03/12/2014, relativo ao proc. n.º 2923/10.0TTLSB.L1-4;

Ac. de 14/09/2016, relativo ao proc. n.º 13665/14.T8LSB.L1-4;

Ac. de 23/02/2017, relativo ao proc. n.º 23019/16.5T8LSB.L1-8;

Ac. de 05-12-2018, relativo ao proc. n.º 4899/16.0T8LRS.L1;

Ac. de 18/12/2019, relativo ao proc. n.º 5488/19.3T8LSB.L1-4.

¹⁵¹ Jurisprudência estrangeira disponível em <https://www.law.justia.com>.

¹⁵² Todos os acórdãos disponíveis em <https://www.dgsi.pt>.

¹⁵³ Jurisprudência constitucional disponível em <https://www.dre.pt>.

¹⁵⁴ Acórdãos disponíveis em <https://www.dgsi.pt>.

¹⁵⁵ Ac. de que tomámos conhecimento através das nossas leituras de Amado, J. *op. cit.*, pp. 39-40.

¹⁵⁶ Acórdão disponível em <https://www.dgsi.pt>.

¹⁵⁷ Toda a jurisprudência citada disponível em <https://www.dgsi.pt>.

Tribunal da Relação do Porto¹⁵⁸

Ac. de 18/04/2012, proc. n.º 4635/11.8TTLSB.L1-4;

Ac. de 07/12/2018, proc. n.º 159/18.OT8PNF-A.P1.

Tribunal Superior do Trabalho¹⁵⁹

Ac. de 11/06/2014, proc. n.º RR-122600-60.2009.5.04.0005.

¹⁵⁸ Jurisprudência disponível em <https://www.dgsi.pt>.

¹⁵⁹ Acórdão de que tomámos conhecimento, uma vez mais, através das nossas leituras de Amado, J., op. cit., pp. 25-41, mas que se encontra igualmente disponível em <https://www.tst.jus.br>.

A legítima dos ascendentes:
desadequação do regime e sugestões para a sua mudança

Ana Rita Monteiro Martins Guedes

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria Rita Aranha da Gama Lobo Xavier

Agradecimentos

Um agradecimento especial à Professora Doutora Rita Lobo Xavier pela sua disponibilidade, orientação e partilha de conhecimento.

Aos meus pais por sempre me encorajarem e pelo seu amor e apoio incondicionais.

À minha irmã Filipa por ser ouvinte, companheira e por nunca duvidar das minhas capacidades.

A todos os que comigo percorreram este longo caminho e, em especial, ao Rui.

Um sincero obrigada.

Resumo

Na lei portuguesa é imperativamente reservada uma quota da herança aos herdeiros legitimários, independentemente da vontade do *de cuius*. Esta quota indisponível constitui uma grave e desproporcional limitação do direito de propriedade privada e da liberdade de dispor do autor da sucessão.

A previsão da legítima e dos sucessíveis legitimários baseou-se num princípio de solidariedade familiar e na proteção da família, e é nesse mesmo sentido que a limitação que representa tem vindo a ser justificada.

Contudo, as alterações sociais do fim do século XX, e o consequente surgimento de novas realidades familiares, põem em causa o que ficou estabelecido na Reforma de 1977 ao Código Civil em matéria de sucessões, especialmente no que à posição dos ascendentes diz respeito. Existe uma eminente necessidade de atualização e flexibilização do regime, sendo oportuna a ponderação das relações afetivas e efetivas dos herdeiros com o falecido, bem como das necessidades que estão verdadeiramente em causa.

A legítima dos ascendentes não se coaduna com as situações familiares atuais e, assim como noutros ordenamentos jurídicos, propõe-se a supressão do seu direito à legítima e a respetiva compensação através de uma obrigação de alimentos a cargo da herança.

Palavras-chave: legítima; herdeiros legitimários; solidariedade familiar; propriedade privada; legítima dos ascendentes; obrigação de alimentos a cargo da herança.

Abstract

The Portuguese legal system reserves a part of the inheritance assets to some heirs, regardless of the will of the deceased. This compulsory part constitutes a serious and disproportionate limitation to private property and to the freedom to dispose of the property in case of death. The stipulation of the “legítima” and “forced heirs” was based on the constitutionally guaranteed protection of the family, and it is in this same sense that the mentioned limitation has been justified.

However, social changes of the late twentieth century, and the consequent emergence of new family realities, puts into question what was established in the reform of 1977 to the Civil Code in matters of succession, especially as far as the ascendants are concerned.

There is an urgent need to update and liberalise the system. Therefore, it is appropriate to consider the affective and effective relationships between the heirs and the deceased, as well as the needs that are truly at stake.

The ascendants’ *reserve* is not consistent with the current familial situations and, as in other legal systems, it is proposed to suppress their right and to compensate it through an obligation of duty of care attached to the inheritance.

Keywords: “legítima”; forced heirs; family protection; private property; the ascendants’ reserve; duty of care attached to the inheritance.

Lista de siglas e abreviaturas

Art(s).	Artigo(s)
Al.	Alínea
CC	Código Civil
Cfr.	Confronte
Col.	Coleção
Consult.	Consultado
CRP	Constituição da República Portuguesa
Dir.	Diretor
DL	Decreto-lei
Ed.	Edição
N.º	Número
P.	Página
Pp.	Páginas
Reimpr.	Reimpressão
Rev.	Revista
Séc.	Século
Ss.	Seguintes
Vol.	Volume

Advertência

Todos os trechos traduzidos de línguas estrangeiras são da autoria de quem redige o texto.

Índice

Introdução	7
Capítulo I – A reserva legitimária, seu fundamento e justificação: perspectiva crítica	8
1. O fundamento da reserva legitimária	8
2. A sucessão legitimária como limitação à liberdade de dispor	9
3. Atualidade da imposição da reserva legitimária	11
Capítulo II – Os sucessíveis legitimários e a solidariedade familiar	14
1. O elenco dos designados legitimários e a sua evolução legislativa	14
1.1. A versão originária do Código Civil de 1966 e a Reforma de 77	14
1.2. A renúncia à condição de herdeiro legitimário permitida pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto	15
2. Avaliação crítica e perspectiva de futuro	16
2.1. As funções da legítima e o elenco dos designados legitimários	16
2.2. Flexibilização do sistema	19
Capítulo III – A legítima dos ascendentes	20
1. A adequação da legítima dos ascendentes e a realidade social	20
2. As necessidades dos ascendentes e alternativas à sua proteção	22
3. A eliminação da legítima dos ascendentes na experiência de outros ordenamentos jurídicos	23
3.1. Em França	23
3.2. Na Bélgica	24
3.3. Em Espanha	25
4. A previsão de uma obrigação de alimentos a favor dos ascendentes e a cargo dos sucessores – proposta de reforma	26
Conclusões	28
Bibliografia	30

Introdução

No ordenamento jurídico português a sucessão legitimária é imperativa, estando previstos como sucessíveis legitimários o cônjuge, os descendentes e os ascendentes. É-lhes reservada uma quota parte do património do *de cuius*, mesmo que contra a vontade do mesmo, designada por “legítima”.

A legítima constitui uma limitação à liberdade de dispor que não tem assento constitucional, sendo a sua persistência e proporcionalidade questionadas pela doutrina.

Também a justificação do atual elenco de herdeiros legitimários do art. 2157.º CC é controversa, especialmente no que à posição do cônjuge sobrevivente diz respeito e à manutenção do direito dos ascendentes à legítima.

O cônjuge só com a Reforma de 1977 ao Código Civil é que se tornou herdeiro legitimário, concorrendo com os descendentes, com os ascendentes, ou sozinho. Em 2018, a Lei n.º 48/2018 introduziu no Direito sucessório português a possibilidade de os cônjuges renunciarem reciprocamente à condição de legitimário em convenção antenupcial. Permitiu-se, portanto, uma renúncia antecipada à legítima.

No contexto de uma nova realidade social é oportuno contestar a limitação desproporcional que o autor da sucessão enfrenta no momento da transmissão do seu património por morte, e se tal ainda encontra justificação.

O presente estudo pretende abordar estas questões, focando-se na pertinência da reformulação do elenco dos designados legitimários, especialmente na alteração da posição dos ascendentes.

Começaremos por apresentar a reserva legitimária, e o seu fundamento, bem como a maneira como representa uma limitação à liberdade de dispor e ao direito de propriedade privada.

O segundo capítulo será dedicado ao estudo dos sucessíveis legitimários à luz dos interesses em questão – a solidariedade familiar – e à flexibilização concedida pela Lei n.º 48/2018 ao regime da sucessão legitimária, sugerindo-se uma possível atenuação da rigidez do sistema relativamente a outros legitimários.

Por último, no capítulo III refletiremos sobre a adequação e necessidade da legítima dos ascendentes, tendo em conta as novas realidades sociais e familiares e considerando alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros. Analisaremos alternativas de proteção, bem como a compensação da supressão do direito à legítima pela criação de uma obrigação de alimentos a cargo de quem herda.

Capítulo I – A reserva legitimária, seu fundamento e justificação: perspectiva crítica

1. O fundamento da reserva legitimária

A sucessão por morte pode ser legal ou voluntária, consoante se baseie na lei ou em negócio jurídico (arts. 2027.º e 2028.º CC).

No Direito português existe o sistema da legítima previsto nos arts. 2156.º a 2178.º CC, que consiste numa quota da herança que é reservada ao cônjuge, descendentes e ascendentes, sobre a qual o autor da sucessão não pode dispor livremente, quer *mortis causa*, quer *inter vivos*. Como é imperativamente deferida por lei, não pode ser afastada pela vontade do *de cuius*. Pelo contrário, os seus beneficiários têm a discricionariedade para a aceitar ou não.

Uma vez que esta reserva não tem assento constitucional, é na garantia da família como instituição fundamental da sociedade¹ (art. 67.º CRP)² que a doutrina a tem sustentado.

Afirmou-se que a proteção dos familiares mais próximos era o fundamento da legítima, bem como a manutenção do património na família. De certa forma, era a exigência de um auxílio mútuo, como dever familiar, que explicava a sucessão legitimária.³

Estas afirmações vinham da tradição da existência nas nossas leis de uma quota indisponível, com as suas raízes romano-germânicas que alimentaram à nascença o Direito português.

José João Gonçalves de Proença⁴ explica que no Direito Romano, a liberdade de disposição por morte de que usufruía o “*pater-familias*” sofreu uma grande restrição com a reforma justinianeia quando passou a ser obrigatório deixar uma quota da herança aos descendentes, tendo tal sido justificado com a manutenção do património na família; entre os povos germânicos, nomeadamente, os visigodos, era já defendida a total indisponibilidade dos bens, sendo criada posteriormente uma quota disponível. Ou seja, a obrigatoriedade da “reserva” constituía regra, em contraposição à exceção nos povos romanos.

O autor esclarece que uma e outra orientação têm na sua base a conceção que cada um destes povos tinha da propriedade familiar, que constituía o suporte estrutural da família e, consequentemente, da sucessão por morte: para os romanos a família era um agregado familiar subordinado e dependente do “*pater*”; para os povos germânicos, a família consistia numa grande unidade, caracterizada pela solidariedade e igualdade entre os seus membros.⁵

¹ Xavier, 2016a, p. 25.

² O n.º 1 do art. 67.º da CRP prevê que a família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.

³ Dias, 2016, p. 459.

⁴ Proença, 2009, pp. 111 e 112.

⁵ Proença, 2009, p. 112.

Na apreciação de Carvalho Fernandes, a sucessão legitimária traduz a relevância social da família, impondo a atribuição de uma fração do património aos membros da família nuclear.⁶ Ao implementar a imperatividade do regime, o legislador quis garantir que essa fração era efetiva e exclusivamente entregue a estes familiares, protegendo-os contra o poder de disposição do autor da sucessão.⁷

Para Capelo de Sousa, esta limitação do poder de disposição do falecido assenta num princípio de entreajuda e solidariedade “de modo a assegurar uma base de património familiar e garantir aos familiares mais próximos um mínimo de bens para a manutenção e desenvolvimento da sua personalidade”.⁸

Foi nesta ordem de ideias que foi sendo justificado o surgimento e permanência de uma sucessão legitimária “a favor da família”, aplicando-se a lógica da solidariedade familiar: a proteção familiar prevalece sobre a autonomia privada e a liberdade de disposição.

Atualmente, a legítima já foi definida como totalmente anacrónica por doutrina estrangeira,⁹ e internamente são levantadas algumas críticas, nomeadamente por Rita Lobo Xavier, que questiona a compatibilidade do regime com a própria Constituição.

2. A sucessão legitimária como limitação à liberdade de dispor

Rita Lobo Xavier e Pedro Coutinho chamaram a atenção para o “contraste entre a disciplina da sucessão legitimária e direitos constitucionalmente protegidos, como o direito de propriedade privada e o direito à sua transmissão em vida e por morte, tendo em conta a ligação entre a tutela da propriedade privada e a liberdade de dispor”.¹⁰

O direito à propriedade privada, na Constituição portuguesa, está previsto no art. 62.º, dispondo o seu n.º 1 que “a todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição”.

Apesar da sua inserção sistemática no catálogo dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais,¹¹ não deixa de ser considerado um direito fundamental de natureza análoga pela maior parte da doutrina, sendo-lhe aplicável o regime geral dos Direitos, Liberdades e Garantias,¹² em consonância com o art. 17.º CRP. “Estamos perante um direito que reconhece na esfera jurídica do seu titular um espaço de autodeterminação através da garantia constitucional da disponibilidade sobre um bem de direito fundamental”.¹³

⁶ Fernandes, 2012, pp. 28 e 29; Xavier, 2011, p. 266.

⁷ “A lei deseja proteger contra o poder de disposição do autor da sucessão certa ou certas pessoas” (Telles, 2004, p. 46).

⁸ Sousa, 2012, p. 153.

⁹ Sonnekus, 2005, p. 497; Parra, 2009, p. 497.

¹⁰ Xavier & Coutinho, 2020, p. 694.

¹¹ Doravante, DESC.

¹² Doravante, DLGs.

¹³ Mariano, 2019, p. 761.

Sendo equiparável aos DLGs, o legislador ordinário apenas poderá limitar o seu exercício de acordo com as regras do princípio da proporcionalidade, obedecendo ao disposto no art. 18.º, n.º 2 e 3 CRP.

O direito a dispor por morte está também intimamente ligado ao princípio da autonomia privada, fundamentado constitucionalmente nos arts. 26.º, n.º 1 e 61.º CRP. Este princípio decorre da dignidade da pessoa humana e do seu direito à autodeterminação e que, no âmbito do Direito Civil, significa que cada indivíduo deve ter um poder de autogoverno das suas relações jurídicas.^{14/15}

Assim, a dimensão do direito da propriedade privada prevista no art. 62.º, especialmente no contexto da transmissão *mortis causa*, não deve ser encarada exclusivamente como uma garantia da continuidade das relações jurídicas do falecido, uma vez que “nela também se reflete o princípio da autonomia da vontade (...), incluindo a liberdade de cada um de, antecipadamente, determinar o destino do seu património”.^{16/17}

A consagração de um sistema de propriedade privada resulta em profundas exigências ao nível da transmissão dos bens, daí que o legislador constituinte tenha autonomizado no art. 62.º, n.º 1 o direito à transmissão *inter vivos* e *mortis causa*. Assim como ninguém pode ser impedido de adquirir, também ninguém pode ser impedido de transmitir.^{18/19}

Como estes direitos são de natureza análoga aos DLGs, a sua limitação rege-se pela necessidade, adequação e proibição do excesso. Neste seguimento, e de forma a concluir sobre a legitimidade (ou não) da limitação que a legítima representa, devemos começar pelo porquê de limitar. Será estritamente necessário? E até onde se pode considerar adequado? É verdade que o resultado da análise efetuada na Reforma de 1977 era compatível com as situações familiares da altura, bem como se adequava às formas de riqueza transmitidas por morte. “Com efeito, a restrição visava satisfazer um interesse constitucionalmente protegido e resistia com facilidade aos testes de proporcionalidade”.²⁰ Hoje temos dúvidas de que o mesmo aconteça.

¹⁴ Xavier, 2016a, p. 23.

¹⁵ Neste sentido, Pinto, 2005, p. 102.

¹⁶ Mariano, 2019, p. 761.

¹⁷ A autonomia privada manifesta-se através do negócio jurídico, sobretudo pelo contrato, mas também se reflete num “poder de livre exercício dos seus direitos ou de livre gozo dos seus bens pelos particulares – ou seja, é a autonomia privada que se manifesta na ‘soberania do querer’” (Pinto, 2005, p. 103).

¹⁸ Passinhas, 2017, pp. 193 e 194.

¹⁹ “O fundamento do Direito Sucessório reside, precisamente, no direito à propriedade privada e à sua transmissão por morte, sendo a sucessão testamentária a principal manifestação deste direito” (Xavier, 2011, pp. 265 e 266).

²⁰ João Cura Mariano considera a revisão do Livro V do Código Civil urgente, também questionando a própria constitucionalidade e legitimidade da restrição que a legítima representa (Mariano, 2019, p. 764).

3. Atualidade da imposição da reserva legitimária

A doutrina portuguesa tem vindo a pronunciar-se sobre a atualidade da imposição da reserva legitimária. Atendendo às alterações sociais e patrimoniais, muitos autores consideram que o regime é cada vez mais questionável.

A realidade é que atualmente, e na maioria dos casos, quando uma pessoa morre, os seus descendentes já são adultos independentes e com vidas autónomas. A herança já não se traduz num meio de sustento e de início de vida: ela tão-só aumenta o património dos filhos.²¹

Também é verdade que a divisão pelos herdeiros legitimários tem conduzido a uma dispersão do património, acabando por ter um efeito inverso ao pretendido, já que não contribui para a manutenção dos bens na família. Além do mais, o património é cada vez mais construído pelo esforço individual, podendo o regime estimular uma certa falta de incentivo para o trabalho em relação a quem, na expectativa de receber os bens da herança, conta viver à custa da mesma.

São vários os autores que argumentam neste sentido,²² evidenciando a inadequação do regime aos dias de hoje. Subsequentemente, apontam para algumas soluções que consideram mais proporcionais, atuais, e que aumentam a liberdade de dispor.

Jorge Duarte Pinheiro, por exemplo, sugere a substituição do instituto da legítima por uma proteção imperativa traduzida em obrigações de alimentos e legados legais tendo como objeto a casa da morada da família e o respetivo recheio.²³ Critica firmemente a aquisição de património independentemente do mérito e graças a um vínculo familiar, chamando, inclusive, à colação o princípio da igualdade previsto no art. 13.º CRP, que no seu n.º 2 estipula que ninguém pode ser beneficiado em razão da sua ascendência.²⁴

Cristina Araújo Dias tem uma posição mais radical. Para a autora, a sucessão legítima é suficiente para alcançar o mesmo fim da sucessão legitimária, pois se for uma prioridade do autor da sucessão cuidar da família, deixando os familiares numa posição confortável economicamente e reconhecendo o vínculo que o une aos mesmos, ele nada disporá e funcionará a sucessão legítima.²⁵ Caso o falecido queira recompensar ou favorecer alguém, familiar ou não, recorre ao testamento, através do qual dispõe de forma a “corrigir injustiças que seriam criadas com uma partilha igualitária entre herdeiros (...). Seriam aquelas situações (...) onde não existe um verdadeiro vínculo afetivo e de entreajuda”²⁶ entre os familiares.

²¹ Em 1985, Diogo Leite de Campos chamou à atenção, precisamente, para o facto da função social da herança já se ter alterado. Afirmou que “a herança passou a ser uma espécie de subsídio complementar de aposentação” (Campos, 1985, p. 29, nota de rodapé 31).

²² Dias, 2016, pp. 459-463; Mariano, 2019, pp. 767-769; Pinheiro, 2017a, pp. 177-179 e pp. 386-387; Pinheiro, 2017b, pp. 584-590; Xavier, 2016b, pp. 355-358 e pp. 371-372; Xavier, 2017, pp. 601-605.

²³ Pinheiro, 2017a, p. 178.

²⁴ Pinheiro, 2017a, p. 178 e nota de rodapé 310.

²⁵ Dias, 2016, p. 462.

²⁶ Dias, 2016, p. 462.

Acrescenta que, paralelamente, se poderia reservar uma quota da herança a favor dos considerados familiares mais próximos, mas não como uma quota que o *de cuius* não poderia dispor. Tal como no Direito alemão, estes “sucessores obrigatórios” surgiriam como credores da herança, podendo simplesmente exigir o pagamento de uma quantia em dinheiro correspondente à quota da herança atribuída.²⁷

Por seu turno, Rita Lobo Xavier apresenta alterações para os diferentes designados-legitimários: relativamente ao cônjuge, propõe a liberdade de disposição do falecido independente do vínculo jurídico estabelecido, apontando para o facto de que as alterações legislativas mais recentes se têm fundamentado na argumentação de que a família atualmente resulta mais da convivência e dos afetos do que do contrato de casamento;²⁸ no que aos descendentes diz respeito, sustenta o alargamento das causas de deserdação, incluindo, por exemplo, a “ausência de ‘relação afetiva efetiva’ com o autor da sucessão”²⁹ e a possibilidade de livre repartição dos bens pelos filhos; por último, propugna a supressão da legítima dos ascendentes e a reformulação e revisão do conteúdo e efetividade do regime da obrigação de alimentos para eles previsto.

Pelas várias razões e soluções expostas, não podemos concordar com Carvalho Fernandes quando afirma que as razões sociais (proteção da família) que justificam a sucessão legitimária suplantam as consequências negativas que a desaconselham.³⁰ É evidente que, tal como enuncia, existem mecanismos que tentam atenuar a rigidez do sistema, como por exemplo a partilha em vida (2029.º CC), o legado por conta da legítima (2163.º CC) e o legado em substituição da legítima (2165.º CC). Mas todos dependem de uma ação por parte do falecido e ainda do consentimento de todos os herdeiros legitimários. Só mesmo por via da deserdação é que a vontade do autor da sucessão consegue excluir um sucessível legitimário, sendo que para que isso aconteça, tem de se verificar alguma das circunstâncias previstas no n.º 1 do art. 2166.º CC.

Assim, seguimos a mesma linha de pensamento dos autores que questionam a persistência do regime. É perceptível a inadequação de muitas normas da sucessão legitimária porque não têm em conta o novo contexto social e também têm apresentado um efeito inverso ao pretendido originariamente – manutenção do património na família e sua proteção – e que durante muito tempo as fundamentou, conferindo-lhes proporcionalidade na restrição ao direito do art. 62.º CRP. A sua adaptação e flexibilização são urgentes porque representam uma limitação grave da propriedade e autonomia privadas do autor da sucessão.

É importante conceder ao *de cuius* uma maior liberdade de dispor para que possa distribuir o seu património de acordo com a sua vontade e de modo a atender às necessidades

²⁷ Dias, 2016, p. 463.

²⁸ Xavier, 2017, p. 608.

²⁹ Xavier, 2017, p. 608

³⁰ Fernandes, 2012, p. 29.

de quem realmente precisa.³¹ Através desta reforma será finalmente possível uma harmonia do regime com a realidade socioeconómica do nosso país.

³¹ Xavier, 2016b, p. 356.

Capítulo II – Os sucessíveis legítimos e a solidariedade familiar

1. O elenco dos designados legítimos e a sua evolução legislativa

1.1 A versão originária do Código Civil de 1966 e a Reforma de 77

No anterior Código de 1966, eram herdeiros legítimos os descendentes e os ascendentes. O cônjuge ocupava a posição de herdeiro legítimo, tendo sobre ele preferência os irmãos e sobrinhos do falecido na falta de descendentes e ascendentes. Pertencia, pois, à 4.^a classe de sucessíveis, beneficiando do direito ao usufruto vitalício da herança quando era chamada à sucessão a 3.^a classe.

Posteriormente, o cônjuge começou a ser visto como parte da família nuclear, de maneira que estas normas se tornaram desajustadas à noção moderna de família que veio a ser adotada.

Foi então na Reforma de 77 ao Código Civil que alguns aspetos do regime da sucessão legítima foram modificados. O Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, introduziu mais de quarenta alterações em pontos significativos da lei sucessória, tendo contribuído para o aumento das incoerências do sistema.³² “Muitas das opções são discutíveis, algumas delas são mesmo criticáveis e fizeram surgir grandes problemas quanto à sua aplicação”.³³

A mudança mais significativa deu-se no âmbito do estatuto sucessório do cônjuge sobrevivente, embora tal não tenha sido exigido constitucionalmente. A Constituição de 1976 veio apenas consagrar a igualdade entre os cônjuges,³⁴ mas a Comissão Revisora decidiu ir mais além e introduzir o cônjuge no elenco dos sucessíveis legítimos. Mário Júlio de Almeida Costa justificou esta “providência” como uma “intenção assumida de revalorizar o estatuto sucessório do cônjuge supérstite”.³⁵

Explica Isabel de Magalhães Colaço³⁶ que a Comissão foi unânime na decisão de alterar o que estava previsto no anterior Código, mas o título por que deveria ser chamado o cônjuge à sucessão, quando concorresse com descendentes, originou uma discrepância de opiniões. Alguns membros defendiam o chamamento apenas como sucessor a título de usufrutuário da herança ou de parte dela, e não como legítimo.

³² Xavier, 2017, p. 599.

³³ Xavier, 2017, p. 599.

³⁴ O art. 36.º, n.º 3 CRP veio estipular a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, no que se refere à sua capacidade civil e política e à educação dos filhos. Além disso, e como consequência desta igualdade entre cônjuges, a lei ordinária eliminou o estatuto de chefe de família concedido ao marido, deixando a mulher de estar sujeita à sua tutela.

³⁵ Costa, 1997, p. 955.

³⁶ Colaço, 2004, p. 37.

A acentuada divisão de opiniões culminou num pedido sobre a “orientação política expressa do Governo”³⁷ relativamente ao assunto, e a solução adotada foi a conversão do cônjuge em herdeiro legitimário.

O vínculo conjugal foi equiparado em dignidade ao do parentesco fundado no sangue,³⁸ passando então o cônjuge a concorrer com os descendentes, com os ascendentes e, por último, sozinho. A esta condição acresceu a atribuição preferencial do direito de habitação da casa de morada da família e uso do seu respetivo recheio – cfr. arts. 2103.º-A e 2103.º-C –, a exceção de que beneficia no que toca ao princípio da divisão por cabeça do art. 2136.º,³⁹ a sua não contemplação na lista de obrigados à colação – art. 2104.º CC –, e ainda se manteve o direito de apanágio do art. 2018º CC.⁴⁰

1.2. A renúncia à condição de herdeiro legitimário permitida pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto

Em 2018, o legislador concedeu a possibilidade de renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário, pelos nubentes, em convenção antenupcial. Esta solução dada pela Lei n.º 48/2018⁴¹ contrastou com alguns princípios estruturantes do direito sucessório, desde a proibição da celebração de pactos sucessórios do art. 2028.º CC, à imperatividade da sucessão legitimária entre cônjuges, e manifestou uma tentativa de promoção da autonomia privada em matéria de família e sucessões. Antes de introduzida, o único meio de exclusão do cônjuge da sucessão legitimária era a deserdação, conforme se verificasse uma das situações elencadas nas alíneas do art. 2166.º, n.º 1.

O que se pretendia, tal como se lê no preâmbulo do projeto de lei, era resolver um problema prático para quem pretendia casar-se e já tinha filhos de uma anterior ligação, e não o fazia em virtude do estatuto sucessório reforçado atribuído ao cônjuge.^{42/43} Desta forma, foi introduzida a alínea c) no art. 1700.º, n.º 1 CC, onde se prevê a renúncia à condição de herdeiro legitimário, que tem de ser executada em convenção nupcial e tem de ser recíproca. A opção

³⁷ Colaço, 2004, p. 37.

³⁸ Do sumário do DL n.º 496/77, de 25 de novembro, ponto 50, retira-se que “ao cônjuge, entrado na família pelo casamento, deve caber um título sucessório semelhante em dignidade ao dos descendentes que na família entraram pela geração. Por isso se justifica não só que ele prefira aos irmãos e restantes colaterais do *de cuius*, mas também que seja chamado a concorrer à herança com os descendentes e ascendentes”.

³⁹ Apesar de o princípio da sucessão por cabeça enunciar que a herança é dividida em partes iguais, ao cônjuge nunca poderá caber menos do que uma quarta parte da quota indisponível quando concorre com descendentes, sendo-lhe sempre reservada uma quarta parte da herança (art. 2139.º, n.º 1 CC).

⁴⁰ “A proteção alimentar à custa dos rendimentos dos bens deixados pelo falecido, nos termos do art. 2018.º, já se encontrava prevista na versão original do Código Civil, tendo-se mantido incólume na reforma de 1977, apesar do cônjuge ter ascendido à categoria de legitimário” (Pedro, 2018, p. 420, nota de rodapé 22).

⁴¹ Sobre o desenvolvimento do projeto de lei n.º 781/XIII, vide <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=42210>.

⁴² Pedro, 2018, p. 422.

⁴³ No mesmo sentido, Pereira & Henriques, 2018, p. 6.

pela reciprocidade teve por base a consagração constitucional da igualdade entre cônjuges em 1976, refletindo-se o respeito por essa mesma exigência.⁴⁴

Por outro lado, tal renúncia apenas será admitida se o casamento dos renunciantes for celebrado, opcional ou imperativamente, sob o regime de separação de bens (art. 1700.º, n.º 3). Entendeu-se que o interesse em excluir a produção de (certos) efeitos sucessórios decorrentes do estatuto do cônjuge só merecia tutela quando, no plano matrimonial, vigorasse o regime de bens que importa a maior autonomia, ao nível patrimonial, entre os cônjuges.⁴⁵

Apesar das suas limitações, consideramos esta medida positiva. O reconhecimento da vontade das partes em afastar a sucessão legitimária viabilizou a celebração dos matrimónios sem este efeito sucessório associado, e a respetiva proteção dos filhos anteriores que viriam a concorrer com o cônjuge sobrevivente.⁴⁶ Pela primeira vez, foi revelada uma preocupação com a adequação do regime às novas realidades familiares.

2. Apreciação crítica e perspetiva de futuro

2.1. As funções da legítima e o elenco dos designados legitimários

Como vimos, o fundamento da reserva legitimária relaciona-se com um princípio de solidariedade familiar.

Nesse sentido, a opção na determinação dos descendentes e ascendentes como sucessíveis legitimários prendeu-se com a existência, entre eles, de um dever de assistência, um dever de auxílio entre as gerações. Este dever traduz-se numa obrigação dos pais de não deixarem os filhos numa situação de total desamparo, e numa obrigação dos filhos de compensarem os seus progenitores pelos possíveis esforços e sacrifícios feitos ao longo da sua vida.⁴⁷

A posterior concessão de uma quota legitimária ao cônjuge terá advindo do “socorro e auxílio mútuo” que devem um ao outro, previstos no art. 1674.º CC. O que contribuiu igualmente para a consagração dos seus direitos sucessórios, nos termos explicitados, foi o estatuto da mulher viúva-doméstica, que na altura seria deixada numa situação económica difícil. Considerou-se, também, que o cônjuge sobrevivente merecia proteção semelhante à dos

⁴⁴ Pedro, 2018, pp. 433 e 434.

⁴⁵ Pedro, 2018, p. 430.

⁴⁶ Parece-nos, contudo, que a intenção inicial de proteção de filhos anteriores se viu um pouco desvirtuada, pois no art. 1707.º-A, n.º 1 é permitida a sujeição da renúncia à condição de sobrevivência ou não de sucessíveis de qualquer classe, ou até de qualquer pessoa, sem necessidade de essa condição ser recíproca. Daqui resulta que a renúncia pode visar a proteção de outros herdeiros que não os filhos anteriores ao casamento, ou até de pessoas totalmente alheias à sucessão, não sendo fator condicionante a existência dos mesmos para que a renúncia opere. No mesmo sentido, Moraes, 2018, pp. 1089 e 1090.

⁴⁷ Dias, 2016, p. 459.

restantes legitimários em razão da sua colaboração “no incremento e conservação do património e da ideia moralizante da manutenção do seu teor de vida”.⁴⁸

Foi, portanto, o princípio da solidariedade familiar que esteve na base de ambas as estipulações.

Assim, e conforme disposto no art. 2157.º CC, “são herdeiros legitimários o cônjuge, descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima”. Ou seja, para além das normas específicas aplicáveis à sucessão do cônjuge, descendentes e ascendentes dos arts. 2139.º a 2144.º CC, são aplicáveis os princípios da preferência de classes (art. 2134.º CC), da preferência de graus de parentesco (art. 2135.º CC) e o princípio da sucessão por cabeça (art. 2136.º CC).⁴⁹

A medida da legítima de cada um dos herdeiros varia em função da classe e do número de sucessíveis que concorrem à sucessão.

A primeira classe de sucessíveis é composta pelo cônjuge e descendentes e, em caso de concurso, a legítima é de dois terços da herança (art. 2159.º, n.º 1), sendo dividida em partes iguais;⁵⁰ se só sucederem descendentes, a legítima mantém-se de dois terços, ou se apenas suceder um descendente será de metade (art. 2159.º, n.º 2).

À segunda classe de sucessíveis pertencem o cônjuge e os ascendentes, sendo a legítima de dois terços da herança (art. 2161.º, n.º 1). Porém, a divisão nestes termos não é igualitária: a quota-parte da legítima respeitante ao cônjuge é de dois terços e a dos ascendentes, em conjunto, é de um terço (art. 2142.º, n.º 1).

Por sua vez, na sucessão isolada dos ascendentes, a legítima varia consoante o grau de parentesco dos chamados.⁵¹ Se forem os pais do *de cuius* (ascendentes em primeiro grau), a quota indisponível é de metade da herança; se sucederem ascendentes de grau mais afastado, a quota indisponível é de um terço (art. 2161.º, n.º 2).

Os ascendentes acabam por integrar duas classes sucessórias distintas, uma com o cônjuge, e outra sozinhos, variando a medida da legítima consoante o caso.

É importante salientar o disposto no art. 2143.º CC. Se os ascendentes forem chamados em concurso com o cônjuge, e algum ou alguns deles não puderem ou não quiserem aceitar a herança, a sua parte acresce à dos outros ascendentes que concorram na sucessão. Apenas no caso de estes não existirem é que acrescerá à parte do cônjuge sobrevivente.⁵² Estipula-se, desta forma, um direito de acrescer prioritário entre ascendentes.

⁴⁸ Costa, 1997, p. 957.

⁴⁹ “As regras gerais e particulares da sucessão legítima para que o art. 2157.º CC remete, valem, na sucessão legitimária, como injuntivas” (Fernandes, 2012, p. 405).

⁵⁰ Com ressalva das respetivas exceções: nunca poderá caber ao cônjuge menos do que ¼ quando concorre com descendentes (art. 2139.º, n.º 1 CC); na sucessão de irmãos e meios-irmãos – art. 2146.º CC – e quando se dá a representação sucessória (arts. 2039.º a 2045.º CC) ou o direito de acrescer (arts. 2301.º e 2143.º CC), a divisão da legítima também não é feita em partes iguais.

⁵¹ Fernandes, 2012, p. 445.

⁵² Dias, 2016, p. 454.

Por último, a legítima será de metade da herança quando o cônjuge concorre sozinho (art. 2158.º). Oliveira de Ascensão falava numa “3.ª classe sucessória” composta unicamente pelo cônjuge sobrevivente.^{53/54}

A posição atribuída ao cônjuge pela Reforma de 77 foi criticada por ser profundamente vantajosa.

Uma das vozes críticas foi a de Pamplona Corte-Real, que reforçou precisamente a ideia de que esta posição “não encontra aparentemente suporte, pelo menos direto, nos princípios constitucionais, que se limitam a estatuir a igualdade absoluta dos direitos e deveres dos cônjuges”.⁵⁵ Acrescentou que muito menos se aponta para uma posição tão beneficiada do cônjuge, que à sua meação nos bens do casal ainda junta a parte que lhe cabe como herdeiro legítimo,⁵⁶ sendo simultaneamente meeiro e herdeiro.

O autor fala de uma “obsessão do legislador de 77 na tutela do cônjuge sobrevivente”, apontando, também, para a falta de articulação entre o regime matrimonial de bens e o regime da sucessão legítima.⁵⁷

Na verdade, para a lei sucessória é irrelevante que os nubentes tenham convencionado o regime da separação de bens tendo em vista a eliminação de ganhos patrimoniais por morte associados ao vínculo conjugal. Tão pouco considera o facto de a instituição do regime imperativo da separação de bens (art. 1720.º) pretender evitar o enriquecimento dos cônjuges por via do casamento.⁵⁸

Se o que se pretende é impedir que o casamento seja um meio de adquirir, parece-nos contraditório que o cônjuge continue a ser chamado como legítimo, especialmente nas duas situações mencionadas.

Em geral, as críticas tecidas ao regime, tanto pelos autores mais antigos, como pelos mais recentes, coincidem. Na sua maioria, concordam que a posição conferida ao cônjuge é demasiado favorável.⁵⁹

Apela-se, pois, a uma reponderação deste estatuto.

⁵³ Ascensão, 2000, pp. 335, 355 e 356.

⁵⁴ Contrariamente, Pamplona Corte-Real considera que a colocação do cônjuge numa 3.ª classe da sucessão legal parece esquecer a 1.ª classe que ele ocupa na falta de descendentes e ascendentes; uma 1.ª classe móvel que ocupa sempre, quer concorra ou não com outros sucessíveis (Corte-Real, 2012, p. 69).

⁵⁵ Corte-Real, 2012, p. 68.

⁵⁶ Corte-Real, 2012, p. 68.

⁵⁷ Corte-Real, 2001, pp. 56 e 57.

⁵⁸ Pinheiro, 2017b, pp. 589 e 590.

⁵⁹ Sobre a posição sucessória do cônjuge e respetivas críticas *vide* Campos, 1985, pp. 39-54; Campos, 1990, pp. 449-458; Costa, 1997, pp. 954-958; Telles, 2004, pp. 47-49; Ascensão, 2000, pp. 343 e 344; Dias, 2017, pp. 111-133.

2.2. Flexibilização do sistema

A permissão do pacto de renúncia dos cônjuges à condição de herdeiro legítimo denotou uma flexibilização do regime da sucessão legítima e promoção da autonomia privada.

Questionamo-nos sobre a oportunidade e conveniência do alargamento deste processo de flexibilização aos outros legítimos, particularmente em relação aos ascendentes, tendo em conta não se verificar a necessidade das funções de solidariedade atribuídas à sua reserva legítima.

Se o cônjuge, que é o sucessível com a posição mais privilegiada, pode renunciar antecipadamente à legítima, porque não pode a posição dos ascendentes ser assegurada através de outros mecanismos que não a sucessão legítima? Seria interessante uma iniciativa legislativa neste sentido.

Não defendemos a eliminação da legítima dos descendentes, mas também não ignoramos o facto de algumas mudanças no seu regime serem igualmente oportunas. Por exemplo, a possibilidade de o autor da sucessão distribuir livremente a legítima, ou parte dela, pelos seus filhos; ou, como também sugere Rita Lobo Xavier, um alargamento das causas de deserção.⁶⁰

No fundo, o que mais uma vez está em causa é a elevada importância do alargamento da liberdade de dispor, através do qual será possível fazer face às necessidades existentes, e às quais o atual sistema não consegue dar resposta.

⁶⁰ Xavier, 2017, p. 608.

Capítulo III – A legítima dos ascendentes

1. A adequação da legítima dos ascendentes e a realidade social

A partir do último quartel do séc. XX assistimos a várias mudanças na realidade social, tendo surgido diversas situações familiares. Hoje deparamo-nos com famílias monoparentais, famílias recompostas ou reconstituídas⁶¹, famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo, famílias multiculturais, entre outras. A própria evolução das técnicas de procriação medicamente assistida teve um grande impacto nas situações familiares.

Entretanto, o número de casamentos foi diminuindo, aumentando o número de uniões de facto, e quem casa, fá-lo mais tarde.

Estas novas realidades familiares põem em causa disposições estabelecidas na Reforma de 77 em matéria de sucessões, nomeadamente as relativas aos ascendentes.

Com o aumento da esperança média de vida, parece provável que os progenitores venham a falecer mais tarde e o seu património a transmitir-se aos filhos numa altura em que todas as suas obrigações fundamentais já estão cumpridas, não se justificando assim que, ocorrendo o predececho de descendente relativamente ao ascendente, este beneficie de um direito a legítima. De facto, tal poderia encontrar justificação num tempo em que todos contribuíam para o aumento e enriquecimento do património familiar, herdado já das gerações anteriores.

No entanto, a família perdeu essa antiga função de “unidade de produção”. As grandes fortunas e patrimónios imobiliários são cada vez mais raras. Aliás, e como alerta Rita Lobo Xavier, na maior parte dos casos nem se pode verdadeiramente falar de “património familiar”, já que “os bens que são suscetíveis de serem transmitidos *mortis causa* foram adquiridos, em grande parte, pelo esforço pessoal e profissional, não tendo sido herdados das gerações anteriores”.⁶²

Ademais, o direito à legítima dos ascendentes pode gerar conflitos com os direitos do cônjuge sobrevivente, em caso de concurso. O cônjuge tem direito a ser encabeçado, no momento da partilha, no direito de habitação da casa de morada da família e no direito de uso do respetivo recheio.⁶³ Quando o imóvel onde foi fixada a casa de morada da família é o único ou principal bem que constitui a massa patrimonial – situação mais comum – o cônjuge vê-se muitas vezes obrigado a aliená-la ou contrair empréstimo para pagar a parte que cabe ao progenitor do falecido.⁶⁴ Não nos parece razoável que a preocupação com a posição dos ascendentes resulte numa venda forçada do imóvel que constitui a casa de morada da família.

⁶¹ Com o crescente número de divórcios, os filhos passam a habitar com o novo cônjuge ou companheiro dos seus progenitores.

⁶² Xavier, 2018, p. 605.

⁶³ Cfr. art. 2103.º-A do Código Civil.

⁶⁴ Este problema foi desde logo apontado pela Ordem dos Notários no Parecer sobre o Projeto de Lei n.º 781/XIII.

Não compreendemos a manutenção da posição dos ascendentes como herdeiros legitimários, a designação dos parentes de 4.º grau na linha colateral, e até do Estado como herdeiros legais, quando o unido de facto é totalmente excluído da sucessão legal hereditária.⁶⁵ Se a lógica da solidariedade familiar é justamente assegurar e proteger os familiares mais próximos do defunto em detrimento do seu livre-arbítrio, porque não ponderar, aquando da repartição da legítima, fatores como a proximidade afetiva e efetiva entre os membros e as necessidades que realmente estão em causa?⁶⁶ Trata-se de uma falta de coerência entre a defesa deste princípio de solidariedade e a não ponderação destes fatores.

E se o rendimento tende a aumentar com a idade, por norma, os mais velhos terão mais riqueza do que os mais jovens. Assim, a reserva concede proteção desnecessária, negando-se a possibilidade de atribuição desta quota a um companheiro sobrevivente, cuja posição se quisesse garantir. Um sistema onde a relação com o *de cuius* e a carência económica e social de cada um não são tidas em conta parece, a nosso ver, inadequado.

Além do mais, o objetivo da sucessão é que haja uma transferência de património para as gerações futuras e não para as anteriores. A legítima dos ascendentes impõe um processo inverso, contra a vontade do *de cuius*, que poderá ter um projeto diferente para o respetivo património, e que poderá ficar em parte inviabilizado pelo facto de haver uma quota indisponível.

De todo o modo, a regra é a propriedade privada e o direito à sua transmissão em vida ou por morte, previsto e protegido constitucionalmente no art. 62.º CRP. A quota legitimária limita desproporcionalmente este direito, que deveria abranger a liberdade de testar de todos os bens de que se é titular.⁶⁷ Apesar do sistema de transmissão *mortis causa* da propriedade privada não ser concretamente imposto pela Constituição, “o legislador está vinculado a configurar uma disciplina jurídica em harmonia com o sistema de valores constitucional referente à propriedade”⁶⁸ de forma a garantir o respeito pela sua função social.

Hoje, a legítima dos ascendentes não reflete a função social da propriedade. As prioridades e projetos do autor da sucessão para o seu património são de tal forma diferentes que este regime deixou de se apresentar como um contributo para o interesse geral.

⁶⁵ No mesmo sentido, Pinheiro, 2017^a, pp. 179, 386 e 387; Pinheiro, 2017b, p. 589.

⁶⁶ A este propósito, Cristina Araújo Dias alude ao mecanismo previsto no Direito alemão onde “é reconhecido ao descendente do falecido que tenha dado um especial contributo ao *de cuius*, na esfera pessoal (...), ou patrimonial (...), permitindo dessa forma a conservação ou aumento do património do autor da sucessão, uma compensação perante os outros descendentes (...). Essa compensação é acrescentada à quota hereditária do descendente, permitindo, assim, igualar a partilha” (Dias, 2016, p. 462).

⁶⁷ Dias, 2016, p. 460.

⁶⁸ Xavier & Coutinho, 2020, p. 699.

2. As necessidades dos ascendentes e alternativas à sua proteção

A supressão da legítima pode ser perfeitamente compensada pelo sistema através de outros meios.

Para os idosos com baixos rendimentos e claramente em situação de necessidade, apontamos para o sistema de pensões vigente, que prevê pensões de velhice, invalidez, morte, dependência, insuficiência de recursos e ainda um complemento solidário para idosos (CSI).⁶⁹ O seu propósito resulta da intenção de proteger e conceder um fim de vida condigna aos mais velhos. A sua revisão, de forma a torná-lo mais sustentável, aumentaria a sua eficácia, atenuando-se as carências económicas dos idosos sem se recorrer à sucessão legitimária e limitar o direito de propriedade do falecido.

Também a sucessão legítima e a sucessão testamentária são alternativas eficazes de proteção.

A sucessão legítima funciona quando o falecido não dispôs válida e eficazmente do seu património ou não dispôs da sua totalidade (art. 2131.º). Os ascendentes são chamados a suceder logo em segundo lugar, pois pertencem à segunda classe de sucessíveis juntamente com o cônjuge; não havendo cônjuge, são chamados à totalidade da herança (art. 2142.º, n.º 2).

O autor da sucessão tem liberdade na decisão de dispor de toda a sua quota disponível ou, se considerar que através da sucessão legítima a posição do(s) ascendente(s) fica assegurada, não dispor da totalidade do património ou não elaborar testamento, deixando o regime operar supletivamente.

Na sucessão testamentária (arts. 2179.º e ss.) o *de cuius* pode distribuir livremente o seu património tendo em consideração as carências sociais e/ou económicas dos seus ascendentes. Pode então preferir assegurar uma posição mais frágil de um avô ou pai por via testamentária, porque existe efetivamente uma situação de carência económica ou algum tipo de dependência ou, simplesmente, porque existe uma relação afetiva entre os dois e o autor da sucessão deseja conceder-lhe essa parte do património.

Desta forma, seja qual for o projeto em vista, não é frustrado por uma imposição legal. O que melhor assegurará a proteção dos membros familiares do que a liberdade do *de cuius* de dispor consoante as necessidades de cada um deles? O que poderá tornar mais eficiente a distribuição do património pela família do que a vontade do falecido em verdadeiramente o atribuir àquelas pessoas?

É deste modo que consideramos que estas duas espécies de sucessão podem cumprir de forma razoável a função de proteção dos ascendentes, tornando-se desnecessária a previsão de uma reserva legitimária.

⁶⁹ Introduzido em 2006, está previsto para idosos com 66 anos e 5 meses ou mais, com recursos inferiores a 5258,63€ por ano.

Outra alternativa sugerível seria a introdução do exercício de um direito de reversão legal à semelhança do art. 960.º CC.⁷⁰ Isto é, de forma a evitar uma dispersão de património e, eventualmente, salvaguardar a sua situação económica, os ascendentes teriam a possibilidade de exercer este direito até determinado valor em relação aos bens doados ao falecido, caso este não deixasse herdeiros legítimos, ou deixasse apenas cônjuge sobrevivente.

Finalmente, a eliminação da legítima poderia ser substituída pela previsão de uma obrigação alimentar a cargo da herança do falecido, quando este não deixa descendentes. Esta obrigação seria suportada pelo cônjuge, se o houvesse e sucedesse na legítima, juntamente com todos os herdeiros e, se necessário, com os legatários. Seria importante reformular este regime, reforçando o seu conteúdo e a sua efetividade.⁷¹

Estes seriam os vários mecanismos de proteção substitutivos, caso a legítima dos ascendentes fosse suprimida.

3. A eliminação da legítima dos ascendentes na experiência de outros ordenamentos jurídicos

3.1. Em França

Em França, a Lei n.º 2006-728 de 23 de junho de 2006⁷² flexibilizou o regime sucessório previsto no *Code Civil* para o adequar à nova realidade social e às necessidades particulares de algumas famílias.⁷³

Podemos dizer que apenas os descendentes são sucessíveis legítimos, pois só na falta destes é que a lei francesa admite o chamamento do cônjuge à sucessão (art. 914.º-1 do *Code Civil*).⁷⁴

Os ascendentes foram excluídos da legítima – foi eliminado o art. 914.º do *Code Civil* – prevendo-se um direito de reversão, a favor dos pais, dos bens que estes eventualmente doaram ao *de cuius*⁷⁵ (art. 738.º, 2 do *Code Civil*). A criação deste direito denota a preocupação com a manutenção dos bens na família,⁷⁶ ao mesmo tempo que atenua a limitação sobre o direito da propriedade privada do falecido.

⁷⁰ Art. 960.º - (Cláusula de reversão): 1. O doador pode estipular a reversão da coisa doada.

2. A reversão dá-se no caso de o doador sobreviver ao donatário, ou a este e a todos os seus descendentes; não havendo estipulação em contrário, entende-se que a reversão só se verifica neste último caso.

3. A cláusula de reversão que respeite a coisas imóveis, ou a coisas móveis sujeitas a registo, carece de ser registada.

⁷¹ Xavier, 2017, p. 608.

⁷² Sobre a reforma do direito sucessório francês em 2006, *vide* Forgeard, Crône & Gelot, 2007; Benhamou, 2016; Xavier, 2016b, pp. 359-364.

⁷³ Parra, 2009, p. 498.

⁷⁴ A lei francesa garante ao cônjuge sobrevivente uma parcela mínima e obrigatória na herança do falecido, e apenas quando este não tem filhos: esta participação legal é definida em 1/4 da herança.

⁷⁵ Forgeard, Crône & Gelot, 2007, pp. 143 e 144.

⁷⁶ Xavier, 2016b, p. 360 e nota de rodapé 27.

O legislador francês apontou como razões para a supressão do artigo, e consequente eliminação da legítima dos ascendentes, o facto de estes estarem protegidos pela obrigação de alimentos prevista no Código e, sobretudo, pelos conflitos que o direito à legítima gerava com os direitos do cônjuge sobrevivente, principalmente nos casos em que os ascendentes pouco conviveram com o filho falecido, o que, assinala-se, é comum no caso de famílias recompostas.⁷⁷

3.2. Na Bélgica

Na Bélgica, também os ascendentes deixaram de ter direito à *réserve héréditaire*⁷⁸ em 2017. São, pois, os designados legitimários os descendentes e o cônjuge sobrevivente (arts. 913, 914 e 915bis do Código Civil belga).⁷⁹

No anterior código belga, no seguimento da Lei de 28 de março de 2007, os ascendentes já não podiam fazer valer a sua legítima contra liberalidades feitas a favor do cônjuge.⁸⁰ Tinham apenas a possibilidade, caso estivessem em situação de necessidade aquando da morte do filho, de pedir alimentos a cargo da herança, mas somente na medida em que fossem privados dos seus direitos por essas liberalidades.

Este enfraquecimento do direito à reserva legitimária em 2007 foi tornando cada vez mais raros os casos em que a legítima dos ascendentes era aplicada, de tal forma que a sua supressão, já operada pelos franceses e no Luxemburgo em 1979 (*Loi du 26 avril 1979*), não causou admiração.⁸¹

Na proposta da nova lei, a legítima dos ascendentes foi considerada inadequada ao desenvolvimento da sociedade, na medida em que interferia com a liberdade de dispor e aparecia “como um vestígio de concepções antigas, como um meio de salvaguardar o patrimônio da grande família, em prejuízo da autonomia da vontade do *de cuius*”.⁸²

Notamos que com a aprovação da *Loi de 31 du juillet de 2017* os ascendentes não ficaram desprotegidos. Aproveitando a anterior estipulação do direito a alimentos do *article 205*, a extinção da legítima foi “compensada” pela previsão de uma obrigação alimentar a cargo dos sucessores, subordinada às seguintes condições: o *de cuius* não deixa nem descendentes, nem

⁷⁷ Parra, 2009, p. 501.

⁷⁸ Sobre reforma do Direito sucessório belga em 2017, *vide* Moreau, 2018.

⁷⁹ De acordo com o art. 915bis, o cônjuge sobrevivente é constituído herdeiro legitimário em usufruto e não em propriedade, sendo a sua legítima composta por uma “reserva abstrata” e uma “reserva concreta”: a primeira diz respeito ao direito ao usufruto de metade da herança – “massa de cálculo” a que o art. 922. se refere; a segunda refere-se ao usufruto da casa morada da família e respetivo recheio.

O cônjuge tem sempre direito à sua reserva concreta, de tal modo que a pode fazer valer mesmo no caso de esta exceder o usufruto de metade daquela massa de cálculo (Tainmont, 2018, pp. 231 e 232).

⁸⁰ Parra, 2009, pp. 491 e 501.

⁸¹ Tainmont, 2018, p. 223.

⁸² *Proposition de loi, Document parlementaire, Chambre des Représentants de Belgique, session 2016-2017*, n.º 54-2282/001, p. 78; Tainmont, p. 223, nota de rodapé 9.

cônjuge, e os ascendentes encontram-se em situação de necessidade no momento do falecimento ou em virtude do mesmo – cfr. art. 205bis, § 2.⁸³

3.3. Em Espanha

Em Espanha, o sistema de legítimas assume uma complexa variedade, uma vez que as diversas Comunidades Autónomas têm autonomia para estabelecer disposições específicas.

Apesar de no Direito comum espanhol, no *Código Civil*, os ascendentes estarem previstos no *artículo 807* como *herederos forzosos*,⁸⁴ na Galiza, os ascendentes foram excluídos com a aprovação da *Ley 2/2006 de 14 junio, de derecho civil de Galicia*;⁸⁵ e já em 1999 o mesmo sucedeu na Comunidade Autónoma de Aragão com a *Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte*.⁸⁶

Segundo o Direito “aragonês”, só os descendentes têm direito à legítima e o *de cuius* tem total liberdade na distribuição desta quota: pode atribuir tudo a apenas um, ou repartir de forma relativamente igualitária – art. 171.º.

Na Galiza, o art. 238.º da Lei 2/2006 determina como sucessíveis legitimários os descendentes e o cônjuge e, tal como no *Código Civil*, o cônjuge é constituído herdeiro em usufruto e não em propriedade – art. 253.º.

Tomando em consideração dados socioeconómicos de Espanha, e através de dados estatísticos publicados, Antoni Vaquer Aloy⁸⁷ expõe a tendência de o rendimento aumentar com a idade, e menciona a existência do sistema de pensões. Defende que não se justifica a previsão da legítima, uma vez que a riqueza dos mais velhos é habitualmente superior à dos jovens. Para o autor, os problemas dos idosos com baixos rendimentos não podem e não devem ser resolvidos com recurso ao regime da sucessão legitimária, mas sim através de outras opções legislativas e políticas.

⁸³ Art. 205bis.: § 2. A herança de quem faleceu sem deixar posteridade deve alimentos aos ascendentes do falecido que se encontrem em necessidade no momento ou em razão do decesso. Esta obrigação é atribuída na forma de uma renda mensal vitalícia, fixada tal como teria sido a anuidade devida, se a houvesse, durante a vida do falecido em aplicação do artigo 205. (...).

(...)

§ 3. A pensão de alimentos está a cargo da herança. É suportada por todos os herdeiros e, se necessário, pelos legatários na mesma proporção do seu emolumento.

No entanto, se o falecido declarou que certos legados devem ser pagos em preferência a outros, esses legados contribuem para a pensão apenas na medida em que os rendimentos dos outros não sejam suficientes.

§ 4. Se não forem retirados alimentos ao capital do património, será dada ao beneficiário caução suficiente para garantir o pagamento da pensão.

§ 5. O prazo para reclamar alimentos é de um ano a contar da data do falecimento.

§ 6. A sucessão está isenta da obrigação a que se referem os §§ 1 e 2 se o requerente for indigno de comparecer a essa sucessão, sem distinção de estar ou não efetivamente convocado para essa sucessão.

⁸⁴ O art. 807.º determina como “*herederos forzosos*” os filhos e descendentes, na falta destes, os ascendentes, e por último o cônjuge sobrevivente. Os filhos e descendentes têm direito a 2/3 da herança, mas 1/3 pode ser distribuído entre eles pelo falecido, a fim de melhorar as suas respetivas heranças. A isto se chama “*mejora*” – arts. 808.º, n.º 2 e 823.º; o cônjuge é constituído herdeiro legitimário não em propriedade, mas sim em usufruto: arts. 834.º a 840.º do Código Civil espanhol.

⁸⁵ Disponível online em <https://www.boe.es/eli/es-ga/l/2006/06/14/2>.

⁸⁶ Disponível online em <https://www.boe.es/boe/dias/1999/03/25/pdfs/A11723-11750.pdf>.

⁸⁷ Aloy, 2007, p. 9 e nota de rodapé 29.

4. A previsão de uma obrigação de alimentos a favor dos ascendentes e a cargo dos sucessores – proposta de reforma

Conforme o art. 2003.º, “alimentos” é “tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário”. A medida dos alimentos é estabelecida respeitando um critério de proporcionalidade, a fim de alcançar um equilíbrio entre as possibilidades daquele que possui a obrigação e as necessidades dos carecidos da prestação (art. 2004.º CC).

O dever de assistência é um dos deveres que resulta da relação entre pais e filhos e o art. 2009.º CC, com o seu texto proveniente da Reforma de 77, reforça-o com a previsão dos descendentes como os segundos obrigados à pensão de alimentos.⁸⁸ Já existe, portanto, esta obrigação de prestar auxílio em vida aos pais, avós ou bisavós necessitados, mas, com a morte do obrigado, tal dever cessa.⁸⁹

Para fundamentar a nossa sugestão de supressão da legítima dos ascendentes, sugerimos uma obrigação de alimentos a seu favor e a cargo dos sucessores, quando o *de cuius* não deixa descendentes.

Inspirando-nos no regime belga⁹⁰, a nossa proposta é no sentido de ser prevista uma prestação pecuniária mensal, a cargo da herança, e a favor dos ascendentes que se encontrem em situação de necessidade aquando da morte do descendente ou em virtude da mesma.

Através deste “novo regime” a proteção que a sucessão legitimária pretende conferir permaneceria assegurada, respeitando-se na íntegra a família como instituição fundamental da sociedade e a sua proteção constitucional (art. 67.º CRP).

Por sua vez, usufruindo da estipulação feita pelo legislador francês⁹¹, apontamos também para a criação da possibilidade de os ascendentes exercerem um direito de reversão sobre os bens doados ao descendente falecido, mas mais uma vez se este não deixar descendentes.

Dada a indeterminabilidade da expressão “situação de necessidade”, sugerimos a previsão de alguns critérios para se considerar que existe, de facto, carência económica ou social. Fatores como o rendimento mensal dos ascendentes, a idade e o seu estado de saúde ajudariam na tarefa de atribuir, ou não, uma pensão de alimentos, bem como no cálculo do montante a atribuir.

⁸⁸ Nas palavras de Pires de Lima e Antunes Varela, quando “a pessoa cair em estado de carência a que a lei implicitamente se refere nos artigos 2003.º e ss., (...) não havendo cônjuge nem ex-cônjuge a quem eficazmente se possa recorrer, a lei bate à porta dos descendentes (se os houver em condições de prestar alimentos ao seu ascendente)” (Lima & Varela, 1998, p. 593).

⁸⁹ O que resulta do art. 2013º, n.º 1, al. a): A obrigação de prestar alimentos cessa pela morte do obrigado ou alimentado.

⁹⁰ Art. 205bis. do Código Civil belga.

⁹¹ Art. 738.º, 2 do Código Civil francês: §1. Quando o pai e a mãe, ou um deles, sobreviverem ao falecido e este não tiver posteridade, podem, em qualquer caso, exercer o direito de reversão, até aos valores fixados no primeiro parágrafo do artigo 738.º, sobre os bens por eles doados ao falecido.

Não preenchendo os pressupostos exigidos, a proteção estará sempre salvaguardada pelo testamento ou, na falta deste, pelas regras da sucessão legítima e ainda, se for o caso, pelo direito de reversão.

Todas estas normas teriam caráter imperativo, tal como as da sucessão legitimária, mas representariam uma limitação menor à liberdade de dispor. Apesar da nossa proposta prever uma obrigação alimentar a cargo da herança, esta é flexível e definida casuisticamente, o que lhe confere uma melhor capacidade de adaptação ao caso concreto, não se apresentando, tal como a legítima, como uma quota fixa e aplicável indiscriminadamente.

Em suma, no que diz respeito aos ascendentes, a reforma sucessória passaria pela alteração dos artigos respeitantes à sua posição como sucessíveis legitimários, começando pelo art. 2157.º CC, por uma previsão de alimentos e pela criação do direito de reversão legal.

A exclusão do direito dos ascendentes à quota legitimária é apenas um começo para o alargamento da liberdade de testar, flexibilização do regime e consequente diminuição da limitação da autonomia e propriedade privadas. Nas palavras de Rita Lobo Xavier e Pedro Coutinho,⁹²

o regime há muito que carece de uma profunda reforma no sentido da sua flexibilização, mas também para ser conferida maior liberdade ao autor da sucessão, designadamente para atribuir maior valor ou maior número de bens a determinado/s designado/s e, eventualmente, escolher qual/quais dos bens quer atribuir a cada designado legitimário.

⁹² Xavier & Coutinho, 2020, p. 706.

Conclusões

No Direito Sucessório português existe uma quota reservada ao cônjuge, descendentes e ascendentes – a legítima. Esta quota é atribuída aos herdeiros legitimários mesmo que contra a vontade do *de cuius*.

É na proteção da família como instituição fundamental da sociedade – art. 67.º CRP – que este regime tem sido sustentado. O objetivo será o de proteger os membros mais próximos e manter o património no seio familiar, sendo determinada uma prioridade da família face à liberdade de dispor do falecido.

Idêntica justificação se aduz para o elenco dos herdeiros legitimários do art. 2157.º CC. Na sua base estará o dever de auxílio existente entre as gerações. O que está em causa é um princípio de solidariedade familiar, pelo que a restrição da liberdade de dispor se deveria limitar à medida do necessário. Contudo, notamos uma prevalência desproporcional deste princípio sobre o direito de propriedade do *de cuius*.

Percebemos que muitas normas da sucessão legitimária são inadequadas porque não se harmonizam com as novas realidades sociais e patrimoniais, têm vindo a apresentar efeitos inversos aos pretendidos – como a dispersão de património pelos diversos herdeiros – e conferem uma severa limitação do direito de propriedade privada e à sua transmissão por morte, previsto constitucionalmente no art. 62.º CRP.

A permissão do pacto de renúncia recíproca dos cônjuges à condição de herdeiro legitimário revelou, pela primeira vez, uma preocupação com a adaptação do regime da legítima às novas realidades familiares. Além do mais, representou uma flexibilização do sistema relativamente ao cônjuge, sucessível legitimário com a posição mais privilegiada.

Defendemos que será igualmente oportuna e coerente uma modificação no que toca à posição dos ascendentes por diferentes razões. A atual realidade das famílias é bastante diferente da realidade do séc. XX, tendo surgido variadas situações familiares com as quais a legítima dos ascendentes não se coaduna. Com o aumento da esperança média de vida, os progenitores vivem mais tempo e os bens são recebidos pelos filhos numa altura em que todas as obrigações estão cumpridas, não se justificando assim que, morrendo primeiro o filho, exista um direito à legítima por parte dos seus pais ou avós. A família não tem mais aquela função de “unidade de produção” em que todos contribuíam para o enriquecimento do património e o herdavam das gerações anteriores. As grandes fortunas e patrimónios imobiliários são cada vez mais raros. A legítima dos ascendentes pode gerar conflitos com os direitos do cônjuge sobrevivente, em caso de concurso. Existe alguma incoerência entre a defesa da solidariedade familiar, por um lado, e a não apreciação da relação afetiva e efetiva do herdeiro com o *de cuius*, bem como da sua carência económica, por outro. Verifica-se uma tendência do aumento do rendimento com a idade, pelo que, por norma, os mais velhos terão

mais fortuna do que os mais novos, sendo desnecessária esta previsão legal. O objetivo da sucessão é que o património se transfira para as gerações seguintes, e a legítima dos ascendentes implica um processo de sentido inverso que, eventualmente, contrariará o projeto que o autor da sucessão teria para o respetivo património. A limitação que a quota legítima representa para o direito de propriedade privada e para a liberdade de dispor é desproporcionada. As sucessões legítima e testamentária podem cumprir de forma razoável a função de proteção dos ascendentes.

Neste sentido, e à semelhança dos ordenamentos jurídicos estudados, concluímos que não existe justificação para a manter a previsão deste direito.

Como mecanismo de proteção substitutivo, apontamos para a criação de uma obrigação de alimentos a favor dos ascendentes a cargo dos sucessores, e para a possibilidade de exercício de um direito de reversão relativamente aos bens eventualmente doados por estes ao descendente falecido. O que se propõe é uma prestação pecuniária mensal a cargo da herança, a favor dos ascendentes que se encontrem em situação de necessidade na altura do decesso do descendente ou em virtude do mesmo, e a criação de um direito de reversão legal em relação aos bens doados pelos ascendentes ao *de cuius*.

Refletindo sobre as modificações que foram operando nos ordenamentos jurídicos analisados, e o que esteve na sua base, é sem dúvida pertinente a proposta de reforma do nosso Direito Sucessório, compatibilizando-o com a atual realidade socioeconómica portuguesa, que em muito se assemelha à dos países que foram estudados.

Uma visão atualizada do Direito das Sucessões passa, obrigatoriamente, por considerar os direitos fundamentais do autor da sucessão, não duvidando que a reforma sucessória que a doutrina portuguesa reivindica visa uma maior amplitude da liberdade de dispor e uma maior flexibilidade. A supressão da legítima dos ascendentes poderá ser o primeiro passo deste longo caminho a percorrer.

Bibliografia

- ALOY, A.V. (2007). Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, pp. 1-25.
- ASCENSÃO, J.O. (2000). *Direito civil – Sucessões*, 5.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- BENHAMOU, M.J. (2016). *Héritage, patrimoine, successions. Toutes les questions que vous vous posez*, 3.^a Edição. Paris: Éditions de La Martinière.
- CAMPOS, D.L. (1985). Parentesco, casamento e sucessões. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 1, pp. 14-54.
- CAMPOS, D.L. (1990). O estatuto sucessório do cônjuge sobrevivente. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 2, pp. 449-458.
- COLAÇO, I.M. (2004). A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois. In *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Vol. I – Direito da família e das sucessões*, pp. 17-40. Coimbra: Coimbra Editora.
- CORTE-REAL, C.P. (2001). Os efeitos sucessórios do casamento. In *Direito da família e política social*. Porto: Publicações Universidade Católica.
- CORTE-REAL, CP. (2012). *Curso de direito das sucessões*. Lisboa: Quid Juris.
- COSTA, M.J.A. (1997). A liberdade de testar e a quota legitimária no Direito português. Em especial o confronto do regime do Código Civil de 1867 com a evolução subsequente. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 3, pp. 943-958.
- DIAS, C.A. (2016). A proteção sucessória da família: Notas críticas em torno da sucessão legitimária. In Mota, H. & Guimarães, R. (coords.). *Autonomia e heteronímia no direito da família e no direito das sucessões*, pp. 449-463. Coimbra: Almedina.
- DIAS, C.A. (2017). Estatuto sucessório do cônjuge sobrevivente e do unido de facto. In *Código Civil de 1966: Novos desafios. Comemorações dos 50 anos do CC*, pp. 111-137. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho.
- FERNANDES, L.A.C. (2012). *Direito das sucessões*, 4.^a Edição (revista e atualizada). Lisboa: Quid Juris.
- FORGEARD, M.C., CRÔNE, R. & GELOT, B. (2007). *Le nouveau droit des successions et des libéralités. Loi du 23 Juin 2006. Commentaire & formules*. Paris: Defrénois.
- LIMA, P. & VARELA, A. (1998). *Código Civil anotado*. vol. VI, 4.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- MARIANO, J.C. (2019). A sucessão legitimária: Um regime no limbo da inconstitucionalidade. In *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, vol. I, pp. 745-769. Coimbra: Almedina.
- MORAIS, D.S. (2018). Relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão do património entre as gerações. *Revista de Direito Comercial*. Retirado de <https://www.revistadedireitocomercial.com/a-relevancia-dos-pactos-sucessorios-renunciativos>.
- MOREAU, P. (dir.). (2018). *La réforme du droit des successions: Actes du XV colloque de l'Association "Famille & Droit"*. Col. "Famille & Droit". Bruxelas: Éditions LACIER.

- PARRA, M.A.L. (2009). Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. *Anuaria da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, pp. 481-554.
- PASSINHAS, S. (2017). *Propriedade e personalidade no direito civil português*. Coimbra: Almedina.
- PEDRO, R.T. (2018). Pactos sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do art. 1700.º, n.º 1, alínea c) do Código Civil. Análise do regime introduzido pela lei n.º 48/2018, de 14 de agosto. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 1-2, pp. 415-454.
- PEREIRA, M.M.S. & HENRIQUES, S. (2018). Pensando sobre os pactos sucessórios renunciativos pelo cônjuge – contributos para o projeto de lei n.º 781/XIII. *Revista JULGAR*. Retirado de: <http://julgar.pt/pensando-sobre-os-pactos-renunciativos-pelo-conjuge-contributos-para-o-projeto-de-lei-n-o-781xiii/>.
- PINHEIRO, J.D. (2017a). *Direito das sucessões contemporâneo*, 2.ª Edição, 2.ª reimpr. Lisboa: AAFDL Editora.
- PINHEIRO, J.D. (2017b). Atualidade e pertinência do Código Civil em matéria de família e sucessões. In Sequeira, E. V. & Sá, F. O. (coords.). *Edição comemorativa do cinquentenário do Código Civil*, pp. 579-592. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- PINTO, C.A.M. (2005). *Teoria geral do direito civil*, 4.ª Edição, 2.ª reimpr. (por A.P. Monteiro e P.M. Pinto). Coimbra: Coimbra Editora.
- PROENÇA, J.J.G. (2009). *Direito das sucessões*, 3.ª Edição (rev. e atualizada). Lisboa: Quid Juris.
- SONNEKUS, J.C. (2005). The new Dutch code on succession as evaluated through the eyes of a hybrid legal system. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)*, pp. 71-87.
- SOUSA, R.C. (2012). *Lições de Direito das Sucessões*. vol. I, 4.ª Edição renovada | Reimpr. Coimbra: Coimbra Editora.
- TAINMONT, F. (2018). La réserve héréditaire. In Moreau, P. (dir.). *La réforme du droit des successions: Actes du XV colloque de l'Association "Famille & Droit"*, Col. "Famille & Droit", pp. 213-275. Bruxelas: Éditions LACIER.
- TELLES, I.G. (2004). *Sucessão legítima e sucessão legitimária*. Coimbra: Coimbra Editora.
- XAVIER, R.L. (2011). O fundamento do direito das sucessões e o conceito de sucessão *mortis causa* no ensino do Professor Luís Carvalho Fernandes. In *Direito e Justiça – Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. III, pp. 261-272. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- XAVIER, R.L. (2016a). *Planeamento sucessório e transmissão do património à margem do direito das sucessões*. Porto: Universidade Católica Editora.
- XAVIER, R.L. (2016b). Notas para a renovação da sucessão legitimária no direito português. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, pp. 351-372. Coimbra: Almedina.
- XAVIER, R.L. (2017). Para quando a renovação do direito sucessório português? In Sequeira, E.V. & Sá, F.O. (coords.). *Edição comemorativa do cinquentenário do Código Civil*, pp. 593-614. Lisboa: Universidade Católica Editora.

XAVIER, R.L. & COUTINHO, P. (2020). Enquadramento constitucional do direito de propriedade privada e da transmissão *mortis causa* – abordagem contemporânea da sucessão na empresa familiar na perspetiva do interesse coletivo. In *Constitucionalismos e contemporaneidade – Estudos de homenagem ao Professor Doutor Manuel Afonso Vaz*, pp. 693-715. Porto: Universidade Católica Editora.

Gender mainstreaming na narrativa da
promoção da igualdade entre mulheres e homens

Uma questão de direitos humanos

Ana Sofia de Barros Cortez

Sob orientação da Professora
Doutora Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho

How can we affect change in the world when only half of it is invited? Or feel welcomed to participate in a conversation? Men, I would like to take this opportunity to extend your formal invitation. Gender equality is your issue too. Because to date, I have seen my father's role as a parent being valued less by society. Despite my needing his presence as a child as much as my mother's. I have seen young men suffering from mental illness, unable to ask for help for fear it would make them less of a man or less of a man. (...) I have seen men made fragile and insecure by distorted sense of what constitutes male success. Men do not have the benefits of equality either. We do not often talk about men being imprisoned by gender stereotypes, but I can see that they are. And that when they are free, things will change for women as a natural consequence. If men do not have to be aggressive in order to be accepted, women won't feel compelled to be submissive. If men do not have to control, women won't have to be controlled. Both men and women should feel free to be sensitive. Both men and women should feel free to be strong. It is time that we all perceived gender on a spectrum instead of two sets of opposing ideals.

Emma Watson (Nações Unidas, 2014)

Agradecimentos

A todos os professores que me ensinaram ao longo do meu percurso escolar e académico, desde o ensino básico, ao secundário e superior, pelas longas horas de paciência e dedicação,

À Universidade Católica do Porto, por ser espaço e exemplo de aprendizagem, de crescimento profissional e pessoal, desde 2015,

À minha orientadora, Doutora Catarina Botelho, pela excelência em tudo o que faz e pelo carinho e atenção com que me acompanhou, em especial, nos últimos meses,

Aos meus pais, Tita e Miguel, e avós, Alice e Zé António, por serem colo e chão, por me terem criado e apoiado,

Aos meus falecidos avós, Jorge e Ana Maria, pela saudade que sinto,

Aos meus irmãos, Migas e Nonó, por serem os amigos mais especiais,

Ao Diogo, por ser luz na minha vida,

Aos meus padrinhos, Paula e Manel, pela sua amizade e proteção,

À Zaida, também madrinha, por ser guardiã e companheira na minha fé,

À Sílvia, por ser abrigo desde 1997,

A todos os familiares e amigos que, pelo simples facto de existirem, me fazem feliz,

O meu sincero obrigada.

Resumo

A presente dissertação versa sobre o tema da estratégia de *gender mainstreaming* na sua relação com o princípio da igualdade de género. O primeiro capítulo, que corresponde à introdução, apresenta a igualdade como pilar fundamental da dignidade humana e princípio estruturante do Estado de Direito democrático, fazendo o respetivo enquadramento legal. O segundo capítulo aborda a questão da desigualdade de género, nomeadamente no que diz respeito ao trabalho e ao emprego. O terceiro capítulo incide sobre a sucessão e evolução de estratégias políticas para a igualdade de género. O quarto capítulo faz a contextualização das políticas públicas para a igualdade de género em Portugal, *maxime*, no âmbito laboral. Por último, as considerações finais refletem sobre as perspetivas positivas do *gender mainstreaming* e a sua importância na eliminação das barreiras à igualdade de género como uma questão de direitos humanos.

Palavras-chave: *gender mainstreaming*; princípio da igualdade e não discriminação; igualdade entre mulheres e homens; políticas públicas; trabalho e emprego; direitos fundamentais.

Abstract

This dissertation addresses the strategy of gender mainstreaming in relation to the principle of gender equality. The first chapter, which corresponds to the introduction, presents equality as a fundamental pillar of human dignity and a structuring principle of the democratic rule of law, while portraying the respective legal framework. The second chapter addresses the issue of gender inequality, particularly with regard to work and employment. The third chapter focuses on the succession and evolution of political strategies for gender equality. The fourth chapter provides a contextualization of public policies for gender equality in Portugal, *maxime*, in the labour context. Lastly, the final considerations reflect upon the positive perspectives of gender mainstreaming and its importance for the removal of barriers to gender equality as a human rights issue.

Keywords: gender mainstreaming; principle of equality and non-discrimination; equality between women and men; public policies; work and employment; fundamental rights.

Lista de siglas e abreviaturas

ACT	Autoridade para as Condições de Trabalho
AL	Autarquias Locais
Al.	Alínea
AP	Administração Pública
AR	Assembleia da República
Art./arts.	Artigo(s)
CCF	Comissão da Condição Feminina
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CE	Conselho da Europa
CEDAW	<i>Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women</i> (Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres)
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CES	Conselho Económico e Social
Cfr.	Confrontar
CIDM	Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres
CIG	Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género
CITE	Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego
Coord.	Coordenação
CPCS	Comissão Permanente de Concertação Social
CPT	Código de Processo do Trabalho
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSE(R)	Carta Social Europeia (Revista)
CT	Código do Trabalho
DDHC	Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão
DL	Decreto-Lei
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ECOSOC	Conselho Económico e Social das Nações Unidas
EIGE	Instituto Europeu para a Igualdade de Género
ENIND	Estratégia Nacional para a Igualdade e a Não Discriminação 2018-2030
<i>Et al.</i>	<i>Et alii</i>
Eurofound	Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida e de Trabalho
GEP-MTSSS	Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social
GM	<i>Gender mainstreaming</i>
IEFP	Instituto do Emprego e Formação Profissional

IRCT	Instrumento de Regulamentação Coletiva de Trabalho
LGTFP	Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas
MP	Ministério Público
N.º	Número
OCDE	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico
ODS	Objetivo(s) de Desenvolvimento Sustentável
OE	Orçamento de Estado
OI	Organização Internacional
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONG	Organização Não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
P./pp.	Página(s)
PE	Parlamento Europeu
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais
PMA	Procriação Medicamente Assistida
Ss.	Seguintes
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia
<i>V.g.</i>	<i>Verbi gratia</i>
Vol.	Volume
§	Parágrafo(s)

Notas prévias e advertências

Todas as ideias retiradas de bibliografia escrita na língua inglesa foram livremente traduzidas por nós, previamente à sua inclusão no texto.

Certos excertos citados em inglês não foram traduzidos, por se entender que assim se apresentam mais fiéis ao seu sentido original.

A elaboração das referências bibliográficas segue as normas APA (*American Psychological Association*), de forma coerentemente adaptada por nós.

Nas notas de rodapé, utilizou-se o sistema simplificado “autor, data, página”, sendo que as referências bibliográficas completas podem ser encontradas na lista final de bibliografia, juntamente com os sítios e data de consulta na internet (quando aplicável).

Índice

1. Notas introdutórias – o princípio da igualdade	9
2. O princípio da igualdade de género	12
2.1. A construção de um significado	12
2.2. A desconstrução de um significado	14
3. A estratégia do <i>gender mainstreaming</i>	17
3.1. Um conceito revolucionário	17
3.2. A sucessão de estratégias políticas	18
3.3. Desafios e possibilidades	20
4. Políticas públicas para a igualdade de género em Portugal	23
4.1. O compromisso com o <i>mainstreaming</i> de género	23
4.2. <i>Mainstreaming</i> de género no trabalho e no emprego	25
4.2.1. Promover a representação equilibrada na tomada de decisão e nos cargos dirigentes	26
4.2.2. Eliminar as disparidades de rendimentos entre mulheres e homens	27
4.2.3. Garantir a proteção na parentalidade e promover a conciliação entre a vida profissional, pessoal e familiar	28
4.2.4. Combater a violência de género e o assédio moral e sexual no trabalho	31
4.3. Órgãos que monitorizam a igualdade de género	32
5. Considerações finais	34
Referências bibliográficas	37
Publicações oficiais	40
Sítios consultados na internet	41

1. Notas introdutórias – o princípio da igualdade

A igualdade constitui um pilar fundamental da dignidade humana¹ e um princípio estruturante do Estado de Direito democrático². Sem dúvida, o princípio da igualdade foi uma conquista irrefragável das revoluções liberais e uma das insígnias da Revolução Francesa³. O constitucionalismo português teve, do mesmo modo e desde a sua origem, perceção de tal importância⁴.

O princípio da igualdade é, porventura, o de presença mais constante e antiga nos textos constitucionais, mas também é, em consequência dessa longevidade, o que tem experimentado uma evolução mais pronunciada e multifacetada⁵. Entre a igualdade perante a lei dos primeiros tempos e a atual admissibilidade de políticas intencionalmente diferenciadoras visando a produção de uma igualdade fáctica, há dois séculos de evolução e de controvérsias doutrinárias que refletem as transformações sofridas pelo Estado de Direito enquanto tipo histórico de Estado⁶.

Parte do nosso entendimento acerca do conteúdo atual do princípio da igualdade corresponde ao partilhado pelo iluminismo, que inspirou os primeiros textos das declarações de direitos. Na verdade, o princípio possui duas facetas essenciais: a exigência de que todas as pessoas sejam tratadas pelo direito de modo igual (igualdade como universalidade) e a exigência de que todas as pessoas sejam tratadas pelo direito, não de modo igual, mas como iguais (igualdade como diferença fundamentada ou razoável). Acontece que o primeiro constitucionalismo (aquele que determinava que a lei é igual para todos) não era, em geral, sensível à segunda faceta do princípio⁷.

Ora, enquanto o princípio da igualdade serviu, durante muito tempo, as aspirações jurídicas e filosóficas dos pensadores e ativistas sociais, a partir de certo momento, a igualdade, tal como estava plasmada nos textos da época, deixou a descoberto as suas

¹ A base constitucional do princípio da igualdade é a igual dignidade social de todos os cidadãos (um corolário da igual dignidade humana de todas as pessoas), cujo sentido imediato consiste na proclamação da idêntica validade cívica de todos. Canotilho e Moreira, 2007, p. 337.

² O princípio da igualdade é um virtual guardião dos restantes valores constitucionais. O postulado segundo o qual o Direito vale para todos faz parte do coração do Estado de Direito e da democracia. Amaral, 2004, pp. 37 e 46. A igualdade é um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global, conjugando dialeticamente as dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado de Direito. Canotilho e Moreira, 2007, pp. 336-337.

³ Raposo, 2004, p. 42. O princípio foi consagrado no art. 1.º da DDHC, 1789 (os homens nascem e são livres e iguais em direitos) e no art. 3.º da Constituição francesa, 1793 (todos os homens são iguais por natureza e perante a lei). Botelho, 2009, p. 134.

⁴ O art. 11.º das Bases da Constituição, aprovadas pelas Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa (1821), proclamou solenemente o princípio de que a lei é igual para todos, o qual se manteve ao longo de todo o constitucionalismo – art. 9.º da Constituição de 1822; art. 145.º, §12, da Carta Constitucional de 1826; art. 10.º da Constituição de 1838; art. 3.º, n.º 2 da Constituição de 1911; art. 5.º da Constituição de 1933. Miranda e Medeiros, 2017, p. 164. Cfr. Dray, 1999, pp. 52-56.

⁵ Novais, 2019, p. 67.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Amaral, 2004, pp. 38-39.

insuficiências. Se a lei for cega e tratar todos do mesmo modo, não terá em conta as especificidades de cada um⁸.

Num primeiro momento, no Estado liberal, o princípio significava, sobretudo, igualdade na aplicação da lei. Na visão do otimismo liberal oitocentista, o que se pretendia garantir era que a lei fosse aplicada a todos os seus destinatários por igual, sem distinguir em função da posição social, de títulos ou convicções⁹. Já no Estado social, desvaneceu-se a confiança nas garantias da generalidade e abstração da lei. Ainda que a lei conferisse os mesmos direitos e deveres a todos, não raras vezes, encobria ou era ela própria fonte das injustiças, já que, impedindo-se diferenciações justificadas pelas diferenças materiais (tratando exatamente da mesma forma aquilo que, à partida, era substancialmente distinto), a lei geral e abstrata legitimava, mantinha ou até aprofundava as situações de injustiça e desigualdade¹⁰.

Foi assim que as preocupações e anseios de igualdade (que até então se concentravam nos perigos de uma aplicação desigual da lei) se foram transferindo para o próprio plano da criação da lei e do seu conteúdo, no sentido de que também o legislador se deveria sujeitar materialmente ao comando constitucional da igualdade¹¹. A igualdade passou a ser entendida como igualdade material, traduzida na exigência de tratamento igual daquilo que é igual e tratamento desigual daquilo que é desigual. As exigências de igualdade não se limitam à igualdade jurídico-formal, na lei e na sua aplicação, mas projetam-se igualmente enquanto igualdade fáctica, no plano da igualdade de oportunidades. Assim, o legislador deverá compensar as desigualdades e repor ou criar as condições de uma verdadeira igualdade, e poderá fazê-lo mesmo sendo necessário introduzir fatores de compensação que, no imediato, se traduzam em tratamentos privilegiados (e não apenas diferenciados) em favor dos que, por força de discriminações sistematicamente sofridas ao longo dos tempos e dos preconceitos e inércia sociais, são vítimas de desvantagens tão profundamente enraizadas que não lhes permitem a obtenção de resultados iguais¹².

O princípio da igualdade encontra consagração constitucional no art. 13.º da CRP, ao estipular que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, além de que ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito

⁸ Raposo, 2004, p. 42.

⁹ Novais, 2019, p. 69.

¹⁰ *Idem*, p. 70. Sobre as críticas ao modelo formal da igualdade, ver Dray, 1999, pp. 57 e ss.

¹¹ Novais, 2019, p. 70. A descoberta desta outra dimensão da igualdade é do início do século XX. Antes, era praticamente impossível que se conhecesse a ideia de igualdade por outro modo que não fosse o da universalidade ou indiferenciação de estatutos. O princípio permanecia subsumido ao princípio da legalidade. A generalidade e abstração das normas, a sua vocação para a vigência intemporal e a sua capacidade para vincular as atuações concretas do juiz e da administração bastavam para cumprir a igualdade. A ideia de igual tratamento consumia-se pela neutralidade judiciária e imparcialidade administrativa. Amaral, 2004, pp. 39-40. No mesmo sentido, ver Botelho, 2009, p. 135. Atualmente, todas as funções estaduais estão vinculadas ao princípio da igualdade. Isto significa que o princípio constitui sempre uma determinante heterónoma da legislação, da administração e da jurisdição. Canotilho e Moreira, 2007, pp. 345 e ss.; Miranda e Medeiros, 2017, pp. 164-165.

¹² Novais, 2019, p. 71. Sobre a evolução do princípio, desde a perspetiva formal à material, cfr. Dray, 1999, pp. 89 e ss.; Dray, 2015, pp. 127-147.

ou isento de qualquer dever em razão de diversos fatores¹³. O art. 13.º é composto por duas normas: a primeira afirma a igualdade entre todas as pessoas, impondo o mesmo tratamento; a segunda veda qualquer diferenciação injustificada (isto é, qualquer discriminação¹⁴) entre elas. Enquanto o n.º 1 proclama genericamente a igualdade (princípio da igualdade *stricto sensu*), já o n.º 2 condena expressamente algumas discriminações concretas (princípio da não discriminação¹⁵)¹⁶.

O art. 13.º vai mais além de um mero entendimento formal da igualdade, passando pela igualdade material, e até pela admissibilidade de medidas de discriminação positiva¹⁷. Acresce que, ao longo do discurso constitucional, palavras e expressões como “igual”, “iguais direitos” ou “condições de igualdade” aparecem várias vezes¹⁸.

Ao determinar a igualdade dos cidadãos perante a lei, a CRP acolhe a versão historicamente adquirida da fórmula clássica do princípio. Não obstante, o alcance da proteção constitucional tem vindo a enriquecer-se e a alargar-se. O seu âmbito de proteção abrange, na ordem constitucional portuguesa, as seguintes dimensões: proibição do arbítrio¹⁹, sendo inadmissíveis, quer diferenciações de tratamento sem qualquer justificação razoável, quer a identidade de tratamento para situações manifestamente desiguais; proibição de discriminação, não sendo legítimas quaisquer diferenciações de tratamento entre os cidadãos baseadas em categorias meramente subjetivas; obrigação de diferenciação²⁰, como forma de compensar a desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação ou atenuação de

¹³ É ponto assente que este elenco de categorias suspeitas é meramente exemplificativo. Neste sentido: Botelho, 2009, pp. 156-157; Miranda e Medeiros, 2017, p. 172; Canotilho e Moreira, 2007, p. 340; Dray, 1999, p. 108.

¹⁴ Discriminar significa estabelecer diferenças entre as pessoas com fundamento num pré-juízo sobre aquilo que as distingue e as características que formam a sua identidade. Amaral, 2004, p. 41. A discriminação é o comportamento ou convicção, assente em preconceitos infundados e inconscientes, que se revela em distinções, restrições, exclusões ou preferências, fundadas numa qualquer marca distintiva, que tenha por objetivo ou efeito a destruição ou o comprometimento do reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos em condições de igualdade. Raposo, 2004, p. 45.

¹⁵ O princípio da não discriminação permite tornar operativo o princípio da igualdade, de conteúdo fortemente abrangente e indeterminado. Não obstante, ele não possui uma real autonomia dogmática. A doutrina tende a dividir-se entre a consideração da não discriminação como mera dimensão negativa da igualdade ou como princípio com um certo grau de autonomia. Canotilho, 2011, pp. 102-103. Para uns, a igualdade é um princípio mais rico e abundante do que o princípio da não discriminação, que não passa de um seu corolário. Raposo, 2004, p. 45. Para outros, falar do princípio da igualdade envolve, necessariamente, a abordagem do princípio da não discriminação, que surge inevitavelmente como sua concretização ou reflexo. Dray, 1999, p. 97.

¹⁶ Raposo, 2004, pp. 56-57.

¹⁷ *Idem*, p. 57. O art. 13.º consubstancia a clássica proclamação da igualdade formal perante a lei, sem, contudo, pretender focar-se numa mera igualdade formal e reafirmando a dimensão material. Aqui reside o cerne da igualdade, plasmado como propósito constitucional no art. 9.º, al. d), que incumbe o Estado de promover a igualdade real dos portugueses. Botelho, 2009, p. 140.

¹⁸ Amaral, 2004, p. 35. Ao lado do princípio geral da igualdade, a CRP reconhece e garante um grande número de específicos direitos fundamentais de igualdade, *v.g.* arts. 9.º, d), h); 10.º, n.º 1; 26.º, n.º 1; 36.º, n.º 1, n.º 3, n.º 4; 47.º; 48.º; 50.º; 58.º, n.º 2, b); 109.º; 113.º, n.º 3, b).

¹⁹ Constitui um limite externo da liberdade de conformação e decisão dos poderes públicos, servindo o princípio da igualdade como princípio negativo de controlo. Canotilho e Moreira, 2007, pp. 339-340.

²⁰ Não se impede a diferenciação de tratamento, mas apenas as discriminações arbitrárias e irrazoáveis, que não tenham fundamento bastante. Canotilho e Moreira, 2007, p. 341. Enquanto o princípio da igualdade acentua aquilo que aproxima e assemelha as pessoas, o princípio da não discriminação vem sublinhar o que as distingue, afirmando que, não obstante essas diferenças, são todos titulares da mesma dignidade. O princípio da não discriminação proíbe discriminações, mas não diferenciações. A discriminação não se confunde com a diferenciação ou o tratamento desigual, fundado em motivos razoáveis, legítimos, justos e constitucionalmente fundamentados. Raposo, 2004, pp. 47-48.

desigualdades fácticas de natureza social, económica e cultural, a fim de se assegurar uma igualdade jurídico-material²¹.

Em termos de enquadramento jurídico internacional e europeu, o princípio da igualdade encontra consagração nas seguintes normas: arts. 2.º e 7.º da DUDH; 2.º, n.º 1, 3.º e 26.º do PIDCP; 2.º, n.º 2 e 3.º do PIDESC; 14.º da CEDH; 20.º da CSER; 2.º do TUE; 20.º, 21.º e 23.º da CDFUE²².

2. O princípio da igualdade de género

2.1. A construção de um significado

Preliminarmente, cumpre fixar alguns esclarecimentos terminológicos quanto às expressões “sexo” e “género”. Do ponto de vista concetual, é relevante determinar o que as distingue, dado que a discriminação dita em razão do sexo acontece, na maior parte dos casos (exceto naqueles em que o tratamento diferenciado se deve à gravidez, puerpério e amamentação), em razão do género²³.

Desde os anos 60 e 70, sexólogos e psiquiatras têm desenvolvido a ideia de que sexo e género constituem categorias distintas – sexo reporta-se às características físicas determinadas pelas condicionantes anatómicas e biológicas, enquanto que género se relaciona com o desenvolvimento psicológico ou cultural, criado pela identidade de género e papéis de género. A dicotomia sexo/género foi apropriada pelas várias teorias feministas para, no fundo, afirmar que o corpo feminino não determinava as aspirações e os papéis das mulheres na sociedade e que as diferenças psicológicas e comportamentais entre mulher e homem eram moldadas pelas práticas e expectativas sociais e culturais. Assim, ao contrário do sexo que era imutável, o género seria socialmente construído²⁴.

Sendo o género definido relativamente aos significados sociais atribuídos às diferenças biológicas existentes entre os sexos, o mesmo constitui uma construção ideológica e cultural que afeta a distribuição dos recursos, da riqueza, do trabalho, da tomada de decisão e do poder político, e o gozo dos direitos na família e na vida privada e pública. Apesar das variações existentes entre culturas e ao longo do tempo, as relações de género caracterizam-se por uma partilha assimétrica do poder como um traço persistente²⁵.

²¹ Acerca das três dimensões no controlo do respeito pelo princípio da igualdade, cfr. Canotilho e Moreira, 2007, pp. 339 e ss.; Miranda e Medeiros, 2017, pp. 167 e ss.

²² Sobre a não discriminação no seio do CE e UE, Lopes, 2011; Canotilho, 2011.

²³ Rouxinol, 2020, pp. 545-546.

²⁴ Gomes, 2020, pp. 249-250. Cfr. Rouxinol, 2020, pp. 547-548; Mestre, 2020, p. 92; Conselho da Europa, 1998, p. 7.

²⁵ Rêgo, 2019, p. 19.

Por este motivo, a igualdade de género significa uma igual visibilidade, empoderamento e participação de ambos os sexos em todas as esferas da vida na sociedade. É importante compreender que as condições de vida dos homens e das mulheres são muito distintas (até certo ponto, graças à função reprodutora das mulheres), sendo que a questão principal não diz respeito à mera existência dessas diferenças, mas ao facto de que aquelas não devem ter um impacto negativo em ambos, nem fundar qualquer discriminação²⁶.

A igualdade de género é um princípio fundamental do atual ordenamento jurídico, integrando o direito pleno à cidadania e representando um real critério democrático. Uma política para a igualdade de tratamento e de oportunidades entre mulheres e homens pretende neutralizar e ultrapassar as barreiras, visíveis e invisíveis, que existem ou poderão surgir no acesso, em condições de igualdade, à participação económica, política e social²⁷.

As bases de uma política para a igualdade de género são ancoradas diretamente no texto constitucional. Além do art. 13.º da CRP, destaca-se o art. 9.º, h)²⁸, que estabelece como tarefa fundamental do Estado promover a igualdade entre mulheres e homens, tarefa reforçada pelo art. 58.º, n.º 2, b) – relativo à promoção da igualdade de oportunidades no direito ao trabalho – e pelo art. 59.º (*vide* art. 47.º). Por seu turno, o art. 36.º, n.º 3 menciona a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Prevê-se a igualdade de participação na vida pública (art. 48.º) e o igual direito de sufrágio (art. 49.º). Encontram-se também específicos direitos com implicações em sede de igualdade de género nos arts. 67.º (família) e 68.º (paternidade e maternidade)²⁹.

Não pode deixar de se salientar o art. 109.º, na sua versão revista de 1997, o qual prevê que a participação direta e ativa de mulheres e homens na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático, devendo a lei promover a igualdade no exercício dos direitos cívicos e políticos e a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos políticos³⁰. Neste sentido, não existem dúvidas de que a igualdade de estatuto (jurídico e social) é reclamada pela CRP e deve ser concretizada pelo legislador ordinário.

²⁶ Conselho da Europa, 1998, p. 7.

²⁷ Neto, 2009, p. 162.

²⁸ A al. h) foi acrescentada pela revisão constitucional de 1997. A inserção desta norma-tarefa em sede de princípios fundamentais significa que a igualdade entre mulheres e homens não é uma simples refração do princípio da igualdade, nem se limita a aspetos específicos da mesma. A consagração no Tratado de Amesterdão, como princípio e objetivo de ação da Comunidade Europeia, influenciou a sua posituação no texto constitucional português. Esta norma constitui um limite à atuação dos poderes públicos, impondo a eliminação de desigualdades formais e substanciais através de um empenho explícito e ativo na sua promoção. Canotilho e Moreira, 2007, p. 281. Aquela promoção traduz-s, não apenas na proibição de discriminações, como em discriminações positivas. Miranda e Medeiros, 2017, p. 145.

²⁹ Neto, 2009, p. 170.

³⁰ Neto, 2009, p. 173.

2.2. A desconstrução de um significado

Em Portugal, desde o início do século XX, as condições de igual visibilidade e participação das mulheres têm vindo a evoluir em sentido positivo. Progressivamente (em particular, a partir de 1974, com a revolução e a transição para a democracia), foram sendo eliminados os obstáculos aos direitos da mulher: no seio da família (no que diz respeito ao casamento e divórcio; aos filhos e bens; ao desaparecimento da figura do chefe de família e do poder marital; à necessidade de consentimento do marido para várias atividades); relativamente ao sufrágio (capacidade eleitoral plena); quanto à escolaridade ou estudos superiores, além do acesso a variadas carreiras (tais como cargos políticos, diplomáticos, magistrados); no que diz respeito à igualdade de condições no trabalho (remuneração e proteção na maternidade)³¹. Pelo exposto, entende-se que o direito

Subjuga e liberta, confina e abre horizontes, cria identidades e destrói-as.
Não haverá talvez zona do seu discurso em que seja isto mais verdade do que a da formação de relações sociais de género, ou seja, a produção normativa de hierarquias e propriedades nas posições e competências relativas de homens e mulheres³².

Verifica-se que o direito teve, historicamente, um papel na criação de uma hierarquia entre mulheres e homens. Consequentemente, o mesmo poderá auxiliar na sua desconstrução, não só proibindo tratamentos discriminatórios inferiorizantes, mas sobretudo obrigando as devidas instâncias a tomar medidas que contrariem a real situação de desigualdade³³.

Disposições legais expressamente discriminatórias, como as que existiram na lei portuguesa até 1974, são contrárias ao respeito pela dignidade das mulheres. Acresce que o efeito a longo prazo destas normas subsiste, muitas vezes, depois da sua revogação formal, dado que aquelas não se limitam a refletir uma forma de pensar socialmente dominante, antes, com frequência, a condicionam ou ajudam a condicionar³⁴. Com efeito, as políticas e estruturas desempenham um papel muito importante na formação das condições de vida e, ao fazê-lo, frequentemente institucionalizam a manutenção e reprodução da construção social do género³⁵.

Em particular, o emprego feminino³⁶ caracteriza-se por “tensões, estagnações e regressões que nas sociedades contemporâneas não parecem ter terminado”³⁷. Apesar da tendência para uma crescente participação das mulheres no mercado de trabalho e das

³¹ Para uma evolução detalhada, cfr. Neto, 2009, pp. 167-170.

³² Beleza, 2000, pp. 35-36.

³³ *Idem*, p. 38.

³⁴ *Idem*, pp. 48-49.

³⁵ Conselho da Europa, 1998, pp. 7-8.

³⁶ Não se pretende apresentar um estudo sociológico detalhado, somente dar conta dos principais factos que atestam a desigualdade de género no trabalho e no emprego. Todos os dados aqui sumariamente abordados podem ser consultados na sua forma completa nas respetivas referências bibliográficas.

³⁷ Rebelo, 2002, p. 16.

conquistas em termos de igualdade de tratamento e de oportunidades, continua a verificar-se a persistência de assimetrias significativas, sobretudo no que respeita à estrutura salarial, à progressão na carreira, ao acesso a cargos de chefia e participação na tomada de decisão, à segregação em determinadas profissões, e às dificuldades na conciliação entre o trabalho e as responsabilidades familiares³⁸.

Em Portugal, desde os anos 70, assistiu-se a um forte crescimento da população ativa feminina, o que significa que o número de mulheres a exercer uma atividade laboral subiu de forma acentuada³⁹. Não obstante, o carácter recente da entrada das mulheres no mercado de trabalho, sendo certo que a maioria continuou a assumir, em termos quase exclusivos, os encargos ligados à vida familiar e ao cuidado dos filhos, contribuiu para reforçar uma desigualdade de facto entre os dois sexos, acentuando a identificação do trabalho feminino com o maior custo de mão de obra, a maior taxa de absentismo, a menor mobilidade nas deslocações territoriais, uma menor possibilidade de realizar trabalho por turnos e suplementar, e uma menor disponibilidade em geral motivada pelas atividades domésticas e familiares⁴⁰.

Atualmente, Portugal destaca-se no contexto da UE por apresentar uma taxa de emprego feminino acima da média europeia⁴¹. De qualquer modo, a taxa de emprego dos homens continua a ser superior à das mulheres em todas as regiões do país – em 2019, a taxa de emprego dos homens foi de 60,7% e a das mulheres foi de 50,9%; e a taxa de desemprego das mulheres mantém-se superior à dos homens – em 2019, existiam mais 31,3 mil mulheres do que homens em situação de desemprego⁴².

Ademais, mantém-se uma segmentação vertical e horizontal no mercado de trabalho português em função do género, isto é, as mulheres continuam a ter dificuldades em aceder a posições de poder e de chefia, além de existirem setores de atividade em que estão sub-representadas e outros em que estão sobrerrepresentadas⁴³.

Uma das questões problemáticas é a subsistência das diferenças assinaláveis entre mulheres e homens no que toca à média de horas semanais despendidas a cuidar da casa e da família. Os homens continuam a contribuir bastante menos em todos os países

³⁸ Amaro e Moura, 2008, p. 19.

³⁹ Rebelo, 2002, p. 18. Grande parte da explicação para este movimento crescente de participação das mulheres no mercado de trabalho português prende-se com o significativo aumento das qualificações e a procura progressiva dos estudos superiores. Em Portugal, após várias décadas de predomínio masculino nos diversos níveis escolares, as mulheres são presentemente mais numerosas em quase todos os graus de ensino. *Idem*, p. 19. Cfr. XXII Governo Constitucional, 2019, p. 15 (Figura 2. Taxa de feminização por nível/ciclo de estudos).

⁴⁰ Carvalho, 2001, p. 148.

⁴¹ Em 2020: média da UE – 66.8; Portugal – 71.9 (Fonte: Eurostat).

⁴² XXII Governo Constitucional, 2019, pp. 27 e ss. Cfr. Dray, 2016, pp. 69 e ss.

⁴³ Torres, 2018, p. 52; Rebelo, 2002, p. 19; Eurofound, 2020, pp. 14 e ss. Cfr. XXII Governo Constitucional, 2019, pp. 36 (Tabela 18. População empregada no grupo profissional dos representantes do poder legislativo e de órgãos executivos), 37 (Figura 14. Variação do emprego por atividade económica e por sexo), 67 (Figura 26. Taxa de feminização do emprego nas administrações públicas por cargo/carreira/grupo), e 69 (Figura 27. Taxa de feminização do emprego no grupo dos representantes do poder legislativo e de órgãos executivos das administrações públicas).

europeus⁴⁴. Por este motivo, o nascimento de uma criança confronta as mulheres (muito mais do que os homens) com a necessidade de conciliar o tempo de trabalho e o tempo familiar, por vezes em detrimento das perspetivas profissionais⁴⁵.

É também notório que a disparidade salarial entre mulheres e homens é uma das lacunas persistentes. As mulheres obtêm salários sistematicamente inferiores aos homens em todas as idades. No nosso país, as mulheres jovens (até aos 29 anos) têm um salário médio por hora de 5,8€ enquanto os homens auferem 6,1€. Já entre os 30 e os 49 anos, as mulheres portuguesas recebem em média 10,3€ por hora, enquanto os homens auferem 11,6€. Finalmente, na fase tardia da vida ativa (dos 50 aos 65 anos), as mulheres portuguesas ganham em média 9,9€ por hora, enquanto os homens recebem 12,9€⁴⁶. As diferenças ultrapassam os 600€ brutos mensais no grupo dos representantes do poder legislativo e de órgãos executivos, bem como dirigentes e gestores executivos⁴⁷. Em Portugal, em 2018, a disparidade salarial entre mulheres e homens era de 14,4%, no que se refere à remuneração base (148,9€/mês que as mulheres auferem menos que os homens) e, em relação ao ganho, a disparidade era de 17,8% (traduz uma perda média de 225,5 €/mês para as mulheres em relação aos homens)⁴⁸. A disparidade salarial acentua-se à medida que aumenta o nível de qualificação profissional e de escolaridade dos trabalhadores⁴⁹. No que respeita aos trabalhadores titulares de salários mais elevados, em 2018, as mulheres continuam a estar claramente sub-representadas⁵⁰.

Como se verá adiante, embora exista uma panóplia alargada de instrumentos e normas (nacionais e internacionais) que se propõem a caminhar no sentido da igualdade de género, e apesar dos progressos já alcançados, parecem existir ainda um número de bloqueios que impedem uma concretização mais plena do princípio. O que verdadeiramente impede uma passagem da teoria à prática, que contrarie o perigo de termos direitos plasmados e traduzidos em meras inscrições vazias, reside nos métodos usados para promover a igualdade de género.

⁴⁴ Torres, 2018, pp. 36-38. Em todas as idades existe uma forte feminização do trabalho não pago, com sobrecarga das mulheres. Em Portugal, as mulheres trabalhadoras entre os 15 e os 49 anos dedicam em média o dobro das horas dos homens ao trabalho doméstico e a cuidar da família. *Idem*, p. 59. No mesmo sentido: Eurofound, 2020, p. 43; Comissão Europeia, 2019b, p. 9.

⁴⁵ Rebelo, 2002, p. 21.

⁴⁶ Torres, 2018, p. 21.

⁴⁷ *Idem*, p. 58.

⁴⁸ XXII Governo Constitucional, 2019, p. 41. Em 2020, o Dia Nacional da Igualdade Salarial assinalou-se a 10 de novembro – a partir desse dia, e até ao final do ano, as mulheres em Portugal trabalharam sem receber (virtualmente), o que traduz uma diferença remuneratória de 52 dias de trabalho.

⁴⁹ *Idem*, pp. 42-43 (Tabela e Figura 19. Remuneração média mensal base e ganho por sexo e disparidade salarial entre homens e mulheres), 44 (Figura 20. Disparidade entre as remunerações de homens e mulheres por nível de qualificação), e 45 (Figura 21. Disparidade entre as remunerações de homens e mulheres por nível de habilitação escolar).

⁵⁰ *Idem*, p. 47; Rebelo, 2002, p. 22.

Neste ensejo,

Equality policy should ensure that a gender perspective is integrated into all policy areas and that the whole of society is involved in promoting equality. As imbalances between women and men continue to influence all walks of life, it is becoming increasingly clear that new approaches, new strategies and new methods are needed to reach the goal of gender equality⁵¹.

3. A estratégia do *gender mainstreaming*⁵²

3.1. Um conceito revolucionário

O *gender mainstreaming* (doravante abreviado *GM*) surgiu pela primeira vez nos textos internacionais após a III Conferência da ONU sobre a Mulher (Nairobi, 1985), quando a Comissão do Estatuto das Mulheres instou todos os órgãos do sistema da OI a formular e pôr em prática uma política abrangente sobre a igualdade das mulheres e a incorporá-la nos seus planos, declarações, objetivos e programas. Na IV Conferência da ONU sobre a Mulher (Pequim, 1995), a estratégia do *GM* foi explicitamente aprovada pela Plataforma de Ação⁵³.

A ONU optou por uma definição bastante completa:

Mainstreaming a gender perspective is the process of assessing the implications for women and men of any planned action, including legislation, policies or programs, in all areas and at all levels. It is a strategy for making women's as well as men's concerns and experiences an integral dimension of the design, implementation, monitoring and evaluation of policies and programs in all political, economic and societal spheres so that women and men benefit equally and inequality is not perpetuated. The ultimate goal is to achieve gender equality⁵⁴.

No mesmo sentido, e no âmbito das diferentes organizações intergovernamentais europeias, o conceito começou a ser promovido. A Comissão Europeia adotou uma comunicação sobre a matéria, em 1996, declarando oficialmente o seu empenho na estratégia,

⁵¹ Conselho da Europa, 1998, p. 12.

⁵² Nesta análise, será utilizado o termo original (em inglês), uma vez que a expressão não é facilmente traduzida para outras línguas e perde significado com as mesmas. Em português, poderá aceitar-se a tradução como incorporação ou integração de uma perspectiva de (igualdade de) género, ou até (com uma mistura entre as duas línguas) *mainstreaming* de género. O termo *mainstream* diz respeito à corrente ou tendência dominante, em vigor, do momento. Por seu turno, o termo *mainstreaming* refere-se à generalização. Portanto, está em causa a integração do género (como conceito, questão, problema) na sociedade em geral e nas suas políticas comuns. Cfr. <https://www.linguee.pt/> e <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/>. No mesmo sentido: a definição de *mainstream* corresponde às ideias, atitudes ou atividades consideradas normais ou convencionais; a tendência dominante na opinião, na moda ou nas artes. Charlesworth, 2005, p. 18.

⁵³ Conselho da Europa, 1998, pp. 12-13.

⁵⁴ ECOSOC, 1997.

comprometendo-se a mobilizar todas as políticas comunitárias no sentido de alcançar a igualdade de género⁵⁵. Por seu turno, o CE juntou um grupo de especialistas, o qual preparou uma recomendação sobre o enquadramento concetual e a metodologia do *GM*, em 1998. O mesmo grupo acordou na seguinte definição:

Gender mainstreaming is the (re)organisation, improvement, development and evaluation of policy processes, so that a gender equality perspective is incorporated in all policies at all levels and at all stages, by the actors normally involved in policy-making⁵⁶.

Daqui se retira que se pretende a integração de uma dimensão ou perspetiva de igualdade de género em todas as políticas⁵⁷ e todas as fases⁵⁸, a qual acarreta implicações funcionais e estruturais – a reorganização, o aperfeiçoamento, o desenvolvimento e a avaliação dos processos políticos, tendo em conta o impacto que terão na vida de homens e mulheres⁵⁹. Portanto, o *GM* é também um processo técnico, que faz uso de diferentes métodos e ferramentas⁶⁰. Acima de tudo, a estratégia envolve novas formas de criar e abordar as políticas comuns, além de alterações na cultura organizacional e/ou institucional que conduzam a mudanças nas estruturas sociais⁶¹.

São inúmeros os exemplos de intervenção adequados a uma estratégia de *mainstreaming*, podendo dizer-se que mesmo uma enunciação esquemática se apresenta como “uma tarefa digna de Ciclópede ou Hércules”⁶².

O *GM* conceptualiza a mudança nos processos como uma etapa crítica em direção às mudanças nos resultados. A sua aplicação envolve integrar as questões de género em todas as atividades financiadas e executadas pelo Estado e difundir a responsabilidade pelo *GM* a um amplo conjunto de atores, tornando-se assim uma preocupação rotineira de todos os ministérios⁶³. A ideia é que as questões de género sejam consideradas nas atividades institucionais ditas normais, centrais ou convencionais, não sendo deixadas à margem, a cargo

⁵⁵ Comissão Europeia, 1996.

⁵⁶ Conselho da Europa, 1998, p. 15.

⁵⁷ Cfr. *Idem*, pp. 27-28.

⁵⁸ Fase de preparação e planeamento, decisão, implementação e avaliação. *Idem*, pp. 26-27. Para consultar o ciclo e etapas do *GM* em detalhe, vide EIGE, 2016, pp. 7-10.

⁵⁹ Internalizar a igualdade de género nas políticas públicas correntes significa que os governos e os outros atores devem promover uma política ativa e visível com vista a integrar uma preocupação pela igualdade em todas as políticas e programas, nomeadamente analisando as consequências que delas resultam para mulheres e homens, antes de qualquer tomada de decisão. Silva, 2000, p. 45.

⁶⁰ Para mais esclarecimentos sobre estes aspetos técnicos, cfr. Conselho da Europa, 1998, pp. 29-35.

⁶¹ O elemento essencial nesta definição é a ênfase na mudança dos processos políticos. O pressuposto subjacente é que a maioria das políticas constitui um elemento importante na construção de instituições sociais baseadas no género e na reconstrução contínua da desigualdade. O *GM* envolve uma reorganização dos processos porque estes são frequentemente cegos ou preconceituosos quanto ao género. Verloo, 2001, pp. 2-3.

⁶² V.g. Instauração de políticas de quotas, elaboração de planos globais de igualdade, reorganização dos organismos de poder central e local (constituição de comissões interministeriais, designação de conselheiros para a igualdade, criação ou reforço de mecanismos para a igualdade), desenvolvimento de modelos e indicadores de acompanhamento da implementação das políticas, ações de sensibilização da opinião pública e de formação de públicos estratégicos (edição de guíões de avaliação e manuais de boas práticas). Ferreira, 2000, p. 31.

⁶³ True, 2014, p. 230.

de órgãos ou estruturas especializadas⁶⁴. Neste sentido, “o *mainstreaming* não é, todavia, outra coisa senão uma forma de reformismo estatal, uma estratégia em que o Estado procura reformar-se a si próprio”⁶⁵.

3.2. A sucessão de estratégias políticas

Sem dúvida, o *GM* é visto como uma tentativa de inovação nas políticas de igualdade de género, de superar as limitações das estratégias anteriores. Inicialmente, havia um entendimento comum de que seria uma estratégia nova, mais promissora, transformadora e até revolucionária⁶⁶. De facto, verifica-se uma combinação cada vez mais complexa de abordagens para combater a desigualdade de género. Atualmente, existem três modelos, que, na prática, são indissociáveis: a igualdade de tratamento, a ação positiva e o *GM*⁶⁷.

O primeiro modelo, a igualdade de tratamento, diz respeito às medidas introduzidas na década de 70, fundadas na ideia de que as mulheres não deveriam ser discriminadas relativamente aos homens. A igualdade de tratamento concentrou-se em criar iguais oportunidades e corrigir as desigualdades existentes na lei, de modo a que os cidadãos fossem formalmente iguais⁶⁸.

O segundo modelo, a ação positiva, teve lugar durante a década de 80 e acrescentou uma dimensão substantiva ou material. Com efeito, o seu ponto de partida são as políticas de igualdade de género específicas, baseadas no reconhecimento de que nem sempre a igualdade formal promove uma igualdade real. A ação ou a discriminação positiva agem, portanto, no sentido de um tratamento preferencial das mulheres como grupo desfavorecido, em ordem a retificar a sua experiência anterior de discriminação, que se tornou institucionalizada⁶⁹.

O *GM*, por sua vez, foi apresentado na década de 90 como um modelo que desvia a atenção para os sistemas e processos que geram tais desigualdades. Visa neutralizar ativamente o preconceito de género e utilizar a arena democrática para promover a igualdade, abordando os próprios processos políticos e as práticas institucionalizadas que reproduzem a desigualdade. Graças a esse foco estrutural, aparenta ter um maior potencial para um impacto sério do que as restantes estratégias⁷⁰.

⁶⁴ Charlesworth, 2005, p. 1.

⁶⁵ Ferreira, 2000, p. 17.

⁶⁶ Verloo, 2001, p. 1. Com efeito, o *GM* reflete o culminar da conceptualização contemporânea e da experiência prática de estratégias para promover a igualdade de género. Booth e Bennett, 2002, p. 435.

⁶⁷ Daly, 2005, p. 437. Outros autores atestam a existência das três abordagens: Verloo, 2001, p. 3; Booth e Bennett, 2002, p. 433; Pollack e Hafner-Burton, 2011, p. 433.

⁶⁸ Daly, 2005, p. 437; Verloo, 2001, p. 3; Booth e Bennett, 2002, p. 434; Silva, 2000, p. 46; Álvares *et al.*, 2020, pp. 13-14.

⁶⁹ Daly, 2005, pp. 437-438; Verloo, 2001, p. 3; Pollack e Hafner-Burton, 2011, p. 433; Booth e Bennett, 2002, pp. 433-434; Álvares *et al.*, 2020, p. 14; Silva, 2000, p. 46. As ações positivas são disposições transitórias que procuram remediar discriminações tanto praticadas no passado como a praticar no futuro, com a finalidade de repor a igualdade de condições de partida para as categoriais sociais sub-representadas. Ferreira, 2000, p. 16.

⁷⁰ Daly, 2005, p. 438; Verloo, 2001, p. 3; Álvares *et al.*, 2020, p. 14.

Repare-se que o *GM* não pode substituir ou tornar redundantes as políticas e aparelhos específicos para a igualdade de género, devendo antes complementá-los: “Mainstreaming and specific equality policy are not only dual and complementary strategies, they form a ‘twin track’ strategy”⁷¹.

Para a implementação do *GM* requer-se um conjunto de pré-requisitos ou condições facilitadoras⁷². Destaca-se, em primeiro lugar, a vontade política de questionar as atuais relações de género e estruturas, processos e políticas que perpetuam a desigualdade. O Estado deverá definir a igualdade de género como um dos seus principais objetivos, incluindo o *GM* na agenda. Em segundo lugar, é necessário que existam políticas específicas para a igualdade de género em prática⁷³. Em terceiro lugar, o *GM* requer estudos empíricos acerca da situação atual de homens e mulheres, e das atuais relações de género, exigindo-se ainda que exista uma base abrangente de conhecimento à disposição do legislador, o que implica o investimento em investigação nos estudos de género. Em quarto lugar, é necessário que a AP conheça todos os aspetos do processo político (atores responsáveis e envolvidos, além dos passos adotados). Em quinto lugar, é imperativo que existam recursos humanos e meios financeiros. Por último, é absolutamente essencial a participação das mulheres na vida pública e política e nos processos de decisão em número mais expressivo⁷⁴.

Um dos aspetos mais característicos do *GM* é o alargamento dos participantes envolvidos⁷⁵ – ele implica todos os atores envolvidos no desenho, implementação e avaliação de políticas públicas, além de muitos outros. São eles os políticos, a administração, os aparelhos para a igualdade de género, os investigadores e especialistas, as ONG, os meios de comunicação, e as instituições supranacionais e internacionais.

3.3. Desafios e possibilidades

Desde cedo, foi reconhecido mérito ao *GM*⁷⁶. Apesar de ser um conceito essencialmente técnico, conseguiu uma aceitação relativamente ampla num curto espaço de tempo. Atualmente, a expressão é utilizada de forma bastante confortável nos círculos políticos. O

⁷¹ Conselho da Europa, 1998, pp. 16-17; Verloo, 2001, p. 6; Booth e Bennett, 2002, p. 442; Charlesworth, 2005, p. 4; EIGE, 2016, p. 12.

⁷² Cfr. Conselho da Europa, 1998, pp. 23-25; EIGE, 2016, p. 7; Silva, 2000, pp. 48 e ss.

⁷³ Isto é, legislação para a igualdade de oportunidades e antidiscriminação; provedores ou comissões/conselhos para fiscalização; um aparelho nacional para exercer influência na política a todos os níveis; políticas e ações para endereçar interesses específicos de homens e mulheres; a existência de divisões ou grupos dentro de cada ministério; investigação e formação nestas questões; consciencialização sobre a igualdade de género. Conselho da Europa, 1998, p. 24.

⁷⁴ Caglar, 2013, p. 341; True, 2014, p. 238; Charlesworth, 2005, p. 4. A questão da representação das mulheres na formulação de políticas comporta uma das dimensões caracterizadoras do *GM*, juntamente com a integração de uma perspectiva de género no conteúdo das diferentes políticas. EIGE, 2016, p. 6.

⁷⁵ A necessidade de alargar a responsabilidade pela igualdade de género a inúmeros atores torna o *GM* extraordinariamente exigente. Pollack e Hafner-Burton, 2011, p. 434.

⁷⁶ O conceito de igualdade saiu reforçado do encontro de Pequim e a adoção do *GM* tem sido encarada como uma das suas vitórias. Silva, 2000, p. 45; Álvares *et al.*, 2020, p. 16.

vocabulário encontra-se onnipresente na arena internacional, tendo sido endossado pelas várias OI e supranacionais, além de ser regularmente adotado a nível nacional⁷⁷.

O *GM* foi considerado um processo de revisão de conceitos-chave que permite compreender mais adequadamente o mundo com a dimensão de género, ao invés do estabelecimento de uma teoria separatista que privilegie apenas um dos sexos. Por esse motivo, o *GM* também é apresentado como o melhor método para transformar as relações de género. Não apenas as mulheres têm a ganhar, mas a noção de transformação almeja uma mudança fundamental nas relações humanas, benéfica para as mulheres e, em última análise, também para os homens. Efetivamente, o foco não está nas mulheres, mas no género (o que inclui ambos os sexos e as respetivas desigualdades que enfrentam)⁷⁸.

Por conseguinte, o *GM* torna possível desafiar o carácter estrutural da desigualdade de género. A transversalização destas questões e o envolvimento de mais e novos atores na construção de uma sociedade equilibrada permite que o processo de transformação das relações de género possa ser acelerado e fortalecido⁷⁹. Na verdade, saber até que ponto o *GM* pode ser transformador é uma questão crítica. A promessa de mudança tem sido acompanhada do monitoramento da sua concretização prática⁸⁰. É ainda notória a velocidade e eficiência com que a Comissão Europeia o conseguiu introduzir num amplo conjunto de áreas temáticas. A evidência preliminar na UE sugere que a introdução gradual de uma perspetiva de género nas políticas existentes tem o potencial de transformar o discurso, os procedimentos e os participantes e, em última análise, as políticas nacionais, para o benefício mútuo das mulheres e dos homens da Europa⁸¹.

Por último, resta mencionar que uma das virtualidades do *GM* se traduz nas perspetivas de futuro que pode trazer, não só à construção efetiva do direito à igualdade de género, mas também ao próprio desenvolvimento da sociedade, ao aprofundamento da democracia e à viabilização de um desenvolvimento sustentável⁸².

Pese embora o entusiasmo inicial depositado no *GM*, o mesmo parece não ter estado à altura das expectativas, o que deu origem a críticas desanimadoras. Na verdade, uma série de

⁷⁷ Daly, 2005, p. 433; Charlesworth, 2005, pp. 5-6; Caglar, 2013, p. 336.

⁷⁸ Walby, 2005, p. 321; Brouwers, 2013, p. 10; Meier e Celis, 2011, p. 472. O foco no género, e não nas mulheres, reconhece plenamente a relevância da vida dos homens para o debate sobre a igualdade. A adaptação da organização da sociedade a uma distribuição mais justa das responsabilidades humanas deve ter como objetivo transformar os papéis dos homens, bem como os das mulheres. Booth e Bennett, 2002, p. 438.

⁷⁹ Conselho da Europa, 1998, p. 16.

⁸⁰ Daly, 2005, p. 442. Ao nível do discurso, há uma mudança clara de um foco nas mulheres para um foco nas mulheres e nos homens. Houve uma mudança institucional ou estrutural nas unidades dedicadas à integração de género. Houve inovação nas ferramentas utilizadas para fazer políticas, isto é, foram introduzidos mecanismos de análise, avaliação e monitorização. Novos dados foram disponibilizados e novas pesquisas foram realizadas. Identificou-se algumas inovações na forma como as políticas são feitas. *Ibidem*.

⁸¹ Pollack e Hafner-Burton, 2011, pp. 450 e 453.

⁸² Silva, 2000, p. 43.

publicações desde o final da década de 1990 revelam desilusão relativamente ao que foi realizado até ao momento⁸³.

A primeira crítica diz respeito ao receio de que conduza ao abandono das ações específicas e positivas em favor das mulheres, ou até ao perigo de desaparecimento total das políticas para a igualdade de género⁸⁴.

Seguidamente, constata-se um problema linguístico, porquanto o conceito não se traduz adequadamente noutras línguas além do inglês. São termos estranhos para muitos dos utilizadores, levando a uma compreensão vaga dos problemas e objetivos em causa, e promovendo o uso indevido da palavra “género” como sinónimo para “mulheres”⁸⁵.

Adicionalmente, a pesquisa comparativa tem demonstrado que apenas alguns Estados (tais como a Bélgica, a Irlanda e a Suécia) mostram evidências de que a introdução do *GM* produziu mudanças concretas. Os esforços, embora presentes, são altamente fragmentados, sendo confinados a um domínio particular ou a um programa específico, geralmente desconectados da política governamental geral sobre o género, o que culmina numa falta de profundidade na incorporação⁸⁶.

Consequentemente, apesar da ampla promoção, o *GM* não aparenta ter sucedido, sendo apontadas várias explicações para tal. Entre as principais razões do impacto limitado e problema constante de tradução do compromisso em ação estão: a resistência institucional e política aos objetivos intrínsecos (a transformação da cultura organizacional constitui a principal barreira); as altas expectativas evocadas; a falta de liderança; escassos recursos financeiros e falta de incentivos; formação e experiência insuficientes; falta de clareza conceptual; falta de sensibilização⁸⁷.

Uma crítica peculiar refere que uma das grandes lacunas na teorização do *GM* é a carência de um núcleo sociológico. Por outras palavras, ainda que a desigualdade de género seja atenuada pelas políticas públicas, não será eliminada porque, como fenómeno social, a desigualdade de género tem as suas raízes na sociedade, sendo que a política não é (totalmente) determinante daquela. O *GM* não reconhece o género como um problema estrutural e enraizado na sociedade, o que se reflete como uma rutura decisiva e um verdadeiro desafio para a teoria e prática⁸⁸. Não perfilhamos este entendimento, uma vez que o *GM* coloca

⁸³ Davids *et al.*, 2013, pp. 396-397.

⁸⁴ Pollack e Hafner-Burton, 2011, p. 452; Verloo, 2001, p. 8. Cfr. p. 21 e nota n.º 71.

⁸⁵ Brouwers, 2013, p. 24; Booth e Bennett, 2002, p. 442; Charlesworth, 2005, p. 12. *Vide* nota n.º 52.

⁸⁶ Daly, 2005, p. 443. O *GM* implica um grau de compromisso difícil de cumprir, quer porque muitos dos atores envolvidos na formulação de políticas têm pouca experiência ou interesse por temas relacionados com o género, quer porque dificilmente aqueles podem protagonizar um processo técnico e político que requer mudanças de vários intervenientes. Perante a incapacidade de o Estado se reformar a si próprio, o *GM* reduz-se, na maior parte das vezes, a uma abordagem integracionista, segundo a qual se procura integrar as mulheres e as questões de género no âmbito de políticas existentes. Álvares *et al.*, 2020, p. 15.

⁸⁷ O *GM* não trouxe a revolução nas relações de género ou na governação global que se esperava. Cfr. True, 2014, p. 237; Meier e Celis, 2011, p. 470; Brouwers, 2013, p. 22; Caglar, 2013, pp. 336-337; Booth e Bennett, 2002, p. 443; Charlesworth, 2005, p. 11; Ferreira, 2000, p. 31.

⁸⁸ Daly, 2005, pp. 447-448.

a ênfase na mudança dos processos de tomada de decisão, no pressuposto de que estes têm efetivamente um papel na desconstrução da desigualdade, a qual é, por si mesma, estrutural na sociedade.

Outros autores apontam que o *GM*, muitas vezes, se transforma num exercício formal, enquanto perde de vista o seu objetivo, substantivo e mais amplo, de promover a igualdade de género. Ou seja, graças aos pressupostos que carrega sobre a intencionalidade e a racionalidade do processo político, dá origem a políticas que se concentram em aspetos técnicos ou processuais⁸⁹.

Finalmente, muitos concluem que a dimensão teórica é tão vasta que dificulta a prática. A definição abrangente é demasiado ambiciosa face ao que pode ser feito realisticamente, não sendo capaz de atender às suas próprias aspirações. As noções de transformação social, de mudanças necessárias nas estruturas de poder, na cultura organizacional e na sociedade, trouxeram até conotações messianistas ao debate, levando a doutrina a rematar com a afirmação de que o *GM* é utópico – ideal, mas impraticável⁹⁰. Romper com esta visão utópica de mudança implicaria aceitar que o *GM* fosse antes considerado parte de uma revolução lenta, entendimento que seguimos como mais plausível⁹¹.

4. Políticas públicas para a igualdade de género em Portugal

4.1. O compromisso com o *mainstreaming* de género⁹²

O Estado português reconhece a igualdade e a não discriminação como condição para a construção de um futuro sustentável para Portugal, enquanto país que realiza efetivamente os direitos humanos e assegura plenamente a participação de todos. Neste âmbito, tem priorizado a intervenção a vários níveis, orientado pelos princípios constitucionais⁹³.

Portugal é Estado Parte nos principais instrumentos internacionais em matéria de eliminação da discriminação contra as mulheres e de defesa e promoção dos seus direitos, designadamente: a Convenção da ONU (1979)⁹⁴; a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim (1995) e documentos decorrentes das suas revisões; a Agenda 2030 da ONU para o

⁸⁹ Meier e Celis, 2011, pp. 469-470. Cfr. *Idem*, pp. 471 e ss.; Daly, 2005, p. 445; Brouwers, 2013, p. 25; True, 2014, pp. 231 e 236; Álvares *et al.*, 2020, p. 16.

⁹⁰ Brouwers, 2013, pp. 22, 25 e 29-30.

⁹¹ Davids *et al.*, 2013, p. 405.

⁹² Cfr. Resolução do Conselho de Ministros n.º 61/2018 e ENIND.

⁹³ Vide capítulos 1 e 2.

⁹⁴ Ratificada por Portugal em 1980 (Lei n.º 23/80, de 26/07), a *CEDAW* é o tratado internacional que enuncia de uma forma abrangente todos os direitos das mulheres, centrando-se na eliminação da discriminação.

Desenvolvimento Sustentável (2015)⁹⁵; a Estratégia do CE para a Igualdade entre Mulheres e Homens 2018-2023; e a Estratégia da UE para a Igualdade de Género 2020-2025.

Neste contexto, as políticas públicas para a não discriminação em razão do sexo e a igualdade entre mulheres e homens têm sido consubstanciadas, nas últimas décadas, em vários planos nacionais: I Plano Global para a Igualdade de Oportunidades (1997); II Plano Nacional para a Igualdade (2003/2006); III Plano Nacional para a Igualdade – Cidadania e Género (2007/2010); IV Plano Nacional para a Igualdade, Género, Cidadania e Não Discriminação (2011/2013); V Plano Nacional para a Igualdade de Género, Cidadania e Não Discriminação (2014/2017).

Recentemente, foi elaborada a ENIND – Portugal + Igual, que lançou um novo ciclo programático em 2018, com uma visão de longo prazo (alinhada temporal e substantivamente com a Agenda 2030 da ONU), apoiada em três planos de ação que definem objetivos estratégicos em matéria de não discriminação em razão do sexo e igualdade entre mulheres e homens, de prevenção e combate a todas as formas de violência contra as mulheres, violência de género e violência doméstica, e de combate à discriminação em razão da orientação sexual, identidade e expressão de género, e características sexuais⁹⁶. O plano nacional divide-se em quatro eixos⁹⁷ e respetivas orientações, que apontam as vias instrumentais escolhidas para alcançar cada eixo.

Profundamente transformadora, e tendo em vista a eliminação de todos os obstáculos à igualdade, ao empoderamento e ao gozo pleno dos direitos, a ENIND assume como central a eliminação dos estereótipos de género enquanto fatores que estão na origem das discriminações diretas e indiretas em razão do sexo que impedem a igualdade substantiva, reforçando e perpetuando modelos de discriminação históricos e estruturais. Estes constituem ideias preconcebidas e generalizadas sobre os atributos e características que devem ou não ser possuídos por mulheres e homens, os comportamentos considerados socialmente adequados e os papéis que devem desempenhar.

A ENIND dispõe de uma abordagem dupla e complementar. Por um lado, pretende que o *mainstreaming* constitua o pano de fundo, isto é, todas as políticas devem ter em conta, de forma sistemática, e em todo o seu processo de planeamento, definição, execução, acompanhamento e avaliação, as especificidades das condições, situações e necessidades das

⁹⁵ Em particular, ODS 5 (alcançar a igualdade de género e empoderar todas as mulheres e raparigas). A Agenda 2030 implica a integração do objetivo da promoção da igualdade entre mulheres e homens (*mainstreaming* de género) noutros ODS como requisito para alcançar todos em geral.

⁹⁶ Estes planos definem as medidas concretas a prosseguir no primeiro período de execução de quatro anos até 2021, a que se deverá seguir o processo de revisão e redefinição para o período seguinte de quatro anos, e assim sucessivamente. São definidas ainda metas anuais, entidades responsáveis e envolvidas, e orçamento associado.

⁹⁷ Do segundo eixo, destacam-se os seguintes objetivos: promoção de uma participação plena e igual no trabalho; promoção da igualdade de rendimentos; promoção da igualdade nos tempos afetos a trabalho pago e não pago de apoio à vida familiar, e valorização do trabalho ligado ao cuidado; promoção do empoderamento das mulheres e da sua participação cívica e política; promoção da igualdade em todas as carreiras e em todos os contextos de tomada de decisão.

mulheres e dos homens, e as relações hierarquizadas subjacentes. Por outro lado, a resposta à especificidade das necessidades diagnosticadas exige, de forma complementar e consequente, a definição e execução de ações específicas ou positivas, de carácter transitório, que corrijam as desvantagens estruturais.

Verifica-se, desta forma, que o Estado português assumiu um compromisso e demonstrou vontade política no sentido de realizar a estratégia do *mainstreaming* de género ou transversalidade da perspectiva de género⁹⁸. Destaca-se a promoção de um OE com impacto de género⁹⁹, a criação de políticas com um conteúdo sensível ao género, além da adoção de medidas no sentido da utilização de uma linguagem inclusiva¹⁰⁰.

4.2. *Mainstreaming* de género no trabalho e no emprego

O primeiro regime da igualdade e não discriminação¹⁰¹ alicerçou-se solidamente na lei com a aprovação do regime jurídico da igualdade no trabalho e no emprego, em 1979 (DL n.º 392/79, de 20/09), complementado, alguns anos depois, com a lei da proteção da maternidade e da paternidade (Lei n.º 4/84, de 5/04). O primeiro diploma¹⁰² foi de enorme importância, em termos formais e substanciais¹⁰³, tendo sido posteriormente replicado no setor público pelo DL n.º 426/88, de 18/11. O segundo foi outro diploma axial para a construção do nosso edifício normativo em matéria de igualdade, o qual foi também inovador para a época¹⁰⁴.

A evolução normativa do nosso sistema nesta matéria traduziu-se nas sucessivas alterações destes diplomas, para o CT de 2003 e de 2009, sem nunca alterar a sua estrutura

⁹⁸ Veja-se, por exemplo, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 161/2008, na qual se adota medidas de promoção da transversalidade da perspectiva de género na administração central do Estado.

⁹⁹ Lei n.º 2/2020, de 31/03 (OE 2020), art. 15.º; Lei n.º 71/2018, de 31/12 (OE 2019), art. 15.º; Lei n.º 114/2017, de 29/12 (OE 2018), art. 17.º.

¹⁰⁰ Lei n.º 4/2018, de 09/02, sobre avaliação de impacto de género de atos normativos e utilização de linguagem não discriminatória na redação de normas através da neutralização ou minimização da especificação do género, do emprego de formas inclusivas ou neutras; Lei n.º 45/2019, de 27/06, que opera uma revisão global da linguagem utilizada nas convenções internacionais em matéria de direitos humanos ratificadas por Portugal. Cfr. Recomendação n.º (90)4 e 2019(1) do CE sobre o combate ao sexismo, em especial, na linguagem.

¹⁰¹ Ramalho, 2019, pp. 11-13. Cfr. Dray, 2015, pp. 335-338.

¹⁰² Inspirado nas diretivas comunitárias vigentes à época, apesar de Portugal não ser ainda membro da Comunidade Europeia (Diretiva 75/117/CEE, de 10/02, sobre igualdade remuneratória entre trabalhadores; Diretiva 76/207/CEE, de 9/02, sobre igualdade entre homens e mulheres no acesso ao emprego, nas condições de trabalho e no acesso à formação profissional).

¹⁰³ Em termos formais, foi importante por constituir o primeiro enquadramento jurídico destes problemas no domínio laboral. Em termos substanciais, foi igualmente marcante porque adotou conceitos operativos modernos (remuneração em sentido amplo, discriminação direta e indireta, trabalho igual e valor igual), porque teve uma incidência ampla (abrangendo não apenas a matéria, mais tradicional, da discriminação remuneratória, mas também as questões da discriminação no acesso ao emprego, no local de trabalho e na carreira), e ainda porque consagrou soluções inovadoras (como a substituição automática das cláusulas de convenções coletivas). Ramalho, 2019, p. 12.

¹⁰⁴ Por adotar uma perspectiva integrada sobre as matérias da maternidade/paternidade e da conciliação entre a vida profissional e familiar, que era, ao tempo, incomum; e por assumir expressamente (e precocemente) a ligação entre as temáticas da conciliação e da igualdade entre mulheres e homens no trabalho, abordando a conciliação numa perspectiva de pais e mães. O diploma estabeleceu um quadro relativamente completo de medidas (direito a licenças, medidas de flexibilidade do tempo de trabalho e direito a faltas para atendimento à família), o que era completamente novo, não só a nível nacional, mas mesmo no plano comunitário, onde ainda se falava apenas da proteção das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes como uma mera questão de saúde e segurança e, por isso mesmo, necessariamente circunscrita às mulheres. *Idem*, p. 13. Cfr. Ramalho, 2009, pp. 10-13.

fundamental, e adaptando-a apenas à progressão do direito social da UE nesta área. Esta evolução culminou num conjunto de normas que formam, atualmente, um sistema de tutela abrangente, protetor e moderno¹⁰⁵.

No regime da igualdade no trabalho é transversal a proibição da discriminação em função do sexo. Assim, as discriminações direta e indireta em função do sexo são expressamente proibidas no trabalho subordinado (arts. 23.º, n.º 1, a), b); 24.º, n.º 1; 25.º, n.º 1 CT) e no trabalho independente (art. 5.º da Lei n.º 3/2011, de 15/02¹⁰⁶). Note-se que as disposições do CT são aplicáveis aos funcionários do setor privado, mas também aos do setor público – art. 4.º, n.º 1 da LGTFP¹⁰⁷.

O regime da igualdade de tratamento e de oportunidades¹⁰⁸ está integrado no CT, em secções autónomas, que tratam a igualdade e não discriminação em geral (arts. 23.º a 28.º); o assédio (art. 29.º); a igualdade e não discriminação em função do sexo (arts. 30.º a 32.º); e a parentalidade (arts. 33.º a 65.º)¹⁰⁹. De salientar que o CT permite explicitamente medidas de ação positiva (art. 27.º)¹¹⁰. Afirma-se e incentiva-se a licitude de medidas de carácter temporário que consagram um tratamento desigual como forma de compensar desigualdades que persistem¹¹¹. São situações de vantagem fundadas, desigualdades de direito em resultado de desigualdades de facto e tendentes à superação destas¹¹².

O *mainstreaming* de género no trabalho passa pela adoção de políticas públicas que assentam em quatro objetivos elementares e complementares: promover a representação equilibrada na tomada de decisão e nos cargos dirigentes; eliminar as disparidades de rendimentos entre mulheres e homens; garantir a proteção na parentalidade e promover a conciliação entre a vida profissional, pessoal e familiar; combater a violência de género e o assédio moral e sexual no trabalho.

4.2.1. Promover a representação equilibrada na tomada de decisão e nos cargos dirigentes

A discussão global sobre a participação das mulheres na tomada de decisões políticas e económicas tem vindo a ocorrer nas últimas duas décadas, sendo que, na maioria dos casos,

¹⁰⁵ Ramalho, 2019, p. 14. Cfr. Dray, 2015, pp. 339-358.

¹⁰⁶ Cfr. Diretiva 2010/41/UE, de 7/07, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres que exerçam uma atividade independente.

¹⁰⁷ Comissão Europeia, 2020, pp. 8-21.

¹⁰⁸ Que transpõe a Diretiva 2006/54/CE, de 05/07, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional; e a Diretiva 2000/78/CE, de 27/11, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional.

¹⁰⁹ Comissão Europeia, 2020, pp. 8-21.

¹¹⁰ Cfr. Arts. 4.º CEDAW; 157.º, n.º 4 TFUE; 3.º Diretiva 2006/54/CE.

¹¹¹ Martinez, 2020, pp. 137-138. Relativamente à criação de sistemas de quotas no trabalho, a jurisprudência comunitária é muito importante. Vide acórdãos do TJUE *Kalanke* (C-450/93) e *Marschall* (C-409/95). Cfr. *idem*, p. 139; Raposo, 2004, pp. 69-73; Maia da Silva, 2000, pp. 103-106; Carvalho, 2001, pp. 151-152.

¹¹² Miranda e Medeiros, 2017, p. 173. Cfr. Comissão Europeia, 2019a, p. 13; Gomes, 2020b, §1-3.

as quotas de género (voluntárias ou obrigatórias) foram a resposta de eleição. A Plataforma de Ação de Pequim representou um verdadeiro avanço na tentativa de colocar esta questão em primeiro plano, adotando explicitamente a ação positiva como legítima e necessária, e interligando-a com a noção de justiça e democracia. Embora seja um fenómeno de dimensão mundial e promovido por organizações internacionais, a revolução das quotas de género tem uma genealogia específica na Europa. Em 2016, dez Estados Membros da UE tinham implementado quotas legisladas para as suas assembleias parlamentares. Mais recentemente, tem-se assistido à difusão das quotas no domínio dos órgãos públicos e empresariais¹¹³.

Sob a égide do art. 9.º, al. h) da CRP, têm sido adotadas medidas de ação positiva neste aspeto, nomeadamente: a Lei Orgânica n.º 3/2006, de 21/08 (lei da paridade nos órgãos colegiais representativos do poder político), estabeleceu que as listas para a AR, PE e AL são compostas de modo a assegurar a representação mínima de 33,3% de cada um dos sexos (desde 2019, 40%); a Lei n.º 62/2017, de 01/08, fixou o regime da representação equilibrada entre mulheres e homens nos órgãos de administração e de fiscalização das entidades do setor público empresarial e das empresas cotadas em bolsa¹¹⁴; a Lei n.º 26/2019, de 28/03, definiu o regime da representação equilibrada entre homens e mulheres no pessoal dirigente e nos órgãos da AP. Desde as suas origens, o tema das quotas é motivo de proeminente debate e controvérsia. Não havendo espaço para desenvolvimentos, cabe somente o comentário de que, embora perfilhemos o entendimento de algumas críticas apontadas, somente uma política de quotas obrigatória permitirá impulsionar um progresso mais acelerado e não despendendo¹¹⁵.

4.2.2. Eliminar as disparidades de rendimentos entre mulheres e homens¹¹⁶

O princípio da igualdade de remuneração entre mulheres e homens por trabalho igual ou de igual valor está consagrado nos tratados da UE há cerca de 60 anos (inicialmente no art. 119.º do Tratado de Roma e atualmente no art. 157.º do TFUE), é reiterado sistematicamente nas orientações de política europeia e internacional¹¹⁷, estando inscrito na CRP (al. a) do art. 59.º, n.º 1) e refletido no CT (arts. 23.º, n.º 1, c), d); 24.º, n.º 2, c); 31.º; 270.º).

Recentemente, a Lei n.º 60/2018, de 21/08, aprovou medidas de promoção de igualdade remuneratória e reforçou os poderes da ACT e da CITE (de forma a permitir a punição dos

¹¹³ Lépinard e Rubio-Marín, 2018, pp. 1-6. Sobre os conceitos de quotas de partidos voluntárias, eleitorais legisladas, de órgãos públicos e de órgãos empresariais, cfr. *idem*, p. 7. Quanto à implementação das quotas em Portugal, ver Espírito-Santo, 2018; Monteiro, 2011. Ver ainda a Recomendação n.º (2003)3 do CE.

¹¹⁴ Em Portugal, a participação de mulheres nos conselhos de administração das maiores empresas cotadas em bolsa passou de 16,2% (2017), para 21,6% (2018), e 24,6% (2019), o que pode constituir um indicador do impacto da lei. XXII Governo Constitucional, 2019, p. 100.

¹¹⁵ Vide Ramalho, 2019, pp. 18-19; Raposo, 2004, pp. 54-55 e 61. Para consulta de dados estatísticos, cfr. Comissão Europeia, 2019b, pp. 25-41.

¹¹⁶ Cfr. Abrantes, 2019, pp. 6-7; XXII Governo Constitucional, 2019, pp. 100-101; Comissão Europeia, 2020, pp. 22-30; Botelho, 2009, pp. 137 e ss.; Comissão Europeia, 2019b, p. 22.

¹¹⁷ Arts. 23.º, n.º 2 DUDH; 7.º PIDESC; 4.º CSER; Convenção n.º 100 OIT (DL n.º 47 302, de 4/11/1966).

empregadores incumpridores), não se limitando a paridade apenas à retribuição base, o que é fundamental para evitar uma possível desigualdade salarial mascarada através das demais prestações pagas pelo empregador (al. b) do art 2.º).

Com a entrada em vigor do diploma, o GEP-MTSSS passa a disponibilizar anualmente informação estatística sobre as diferenças remuneratórias de género a nível setorial e por empresa (art. 3.º). É exigido às empresas que assegurem uma política remuneratória transparente, assente na avaliação das componentes dos postos de trabalho e com base em critérios objetivos (art. 4.º). Foi consagrada uma presunção de discriminação remuneratória nos casos em que o empregador assim não proceda. Acresce que a ACT pode notificar as empresas cujos balanços evidenciem diferenças salariais de género para apresentarem um plano de avaliação das mesmas (art. 5.º). Os trabalhadores ou representantes sindicais podem solicitar à CITE a emissão de um parecer vinculativo sobre discriminação remuneratória. Concluindo-se pela existência de indícios daquela, a entidade empregadora é convocada para proceder à sua justificação ou correção (art. 6.º).

Para proteção do trabalhador, presume-se abusivo o despedimento ou outra sanção aplicada alegadamente para punir uma infração laboral, quando tenha lugar até um ano após o pedido de parecer, e é inválido o ato de retaliação que prejudique o trabalhador em consequência de rejeição ou recusa de submissão a discriminação remuneratória (art. 7.º). Ademais, os tribunais comunicam imediatamente à CITE as sentenças condenatórias por discriminação remuneratória em razão do sexo transitadas em julgado (art. 9.º). Em último lugar, prevê-se um regime sancionatório e contraordenacional (arts. 12.º e 13.º).

4.2.3. Garantir a proteção na parentalidade e promover a conciliação entre a vida profissional, pessoal e familiar

A maternidade e a paternidade são reconhecidas como valores sociais eminentes, sendo que os trabalhadores têm direito à proteção da sociedade e do Estado nessa realização e adequada conciliação (arts. 33.º e ss. do CT), além de ser proibida qualquer forma de discriminação em função do exercício destes direitos (art. 35.º-A CT, aditado em 2019). Este tema está amplamente consagrado nos vários instrumentos internacionais a que Portugal se encontra vinculado¹¹⁸, destacando-se ainda os arts. 59.º, n.º 1, b), n.º 2, c); 67.º e 68.º da CRP. A complementar o CT está o DL n.º 91/2009, de 9/04, relativo à proteção social associada à

¹¹⁸ Arts. 25.º, n.º 2 DUDH; 10.º, n.ºs 1 e 2 PIDESC; 8.º e 27.º CSER; 33.º CDFUE; Convenção n.º 183 OIT (Decreto n.º 137/2012, de 8/08); Recomendação n.º (96)51 do CE. Recentemente, foi publicada a Diretiva 2019/1158/UE, de 20/06, relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores, que revoga a Diretiva 2010/18/UE, e terá de ser transposta por Portugal até 2022.

parentalidade e a Lei n.º 102/2009, de 10/09, relativa à segurança e saúde no trabalho¹¹⁹. Por fim, merece referência a Lei n.º 90/2019, de 4/09, que veio reforçar estes direitos¹²⁰.

A prossecução deste objetivo passa por conceder licenças, faltas e dispensas aos trabalhadores (e correspondente apoio da Segurança Social); facultar formas de flexibilização do horário de trabalho no mesmo sentido; e garantir o funcionamento de uma rede social de equipamentos de apoio à família¹²¹.

A defesa destes direitos no CT começa, desde logo, na formação do contrato de trabalho (arts. 17.º, n.º 1, b) e 19.º, n.º 2)¹²². Em seguida, ao longo da execução do contrato, o trabalhador dispõe de um conjunto de ausências justificadas ao trabalho: dispensas (arts. 45.º-48.º)¹²³; licenças (arts. 37.º-44.º; 51.º-53.º)¹²⁴; e faltas (arts. 49.º-50.º; 249.º, n.º 2, f) e 252.º)¹²⁵. Os trabalhadores dispõem ainda da dispensa de certas formas de organização do tempo de trabalho (arts. 58.º-60.º)¹²⁶. Outras alternativas de flexibilização do horário incluem a redução do tempo de trabalho (art. 54.º), o trabalho a tempo parcial e o horário flexível (arts. 55.º-57.º), e o teletrabalho (art. 166.º, n.ºs 3 e 4). Os trabalhadores estão também protegidos ao nível da sua formação e reinserção profissional, saúde e segurança neste aspeto (arts. 61.º-62.º). Por último, os trabalhadores gozam de proteção relativamente à cessação do contrato de trabalho – ao nível do despedimento¹²⁷ (art. 63.º e al. d) do art. 381.º), da caducidade do contrato a termo (art. 144.º, n.º 3) e da denúncia no período experimental (art. 114.º, n.º 5)¹²⁸.

Neste contexto, a tutela legal não abarca apenas a saúde física da mãe e da criança, mas a relação integral que se desenvolve entre pais e filho, incluindo necessidades biológicas,

¹¹⁹ Que transpõe a Diretiva 92/85/CEE, de 19/10, que diz respeito à proteção especial da saúde e segurança das mulheres trabalhadoras durante a gravidez, a licença de maternidade e o período de amamentação.

¹²⁰ Comissão Europeia, 2020, pp. 31-48.

¹²¹ Esta rede é composta por equipamentos dirigidos às crianças (creches, educação pré-escolar, centros de atividades de tempos livres) e à população mais idosa (estrutura residencial para pessoas idosas, centro de dia e serviço de apoio domiciliário). XXII Governo Constitucional, 2019, pp. 72 e ss. *Vide* art. 67.º, n.º 2, als. b) e h) CRP.

¹²² O empregador não pode exigir a candidato a emprego ou a trabalhador que preste informações relativas à sua saúde ou estado de gravidez (salvo exceções previstas). Por outro lado, o empregador não pode, em circunstância alguma, exigir a candidata a emprego ou a trabalhadora a realização ou apresentação de testes ou exames de gravidez. Com efeito, ainda antes da celebração de um contrato de trabalho, há que tutelar a igualdade de tratamento (nos atos preparatórios de recrutamento e seleção de candidatos), o que é uma questão delicada, por exigir a procura de um equilíbrio, nem sempre fácil, entre o princípio da autonomia privada e o da igualdade e não discriminação (apenas razões objetivas podem determinar um tratamento diferenciado). Carvalho, 2001, p. 131. Sobre a igualdade no acesso ao emprego, cfr. Dray, 2015, pp. 556-576.

¹²³ Dispensa para avaliação para adoção, consulta pré-natal, consulta de PMA, e amamentação ou aleitação.

¹²⁴ Licença em situação de risco clínico durante a gravidez, licença para deslocação a unidade hospitalar localizada fora da ilha de residência para realização de parto, licença por interrupção da gravidez, licença parental inicial, licença parental exclusiva da mãe, licença parental inicial a gozar por um progenitor em caso de impossibilidade do outro, licença parental exclusiva do pai, licença por adoção, licença parental complementar, licença para assistência a filho, licença para assistência a filho com deficiência, doença crónica ou oncológica.

¹²⁵ Falta para assistência a filho, falta para assistência a neto, falta motivada pelo acompanhamento de grávida que se desloque a unidade hospitalar localizada fora da ilha de residência para realização de parto, falta para assistência a membro do agregado familiar.

¹²⁶ Adaptabilidade, banco de horas, horário concentrado, trabalho suplementar e trabalho noturno.

¹²⁷ Em 2019, dos pareceres emitidos sobre intenção de despedimento de trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes e trabalhadores no gozo de licença parental, a CITE apresentou oposição ao despedimento em 57% dos casos, por considerar que o despedimento, a ter lugar, seria discriminatório em razão do sexo. XXII Governo Constitucional, 2019, p. 88. *Vide* Dray, 2016, pp. 261-264.

¹²⁸ Cfr. Rebelo, 2020; Carvalho, 2004.

relacionais e afetivas. Em consequência, há que assegurar uma proteção da função parental de ambos os progenitores, estimulando uma alteração do modelo tradicional de organização familiar, conferindo ao pai, nos mesmos moldes, todos os direitos que não são indissociáveis de fatores biológicos, adstritos à função gestante. Assim, os direitos que são atribuídos de modo exclusivo à mulher são incindíveis do facto de ser esta a gerar e a amamentar os filhos. Nos restantes planos, deverá prevalecer o tratamento igual entre homem e mulher na partilha das responsabilidades familiares¹²⁹.

Para que mulheres e homens participem no trabalho em termos de igualdade, o puzzle relativo ao cuidado na esfera privada tem de ser resolvido. Para tal, é necessário desconstruir o estereótipo, o estigma social e cultural, de que o trabalho não pago de apoio à vida doméstica e familiar é uma tarefa ou responsabilidade eminentemente feminina¹³⁰. São necessárias políticas públicas dirigidas aos homens, isto é, medidas de ação positiva valorizadoras da paternidade e que lhes atribuam um papel indispensável no cuidado dos filhos¹³¹. Com efeito, as alterações legislativas operadas desde 2009 vieram impulsionar a utilização das licenças por parte dos homens. O CT de 2009 deixou de distinguir entre licença de maternidade e de paternidade, criando em sua substituição a licença parental inicial. Por outro lado, a licença parental exclusiva do pai tem vindo a ser progressivamente aumentada (inicialmente de 5 dias úteis, atualmente é de 20 dias úteis de gozo obrigatório e 5 dias úteis de gozo facultativo – art. 43.º, n.ºs 1 e 2). Foi introduzida a possibilidade de a licença parental inicial poder ser usufruída simultaneamente pelo pai e pela mãe (art. 40.º, n.º 2), e o pai dispõe agora de dispensa para acompanhamento da grávida às consultas pré-natais (art. 46.º, n.º 5)¹³².

¹²⁹ Carvalho, 2001, pp. 153-154. Veja-se o exemplo da aleitação (em oposição à amamentação), que pode ser realizada por qualquer dos progenitores (art. 47.º, n.º 2 CT).

¹³⁰ Comissão Europeia, 2019b, p. 8; Ramalho, 2019, p. 16.

¹³¹ Rêgo, 2012, p. 42. Exige-se legislação e práticas que permitam anular os efeitos perversos sobre as mulheres do facto de a maternidade, efetiva ou potencial, lhes limitar as possibilidades de desempenho equivalente ao dos homens no trabalho, e os efeitos perversos sobre os homens de a sua paternidade ser desvalorizada, o que lhes limita as possibilidades de desempenho equivalente ao das mulheres junto das suas crianças. Rêgo, 2019, p. 4.

¹³² XXII Governo Constitucional, 2019, pp. 76-79; Dray, 2016, pp. 258-261.

4.2.4. Combater a violência de género e o assédio moral e sexual no trabalho

Portugal é Estado Parte da Convenção do CE para a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica, ou Convenção de Istambul (adotada em 2011 e ratificada por Portugal em 2013)¹³³. Em 2019, a OIT adotou uma nova convenção (n.º 190) sobre violência e assédio, a qual não foi ainda ratificada por Portugal¹³⁴.

Recentemente, e tendo por base o art. 26.º da CSER, a Lei n.º 73/2017, de 16/08, veio reforçar a prevenção e o combate do assédio no trabalho. No presente, o regime legal no CT resume-se nos traços apresentados. A prática de assédio moral ou sexual no trabalho é proibida, constituindo uma contraordenação muito grave (sem prejuízo da eventual responsabilidade penal), conferindo à vítima o direito de indemnização e ao denunciante e testemunhas o direito de proteção (art. 29.º). O empregador tem o dever de adotar códigos de boa conduta para a prevenção e combate ao assédio e o dever de instaurar procedimento disciplinar sempre que tiver conhecimento de alegadas situações de assédio (art. 127.º, n.º 1, k), l), n.º 7), constituindo contraordenação grave a violação do disposto. Acresce que a responsabilidade pela reparação dos danos emergentes de doenças profissionais resultantes da prática de assédio é do empregador (art. 283.º, n.º 8).

Além disso, considera-se abusiva a sanção disciplinar motivada pelo facto de o trabalhador ter alegado ser vítima de assédio ou ser testemunha em processo judicial e/ou contraordenacional de assédio; e presume-se abusivo o despedimento ou outra sanção aplicada alegadamente para punir uma infração, quando tenha lugar até um ano após a denúncia ou outra forma de exercício de direitos relativos a igualdade, não discriminação e assédio (art. 331.º, n.º 1, d), n.º 2, b). Constitui ainda justa causa de resolução do contrato pelo trabalhador a prática de assédio por parte da entidade empregadora ou outros trabalhadores (als. b) e f) do art. 394.º, n.º 2). Por último, a sanção acessória de publicidade (à contraordenação muito grave) não pode ser dispensada nestes casos (art. 563.º, n.º 3).

¹³³ Reconhecendo que existe violência contra homens, a Convenção afirma, todavia, que os vários tipos de violência descritos atingem de forma desproporcionada as mulheres, e concebe-os como violência de género, de carácter estrutural e epidémico em todas as sociedades. A violência contra as mulheres constitui uma manifestação das desigualdades históricas nas relações de poder, sendo um dos principais obstáculos à plena realização da igualdade. Cfr. Sottomayor, 2016, pp. 71-72. Quanto ao conceito de violência de género, *vide* Sousa, 2016.

¹³⁴ No preâmbulo, lê-se: “Recognizing that violence and harassment in the world of work can constitute a human rights violation or abuse, and that violence and harassment is a threat to equal opportunities, is unacceptable and incompatible with decent work (...) recognizing that an inclusive, integrated and gender-responsive approach (...) is essential to ending violence and harassment in the world of work (...)”.

4.3. Órgãos que monitorizam a igualdade de género

O mecanismo constituído em Portugal para as questões da igualdade de género¹³⁵ é a atual CIG (instituída pelo DL n.º 164/2007, de 03/05). Esta resulta de uma série de sucessivas reformas de um primeiro grupo de trabalho para a definição de uma política nacional global acerca da mulher, criado em 1970¹³⁶. Integrada na Presidência do Conselho de Ministros, a CIG é o serviço da administração direta do Estado responsável pela execução das políticas públicas neste domínio, sob tutela da Secretária de Estado para a Cidadania e a Igualdade¹³⁷.

Embora não seja independente, a CIG tem um órgão de aconselhamento científico, onde estão representados especialistas em igualdade de género (Grupo Técnico-Científico). Acresce que a mesma tem um Conselho Consultivo com duas secções, sendo um importante ponto de ligação com todos os setores governativos (Secção Interministerial) e com as organizações da sociedade civil (Secção das ONG). A criação e evolução da CIG tem marcado de forma decisiva o cenário composto pelas políticas de igualdade e pelo ativismo dos movimentos de mulheres – ela tem tido um papel central na proposta de políticas e sua divulgação, no lançamento de agendas e tentativa de influenciar a decisão política, e na produção de conhecimento (mediante o desenvolvimento de estudos e pesquisas, fornecimento de informação e aconselhamento jurídico, edição de publicações)¹³⁸.

Quanto ao âmbito laboral, o órgão de referência é a CITE, que surgiu com uma composição tripartida, reunindo representantes do Estado e dos parceiros sociais com assento no CES¹³⁹. A CITE é o mecanismo nacional que prossegue a igualdade e não discriminação entre homens e mulheres no trabalho, no emprego e na formação profissional (lida com o setor público, privado e cooperativo), tendo sido criada pelo DL n.º 392/79, de 20/09 (arts. 14.º e 15.º). É um órgão público que depende diretamente do Governo (embora seja dotado de autonomia administrativa e personalidade jurídica), financiado pelo IEFP¹⁴⁰.

A CITE colabora na aplicação de disposições legais e convencionais nesta matéria, bem como na relativa à proteção da parentalidade e à conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal. Entre outras, a CITE tem competência para apreciar a legalidade das normas, no que se refere à sua conformidade com as exigências de igualdade e não

¹³⁵ Além de para a cidadania, a prevenção e combate à violência doméstica e de género, à mutilação genital feminina e ao tráfico de seres humanos.

¹³⁶ Em 1975, o DL n.º 45/75, de 1/02, deu-lhe a nova designação de CCF. Em 1977, o primeiro governo constitucional pós-revolução institucionalizou-a através do DL n.º 485/77, de 17/11. Em 1991, o DL n.º 166/91, de 9/05, reestruturou a CCF, dando-lhe a nova designação de CIDM, que vigoraria até 2007.

¹³⁷ Monteiro, 2013, p. 536; Monteiro e Ferreira, 2012, pp. 15-16; Cfr. Monteiro, 2010, pp. 35 e ss.

¹³⁸ Monteiro e Ferreira, 2012, pp. 16-17; Monteiro, 2013, pp. 536-537; Comissão Europeia, 2020, pp. 73-74. Cfr. Lei n.º 10/2001, de 21/05, que instituiu um relatório sobre a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres no trabalho e no emprego, a elaborar pelo Governo anualmente.

¹³⁹ A CITE é um órgão colegial, composto por quatro representantes do governo (dos ministérios com atribuições na área do emprego, da igualdade, da AP, da solidariedade e da segurança social); dois representantes de cada uma das associações sindicais e um representante de cada uma das associações patronais com assento na CPCS (DL n.º 76/2012, 26/03).

¹⁴⁰ Comissão Europeia, 2020, p. 72.

discriminação¹⁴¹. O facto de promover ações de carácter pedagógico e preventivo, além de elaborar pareceres jurídicos obrigatórios referentes a várias matérias que, muitas vezes, se tornam doutrinários em matéria de direito laboral, levam a que esta Comissão, 40 anos depois, seja uma instituição de referência no campo da igualdade de género¹⁴².

Por seu turno, a ACT tem o papel complementar de fiscalizar o cumprimento desta legislação. O controlo e a fiscalização resultam de uma ação pró-ativa, de carácter essencialmente preventivo, e de uma ação reativa, resultante de queixas apresentadas. No decurso da atividade inspetiva, são prestadas informações, conselhos técnicos ou recomendações a entidades empregadoras e trabalhadores. A ACT tem privilegiado uma ação pedagógica de sensibilização, informação e orientação, para que os intervenientes tomem conhecimento dos direitos e deveres e do modo mais adequado de observar as disposições em matéria de igualdade. Todavia, a prática de qualquer ato discriminatório consubstancia uma contraordenação muito grave, punível com coima, sem prejuízo da eventual responsabilidade civil¹⁴³.

Por último, cumpre referir que os parceiros sociais têm um papel relevante, dado que os IRCT podem ser um instrumento para promover a implementação prática destas disposições legais¹⁴⁴. Com efeito, o CT estabelece que as convenções coletivas devem regular medidas que visem a efetiva aplicação do princípio da igualdade e não discriminação (al. d) do art. 492.º, n.º 2) e estabelece ainda um sistema de avaliação do conteúdo dos IRCT negociais e decisões arbitrais pela CITE, destinado a verificar as possíveis cláusulas discriminatórias e promover a sua eliminação (art. 479.º)¹⁴⁵.

¹⁴¹ Atividades promocionais (sensibilização e divulgação de informações); análise e monitorização (pesquisas, inquéritos, relatórios e recomendações legais); elaboração de pareceres em diversos assuntos; colaboração com os empregadores e a ACT em ações de discriminação (visitas e denúncia de práticas discriminatórias); assistência a vítimas de discriminação; análise de IRCT. Comissão Europeia, 2020, p. 73. Em 2019, foram aprovados 74089 pareceres (relativos a casos de 115 homens e 646 mulheres). No mesmo ano, deram entrada na CITE 82 queixas, das quais 5 foram apresentadas por homens e 77 por mulheres. XXII Governo Constitucional, 2019, pp. 85 e ss.

¹⁴² Marcelino, 2010, p. 17.

¹⁴³ XXII Governo Constitucional, 2019, p. 94. Cfr. Lei n.º 9/2001, de 21/05, que reforça os mecanismos de fiscalização e punição de práticas laborais discriminatórias em função do sexo, alargando a competência da ACT e valorizando os pareceres da CITE neste sentido.

¹⁴⁴ A contratação coletiva é decisiva para a implementação prática da igualdade no trabalho, uma vez que a fonte do tratamento discriminatório está, muitas vezes, nas convenções coletivas. Persistem categorias profissionais reservadas a trabalhadores de um sexo; situações de descrição formal das categorias funcionais de forma diferente, para justificar um pagamento inferior à categoria predominantemente feminina (quando, na realidade, as funções são iguais ou de valor igual); o condicionamento do acesso a prémios, promoções ou outras vantagens pela assiduidade, sem ressalva das ausências ou licenças por razões ligadas à maternidade ou assistência à família. Ramalho, 2019, pp. 16-17. Vide art. 26.º CT.

¹⁴⁵ A CITE propõe diretamente às partes a substituição dessas cláusulas e, subsidiariamente, promove junto do MP a ação especial de declaração de nulidade (art. 186.º-G a 186.º-I do CPT). Este sistema já se revelou muito eficaz – em 2019, do total dos 318 IRCT analisados, foram apuradas 53 normas discriminatórias. Cfr. Comissão Europeia, 2020, pp. 74-75; XXII Governo Constitucional, 2019, pp. 47-60 e 92-93; Dray, 2016, pp. 245-249; Cerdeira, 2009, pp. 85 e ss.

Considerações finais

Em pleno ano de 2021, podemos afirmar que Portugal dispõe de um quadro normativo para a igualdade de género, na área do trabalho e do emprego, que é abrangente, protetor e moderno. Não obstante, a implementação prática das normas legais é muito distinta desse cenário mais animador: o fosso salarial continua elevado (sendo que a discriminação se acentua nas profissões mais qualificadas e nas categorias mais elevadas, demonstrando as dificuldades acrescidas de ascensão na carreira das mulheres); a discriminação sistémica (isto é, por setor de atividade) persiste, sendo os setores com predomínio feminino menos valorizados economicamente do que os predominantemente masculinos; a repartição das tarefas familiares mantém-se desequilibrada, sendo as mulheres as principais responsáveis pelas atividades de assistência aos filhos e a outros membros do agregado familiar; proliferam os casos de despedimento ou de não renovação de contratos de trabalho a termo das trabalhadoras durante a gravidez e o puerpério; subsistem convenções coletivas com cláusulas discriminatórias; e mantém-se o enorme défice no acesso das mulheres a cargos de chefia das empresas, apesar de terem qualificações idênticas ou superiores aos seus colegas homens. Acresce que a escassez de jurisprudência nesta matéria desvenda a fraca efetividade prática do sistema normativo¹⁴⁶.

Por conseguinte, cabe analisar a forma como as normas e práticas laborais afetam distintamente mulheres e homens, e como podemos vê-las através da “lente” ou perspetiva de género. O *GM* significa tornar a questão do género transversal a todos os aspetos da sociedade que o direito regula (no pressuposto de que se interligam e influenciam mutuamente), sendo que o direito do trabalho é uma área de políticas que deverá igualmente considerar o género, quanto ao impacto do seu quadro normativo específico, o que implica continuar a detetar e combater as barreiras à igualdade.

Representando o culminar da sucessão de estratégias políticas para a igualdade de género, o *GM*, como vimos, enfrenta um conjunto de desafios e fragilidades – os quais, segundo cremos, não abalam as suas promessas. Por este motivo, cabe encará-lo como uma possibilidade de mudança sustentável, ainda que lenta – sem ingenuidade, sem radicalismos, e complementando-o com as restantes estratégias abordadas. Não esqueçamos que a narrativa da igualdade de género é ainda relativamente recente e tem vindo a edificar-se e aperfeiçoar-se. Ao tornar estas questões visíveis, demonstra-se que constituem um problema social de relevo, com implicações para todos, não sendo apenas um custo ou luxo.

A igualdade de tratamento e de oportunidades entre mulheres e homens no âmbito laboral é uma questão de justiça e dignidade humana, um direito fundamental dos

¹⁴⁶ Ramalho, 2019, p. 15. Sobre as razões para a falta de efetividade do princípio da igualdade de género no âmbito laboral, cfr. Ramalho, 2009, pp. 8-9.

trabalhadores, além de que, no seio da sociedade, deverá ser vista como um critério democrático e um indicador de desenvolvimento sustentável¹⁴⁷.

Sendo o quadro legal conforme aos imperativos constitucionais e instrumentos internacionais, mas persistindo as assimetrias, é necessário investir continuamente em medidas positivas e proativas. Primeiramente, exige ampliar e reforçar a participação feminina no mercado de trabalho e a igual independência económica entre mulheres e homens, o que acarreta: avançar no equilíbrio entre a vida profissional e pessoal ou familiar – uma questão de ausências justificadas ao trabalho; passar de um modelo de *dual-breadwinner* para um modelo *dual-earner-carer* – uma questão de flexibilidade de horários e organização do tempo de trabalho; promover a proteção no despedimento – uma questão de continuidade no emprego e de progressão na carreira; garantir infraestruturas de cuidado – uma questão de serviços acessíveis e de alta qualidade.

Em seguida, impõe-se reduzir o fosso salarial, desconstruindo as opções de carreira socialmente direcionadas, a segregação sexual nas profissões e a subvalorização do trabalho feminino, e eliminando os obstáculos de progressão na carreira e acesso a cargos de chefia.

Em terceiro lugar, é essencial promover a igualdade na tomada de decisões, políticas e económicas, criando espaço para as mulheres nos quadros diretivos e em posições de liderança, e estabelecendo quotas vinculativas como impulso para um progresso acelerado. Por último, merece referência o combate à violência de género¹⁴⁸.

No sentido de eliminar a desigualdade salarial e reforçar a monitorização das políticas públicas de igualdade no trabalho, o projeto “Equality Platform and Standard” (2019), promovido pela CITE e financiado pelo Programa Conciliação e Igualdade de Género (*EEA Grants 2014-2021*)¹⁴⁹, prevê a elaboração de uma norma relativa a um sistema de gestão de igualdade salarial, assim como a criação de uma plataforma de acompanhamento das políticas públicas que reúna indicadores de medidas em áreas como a representação equilibrada, a igualdade salarial, a parentalidade, a conciliação e a segregação sexual das profissões.

Verifica-se que a realização da igualdade substantiva implica, acima de tudo, uma mudança estrutural e cultural das relações sociais de género, mediante o combate dos estereótipos. Com efeito, os estereótipos são tanto o resultado como a causa de discriminações¹⁵⁰. Neste intuito, é necessário valorizar e investir na educação para a cidadania e na sensibilização da sociedade em geral para estas questões, de forma a que as gerações futuras tenham, cada vez mais, uma mentalidade e perceção diferentes.

¹⁴⁷ Para consulta do ranking e indicadores de progresso de Portugal, *vide* Sustainable Development Report 2020.

¹⁴⁸ Cfr. Comissão Europeia, 2019b; Recomendação n.º (2007)17 do CE.

¹⁴⁹ O Programa Conciliação e Igualdade de Género é operado pela CIG e financia iniciativas estruturantes para o país em domínios alinhados com a ENIND.

¹⁵⁰ Todos os seres humanos, independentemente do sexo, são livres de expressar as suas aptidões pessoais, de ter uma carreira profissional e de fazer escolhas livres de restrições impostas pelos estereótipos, por uma conceção rígida dos papéis dos homens e das mulheres, e pelos preconceitos. Recomendação Geral n.º 28 do Comité da CEDAW, §22. Cfr. arts. 5.º, a) CEDAW e 12.º, n.º 1 Convenção de Istambul.

A desigualdade de género não pode ser eficientemente combatida sem o interesse, envolvimento e compromisso do sistema político e da sociedade como um todo. Por esse motivo, o *GM* pressupõe o envolvimento de vários atores: políticos¹⁵¹, administração¹⁵², aparelhos para a igualdade de género¹⁵³, investigadores e especialistas¹⁵⁴, ONG¹⁵⁵, meios de comunicação¹⁵⁶, e instituições supranacionais e internacionais¹⁵⁷. É preciso garantir que a igualdade de género seja proeminente nos debates internacionais e que um tal compromisso seja adotado em inúmeros cenários, para que a questão tenha a oportunidade de ganhar ainda mais impulso nos próximos anos e seja vista tal como é – uma questão de direitos humanos.

¹⁵¹ São os principais atores responsáveis, dada a sua tarefa formal e oficial de definir prioridades políticas. Conselho da Europa, 1998, p. 35.

¹⁵² Implementa as políticas e tem um papel crescente na deteção e definição de questões, na sua preparação e desenvolvimento. É um ator essencial na execução da estratégia, dado que a mesma significa integrar a perspetiva da igualdade de género diariamente. *Idem*, p. 36.

¹⁵³ Cabe-lhes detetar novas questões e desenvolver novas estratégias. Servem como espaço para a análise e reflexão política. Agem como catalisador e têm um papel decisivo na consciencialização. São um apoio para os atores envolvidos (podem difundir informação, formar, acompanhar, desenvolver e adaptar ferramentas). *Idem*, p. 36.

¹⁵⁴ Têm um papel crescente na deteção e definição de questões políticas e na sugestão de formas para as resolver. A investigação é uma fonte de informação e incentivo para o desenvolvimento de políticas. Podem também constituir um apoio técnico importante. *Idem*, p. 37.

¹⁵⁵ Garantem que a igualdade de género como fim e o *mainstreaming* como estratégia se mantêm na agenda política. *Idem*, p. 37.

¹⁵⁶ Influenciam e moldam a agenda política, a opinião pública e do legislador, construindo e perpetuando valores e normas. Têm um contributo na consciencialização. *Idem*, p. 37.

¹⁵⁷ Agem como atores de suporte, estimulação e iniciação do processo político. O seu carácter supranacional cria um fórum importante para a troca e disseminação de informação entre as OI, os seus Estados Membros e os atores individuais. Permite desenvolver novas perspetivas e estimular a iniciação de novas estratégias, políticas, ferramentas ou técnicas. *Idem*, pp. 37-38.

Referências bibliográficas

- ÁLVARES, C., SILVEIRINHA, M.J. & FERREIRA, V. (2020). Situacionismo de sexo: Um diagnóstico feminista à Plataforma de Pequim passados 25 anos. *Ex aequo*, n.º 42, pp. 9-22.
- AMARAL, M.L. (2004). O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes* (pp. 35-57). Coimbra: Coimbra Editora.
- AMARO, F. & MOURA, R. (coords.). (2008). *Igualdade de género no trabalho: Situações problema e perspectivas de futuro*. Lisboa: AEDES/ISCSP.
- BELEZA, T.P. (2000). Género e direito: Da igualdade ao “direito das mulheres”. *Themis*, n.º 2, pp. 35-66.
- BOOTH, C. & BENNETT, C. (2002). Gender mainstreaming in the European Union: Towards a new conception and practice of equal opportunities? *The European Journal of Women's Studies*, vol. 9, no. 4, pp. 430-446.
- BOTELHO, C.S. (2009). Algumas reflexões sobre o princípio da paridade retributiva. In *Liberdade e compromisso: Estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto*, vol. II, pp. 133-185). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- BROUWERS, R. (2013). Revisiting gender mainstreaming in international development: Goodbye to an illusionary strategy. *ISS Working Paper Series*, no. 556, pp. 1-36.
- CAGLAR, G. (2013). Gender mainstreaming. *Politics & Gender*, vol. 9, no. 3, pp. 336-344. Cambridge University Press.
- CANOTILHO, J.J.G. & MOREIRA, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª Edição revista. Coimbra: Coimbra Editora.
- CANOTILHO, M. (2011). Brevíssimos apontamentos sobre a não discriminação no direito da União Europeia. *Julgar*, n.º 14, pp. 101-111.
- CARVALHO, C.O. (2002). Considerações sobre o estatuto jurídico-laboral da mulher. In *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, pp. 129-158. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO, C.O. (2004). A proteção da maternidade e da paternidade no Código do Trabalho. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, pp. 41-137.
- CERDEIRA, M.C. (2009). A perspectiva de género nas relações laborais portuguesas. *Sociologia, Problemas e Práticas*, n.º 60, pp. 81-103.
- CHARLESWORTH, H. (2005). Not waving but drowning: Gender mainstreaming and human rights in the United Nations. *Harvard Human Rights Journal*, n.º 18, pp. 1-18.
- DALY, M. (2005). Gender mainstreaming in theory and practice. *Social politics: International studies in gender, state and society*, vol. 12, no. 3, pp. 433-450.
- DAVIDS, T., VAN DRIEL, F. & PARREN, F. (2013). Feminist change revisited: Gender mainstreaming as slow revolution. *Journal of International Development, Special issue – Rethinking gender mainstreaming*, vol. 26, no. 3, pp. 396-408.
- DRAY, G. (1999). *O princípio da igualdade no direito do trabalho: Sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Almedina.
- DRAY, G. (2015). *O princípio da proteção do trabalhador*. Coimbra: Almedina.

- DRAY, G. (coord.). (2016). *Livro verde sobre as relações laborais*. GEP-MTSSS.
- ESPÍRITO-SANTO, A. (2018). From electoral to corporate board quotas: The case of Portugal. In É. Lépinard & R. Rubio-Marín (coords.). *Transforming gender citizenship: The irresistible rise of gender quotas in Europe* (pp. 216-244). Cambridge: Cambridge University Press.
- FERREIRA, V. (2000). A globalização das políticas de igualdade entre os sexos: Do reformismo social ao reformismo estatal. *Ex aequo*, n.º 2/3, pp. 13-42.
- GOMES, I.E. (2020). A tutela multinível da identidade de género: Uma questão de direitos humanos. In *Constitucionalismos e (con)temporaneidade: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Afonso Vaz* (pp. 249-280). Porto: Universidade Católica Editora.
- GOMES, I.E. (2020b). Affirmative action. In *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press.
- LÉPINARD, É. & RUBIO-MARÍN, R. (coords.). (2018). *Transforming gender citizenship: The irresistible rise of gender quotas in Europe*. Cambridge University Press.
- LOPES, D. (2011). A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vista à luz do princípio da não discriminação. *Julgar*, n.º 14, pp. 47-75.
- MAIA da SILVA, M.M. (2000). A discriminação sexual no mercado de trabalho: Uma reflexão sobre as discriminações diretas e indiretas. *Questões Laborais*, n.º 15, pp. 84-112.
- MARCELINO, C. (2010). Prefácio. In V. Ferreira (coord.). *A igualdade de mulheres e homens no trabalho e no emprego em Portugal: Políticas e circunstâncias*, pp. 17-21. Lisboa: CITE.
- MARTINEZ, P.R. (coord.). (2020). *Código do Trabalho* anotado, 13.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- MEIER, P. & CELIS, K. (2011). Sowing the seeds of its own failure: Implementing the concept of gender mainstreaming. *Social Politics*, vol. 18, no. 4, pp. 469-489. Oxford: Oxford University Press.
- MESTRE, B. (2020). *Direito antidiscriminação: Uma perspetiva europeia e comparada*. Porto: Vida Económica.
- MIRANDA, J. & MEDEIROS, R. (2017). *Constituição Portuguesa anotada*, vol. I, 2.ª Edição revista. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- MONTEIRO, R. (2010). Genealogia da lei da igualdade no trabalho e no emprego desde finais do Estado Novo. In V. Ferreira (coord.). *A igualdade de mulheres e homens no trabalho e no emprego em Portugal: Políticas e circunstâncias*, pp. 31-56. Lisboa: CITE.
- MONTEIRO, R. (2011). A política de quotas em Portugal: O papel dos partidos políticos e do feminismo de Estado. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 92, pp. 31-50.
- MONTEIRO, R. (2013). Desafios e tendências das políticas de igualdade de mulheres e homens em Portugal. *Estudos Feministas*, vol. 21, n.º 2, pp. 535-552.
- MONTEIRO, R. & FERREIRA, V. (2012). Metamorfoses das relações entre o Estado e os movimentos de mulheres em Portugal: Entre a institucionalização e a autonomia. *Ex Aequo*, n.º 25, pp. 13-27.
- NETO, L. (2009). O Direito e a igualdade de género. *Julgar*, n.º 8, pp. 161-177.
- NOVAIS, J.R. (2019). *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Lisboa: Almedina.
- POLLACK, M. & HAFNER-BURTON, E. (2011). Mainstreaming gender in the European Union. *Journal of European Public Policy*, vol. 7, no. 3, pp. 432-456.
- RAMALHO, M.R.P. (2009). Reconciling family and professional life and the gender equality principle in employment. *European Gender Equality Law Review*, no. 2, pp. 7-14.

- RAMALHO, M.R.P. (2019). Igualdade e desigualdades entre mulheres e homens no trabalho e no emprego: Da teoria à prática. In M.R.P. Ramalho & T.C. Moreira (coords.). *A igualdade nas relações de trabalho: Estudos APODIT* 5, pp. 11-19. Lisboa: AAFDL.
- RAPOSO, V.L. (2004). Os limites da igualdade: Um enigma por desvendar (a questão da promoção da igualdade laboral entre os sexos). *Questões Laborais*, n.º 23, pp. 42-80.
- REBELO, G. (2002). *Trabalho e igualdade: Mulheres, teletrabalho e trabalho a tempo parcial*. Oeiras: Celta.
- REBELO, G. (2020). As licenças, as faltas e as dispensas no âmbito da proteção da parentalidade no trabalho. *Prontuário de Direito do Trabalho*, pp. 173-200.
- RÊGO, M.C.C. (2012). Políticas de igualdade de género na União Europeia e em Portugal: Influências e incoerências. *Ex aequo*, n.º 25, pp. 29-44.
- ROUXINOL, M. (2020). Algumas questões novas sobre a discriminação de género: O problema da identidade de género e o problema da diferenciação em função da aparência física. In *Constitucionalismos e (con)temporaneidade: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Afonso Vaz*, pp. 545-573. Porto: Universidade Católica Editora.
- SILVA, M. (2000). Internalizar a igualdade de género nas políticas públicas: Um caminho em aberto. *Ex Aequo*, n.º 2/3, pp. 43-52.
- SOTTOMAYOR, M.C. (2016). Assédio sexual nas ruas e no trabalho: Uma questão de direitos humanos. In M.C.F. Cunha (coord.). *Combate à violência de género: Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, pp. 69-90. Porto: Universidade Católica Editora.
- SOUSA, R.M. (2016). O conceito de violência de género na Convenção de Istambul. In M.C.F. Cunha (coord.). *Combate à violência de género: Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, pp. 261-274. Porto: Universidade Católica Editora.
- TORRES, A. (coord.). (2018). *Igualdade de género ao longo da vida: Portugal no contexto europeu*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos.
- TRUE, J. (2014). Mainstreaming gender in international institutions. In L.J. Shepherd (coord.). *Gender matters in global politics: a feminist introduction to international relations*, pp. 227-239. Routledge.
- VERLOO, M. (2001). Another velvet revolution? Gender mainstreaming and the politics of implementation. *IWM Working Papers*, no. 5.
- WALBY, S. (2005). Gender mainstreaming: Productive tensions in theory and practice. *Social politics: International studies in gender, state and society*, vol. 12, no. 3, pp. 321-343.

Publicações oficiais

COMISSÃO EUROPEIA (1996). *Incorporating equal opportunities for women and men into all community policies and activities*. Retirado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A51996DC0067>.

COMISSÃO EUROPEIA (2019a). *Gender equality law in Europe: How are EU rules transposed into national law in 2018?* Retirado de: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9b101483-3a44-11e9-8d04-01aa75ed71a1>.

COMISSÃO EUROPEIA (2019b). *Report on equality between women and men in the EU*. Retirado de: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/annual_report_ge_2019_en.pdf.

COMISSÃO EUROPEIA (2020). *Country report on gender equality: Portugal*. Retirado de: <https://www.equalitylaw.eu/downloads/5263-portugal-country-report-gender-equality-2020-pdf-1-04-mb>.

CONSELHO DA EUROPA (1998). *Gender mainstreaming: conceptual framework, methodology and presentation of good practices*. Disponível em: <https://www.unhcr.org/3c160b06a.pdf>

ECOSOC (1997). *Mainstreaming the gender perspective into all policies and programs in the United Nations system*. Retirado de: <https://www.un.org/womenwatch/osagi/pdf/ECOSOCAC1997.2.PDF>.

EIGE (2016). *What is Gender Mainstreaming?* Consultado em outubro de 2020. Retirado de: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5fc8365d-dc80-11e6-ad7c-01aa75ed71a1>

EUROFOUND (2020). *Gender Equality at Work*. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/284a336f-7999-11ea-b75f-01aa75ed71a1>

Resolução do Conselho de Ministros n.º 61/2018 e Estratégia Nacional para a Igualdade e a Não Discriminação 2018-2030. Retirado de: https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2020/12/Resol_Cons_Ministros_61_2018.pdf.

XXII GOVERNO CONSTITUCIONAL (2019). *Relatório sobre o progresso da igualdade entre mulheres e homens no trabalho, no emprego e na formação profissional*. Retirado de: http://cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs2/Rel_Igualdade_2019.pdf.

Sítios consultados na internet

ABRANTES, J.J. (2019). *Igualdade e desigualdades entre homens e mulheres no mercado de trabalho*.

CITE. Retirado de: http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/artigo_josejoaoabrantess%20.pdf.

RÊGO, M.C.C. (2019). *A igualdade entre homens e mulheres no trabalho e no emprego: desafios a enfrentar e a resolver até 2030*. CITE. Retirado de:

http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/artigo_mceu_rego.pdf.

OCDE (2020). *Sustainable Development Report*. Retirado de:

<https://dashboards.sdgindex.org/profiles/PRT>.

EUROSTAT (2020). *Employment rate by sex*. Retirado de:

<https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tesem010/default/table?lang=en>.

Legislação nacional, convenções e/ou instrumentos internacionais disponíveis em:

<https://dre.pt/>

<https://www.pgdlisboa.pt/home.php>

<https://www.ministeriopublico.pt/>

<https://www.dgert.gov.pt/>

<https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

<https://www.coe.int/en/web/portal>

**A delimitação entre o incitamento ao suicídio de menores e a
autoria mediata de homicídio:**

Análise crítica do art. 135.º, n.º 2 do CP

Beatriz Fontoura de Aguiar Pinto

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

Agradecimentos

Aos meus pais, por acreditarem sempre em mim e por me proporcionarem tudo o que preciso para alcançar os meus objetivos, não há palavras que agradeçam o quão abençoada sou por os ter na minha vida.

Aos meus irmãos e ao Manuel, por me terem apoiado nos dias em que perdia o ânimo.

Ao Miguel, que, mesmo sem saber, me deu forças para continuar, principalmente quando estava perto de desistir.

Às minhas amigas e colegas de Mestrado, por tornarem esta “caminhada” inesquecível.

À minha tia Adozinda, que carinhosamente se disponibilizou a ajudar para que tudo corresse bem.

Por último, mas não menos importante, agradeço à Senhora Professora Doutora Conceição Cunha, por me ter guiado e, acima de tudo, por ter despertado o meu espírito crítico. Não poderia ter escolhido melhor orientadora.

Sem eles, nada disto seria possível, dirijo-lhes o meu mais sincero obrigada.

Resumo

O presente trabalho de investigação versa sobre o incitamento ao suicídio de menores e sobre a linha ténue que o distingue da autoria mediata de homicídio.

Tomando como referência e base de toda a investigação o bem jurídico vida humana, bem jurídico basilar do nosso ordenamento jurídico, e, em especial, a necessidade de proteção da vida das crianças e jovens, observamos que, no caso do incitamento ao suicídio de menores, estes se encontram numa posição vulnerável, sendo por vezes instrumentalizados a pôr fim à própria vida, devendo esses casos ser enquadrados na autoria mediata de homicídio. É assim que surge a questão central: entender quando há instrumentalização do menor e, a partir daí, delimitar os casos de homicídio por autoria mediata dos casos de incitamento ao suicídio.

Após breve referência ao bem jurídico vida humana, analisamos o suicídio como pertencente a uma zona livre de Direito, fazendo também alusão à ideação suicida nos jovens. Aliamos ainda ao estudo a análise da (in)capacidade de valoração e autodeterminação dos menores.

Procedemos à análise comparativa dos tipos legais de crime previstos nos arts. 134.º e 135.º do Código Penal e, no âmbito deste último tipo legal, diferenciamos o “auxílio” do “incitamento”, questionando o (des)igual desvalor das condutas. Partimos então para a delimitação de duas diferentes formas de autoria que relevam para a presente dissertação – autoria mediata e instigação.

Delimitamos ainda a autoria mediata de homicídio do incitamento ao suicídio, inicialmente através do critério geral do art. 26.º do CP, para mais tarde o fazermos relativamente a menores e tendo em consideração as principais soluções da doutrina alemã. Por fim, procedemos à análise crítica ao n.º 2 do art. 135.º, aludindo aos eventuais problemas que o artigo suscita e respetivas sugestões para a sua resolução.

Palavras-chave: vida; suicídio; incitamento; autoria mediata; instigação; menores; maturidade; capacidade; domínio do facto.

Abstract

The present dissertation addresses the incitement of minors to commit suicide and the fine line that distinguishes it from the indirect perpetration of homicide, taking as a reference the legal interest of human life, the fundamental legal interest of our legal system and, in particular, the need to protect the lives of minors. In the case of incitement of minors to commit suicide, minors are sometimes instrumentalized to end their own lives; these cases should, thus, be framed in the mediate authorship of homicide. This is how the central issue of this dissertation arises: to recognise the cases where there is an instrumentalization of the minor and, from there, delimit the cases of indirect perpetration of homicide from the cases of incitement to suicide.

After a brief reference to the legal interest of human life, we analyse suicide as belonging to a free zone of Law, also alluding to suicidal ideation in minors, and analyse minors' (in)capacity of evaluation and self-determination.

We proceed with the comparative analysis of the legal types of crime foreseen in arts. 134 and 135 of the Portuguese Criminal Code and, within the scope of the latter legal type, differentiate between "aid" and "incitement", questioning the (unequal) devaluation of conduct. We then set out to define two different forms of liability that are relevant to this dissertation – indirect perpetration and instigation.

We also delimit indirect perpetration of homicide from incitement to suicide, initially through the general criterion of art. 26 of the Portuguese Criminal Code, so that we can do it later in relation to minors, taking into account the main solutions of the German doctrine. Finally, we proceed to the critical analysis of paragraph 2 of art. 135, alluding to possible problems that the article raises and respective suggestions for their resolution.

Keywords: human life; suicide; incitement; abetment; indirect perpetration of homicide; instigation; minors; adolescents; suicidal ideation; criminal liability.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
APA	American Psychological Association
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
Cfr.	Conforme
Consult.	Consultado
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DP	Direito Penal
I.e.	isto é
N.º	Número
OMS	Organização Mundial da Saúde
OPAS	Organização Pan-Americana da Saúde
P.	página
P.e.p.	previsto e punido
P. ex.	por exemplo
Pp.	páginas
Ss.	seguintes
Vol.	volume
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

Índice

Introdução	7
1. O tipo objetivo de ilícito do art. 135.º do CP	9
1.1. O bem jurídico vida e o direito à vida	9
1.2. Suicídio	10
1.2.1. O suicídio em Portugal	12
1.2.2. Ideação suicida nos jovens	14
2. Maturidade e consentimento das crianças e jovens	16
3. Delimitação de tipos legais de crime e distinções legais	21
3.1. Distinção entre incitamento ou auxílio ao suicídio e homicídio a pedido da vítima	21
3.2. Incitamento e auxílio: igual desvalor da conduta?	22
4. Conceção geral da participação	25
4.1. As concretas formas da autoria	25
4.2. Critérios gerais de delimitação entre autoria mediata e instigação	27
5. Delimitação entre incitamento ou auxílio ao suicídio e autoria mediata de homicídio de menores de 16 anos – análise crítica ao art. 135.º n.º 2 do CP	29
5.1. Contextualização do problema	29
5.2. A linha ténue que separa o incitamento ao suicídio e a autoria mediata de homicídio	30
5.2.1. Distinção entre incitamento ao suicídio de menores e autoria mediata de homicídio através dos critérios gerais de delimitação previstos no art. 26.º	30
5.2.2. Distinção entre incitamento ao suicídio (de menores) e autoria mediata de homicídio na doutrina alemã	32
5.2.2.1. Solução da culpa	33
5.2.2.2. Solução do consentimento	33
5.2.3. Aplicabilidade prática e (in)compatibilidade das soluções da culpa e do consentimento com o Direito Penal	34
5.3. Reflexões finais	35
Conclusão	41
Bibliografia	43

Introdução

O direito português faz parte do leque de ordenamentos jurídicos que preveem e punem o incitamento ou ajuda ao suicídio de forma expressa e autónoma, tendo sido este crime – art. 135.º – introduzido no CP de 1982. O bem jurídico que este tipo legal de crime visa proteger é a vida humana – art. 24.º CRP – e o que se pune não é o ato final que irreversivelmente provoca a morte – suicídio –, dado que este não se trata de um crime, mas sim a influência que um terceiro exerce para esse fim, seja através do incitamento seja através da ajuda.

O art. 135.º, n.º 2 prevê um agravamento da moldura penal nos casos de incitamento ao suicídio de menores de 16 anos, eliminando, consequentemente, o enquadramento desses casos no âmbito da autoria mediata de homicídio.

A presente dissertação tem como foco a análise da solução adotada pelo ordenamento jurídico português relativamente à delimitação entre incitamento ao suicídio e autoria mediata de homicídio no caso dos menores, procurando entender se é a que melhor se adequa à tutela dos mais jovens, explorando simultaneamente eventuais hipóteses de alteração.

Trata-se de um problema com importância prática evidente, desde logo dada a diferente moldura penal dos tipos legais de crime envolvidos, sendo esta mais gravosa no caso da autoria mediata de homicídio, simples ou qualificado, onde a pena pode atingir, no máximo, 25 anos, e mais leve no incitamento ao suicídio, onde a pena pode atingir, no máximo, 5 anos.

Para além do que acabámos de referir, a evolução das tecnologias potencia o aumento de casos de instrumentalização de menores a cometerem suicídio, dada a sua maior exposição e consequente aumento da vulnerabilidade.

Iniciamos o nosso estudo pela análise do valor e bem jurídico vida humana, protegido constitucional (art. 24.º) e penalmente. Partimos para a análise do suicídio como pertencente a uma área livre de Direito e procuramos saber qual o seu impacto a nível nacional e relativamente aos mais jovens, abordando a ideiação suicida nessa faixa etária.

Tendo como garantido que a maturidade é um processo gradual que ocorre durante toda a adolescência, partimos para o estudo e investigação das alterações relativas à maturidade cognitiva e maturidade psicossocial para conseguir entender como ocorre o mencionado processo e a partir de que idade é que o jovem tem maturidade e capacidade suficientes para compreender o significado, alcance e consequências do suicídio. Este capítulo, em que o Direito se alia às Neurociências e à Psicologia, terá um grande impacto em toda a dissertação.

Após distinguirmos o art. 134.º do art. 135.º e compreendermos as diferenças entre incitar e ajudar – avaliando se haverá o mesmo desvalor da conduta –, partimos para a

delimitação de duas diferentes formas de autoria que relevam para a presente dissertação – autoria mediata e instigação.

Alcançado o capítulo final, procedemos à contextualização do problema através da análise de casos de incitamento ao suicídio de menores. Procurámos delimitar o incitamento ao suicídio de menores e a autoria mediata de homicídio, começando com uma abordagem geral, tendo em atenção o art. 26.º do CP, a doutrina portuguesa e a distinção feita no capítulo anterior, para mais tarde o fazermos relativamente a menores e tendo em consideração as principais soluções da doutrina alemã: a solução da culpa e a solução do consentimento.

Finalizado o trabalho de investigação, e após avaliação da (in)compatibilidade das soluções da doutrina alemã com o Direito Penal português, desenvolvemos uma reflexão final onde, através de todo o estudo feito, se cumpre dar resposta a várias questões que o art. 135.º, n.º 2 do CP levanta, tais como: terá um menor a capacidade para se autodeterminar em relação à sua morte? Será a decisão de um menor que retira a própria vida livre e consciente? Tendo em atenção as respostas dadas, a disposição legal protege da melhor forma os menores? Ou dever-se-ia admitir a existência de um limite etário abaixo do qual a determinação do menor ao suicídio implicaria sempre autoria mediata de homicídio?

Terminamos com a síntese das principais conclusões a que chegámos.

1. O tipo objetivo de ilícito do art. 135.º do CP

1.1. O bem jurídico vida e o direito à vida

O ordenamento jurídico português encara a proteção do bem ou valor vida humana¹ como uma das suas funções axiais. O direito valora a vida como um “pedaço” de algo mais, a manifestação da união vida e pessoa, corpo e espírito. É esta união que é objeto de proteção.²

Qualquer que seja o significado atribuído, a vida e o direito à vida são base e pressuposto para a existência de muitos direitos, surgindo a problemática de, para além de direito e pressuposto, existir um dever de viver, ou se, pelo contrário, existe escolha e “direito à morte”, estando aqui em causa o problema da eutanásia. Não é sobre tal questão que versa a presente dissertação.

Da análise do disposto no art. 70.º, n.º 1 do Código Civil, retiramos que o direito à vida é irrenunciável e inalienável, não podendo ser limitado legal ou voluntariamente. Mesmo abrindo portas ao “direito a morrer”, este seria de cada um, não podendo os outros dispor de uma vida que não a sua.

Não sendo o suicídio, atualmente, penalmente censurável, algumas sanções mantêm-se, como a do homicídio a pedido da vítima e do auxílio ou incitamento ao suicídio, sendo que o que se criminaliza não é a autolesão do bem vida, mas sim a heterolesão. Censura-se a quota-parte exercida por mão alheia, por intermédio de outrem.

Afastando exceções, como a legítima defesa, o bem jurídico vida é, em regra, indisponível para terceiros, não havendo na lei portuguesa atual³, como foi dito, um direito ou dever de matar, ainda que em forma de ajuda ou a pedido da vítima.

Trata-se de um direito inerente à pessoa, estreitamente relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo o Estado obrigação de assegurar e promover a qualidade de vida de todos os seus cidadãos.

¹ Sendo que esta proteção abarca não só as vidas nascidas, mas também a vida intrauterina. Neste sentido, Godinho, 2012, p. 92.

² Godinho, 2012, p. 92.

³ Cabe referir que, a 05 de novembro de 2021, foi aprovada pela Assembleia da República a lei de despenalização da eutanásia, na sequência do veto do Presidente da República, por inconstitucionalidade, que devolveu o diploma, em março, ao Parlamento. A 29 de novembro, o Presidente da República decidiu devolver à Assembleia da República o decreto sobre morte medicamente assistida, tendo formulado duas solicitações (clarificação de contradições e reponderação de alteração verificada – deixar de ser exigível a “doença fatal”) (<https://www.presidencia.pt/atualidade/toda-a-atualidade/2021/11/presidente-da-republica-devolve-sem-promulgacao-decreto-da-assembleia-da-republica-sobre-morte-medicamente-assistida/>).

1.2. Suicídio

O tipo legal do art. 135.º do CP prevê a punibilidade das condutas de terceiros que auxiliem ou incitem uma pessoa a cometer suicídio. Cabe, então, fazer, a título de enquadramento das noções subjacentes à presente dissertação, a delimitação do conceito de suicídio.

De acordo com o nosso CP, para que haja preenchimento do tipo objetivo de ilícito de homicídio é necessário que se mate outra pessoa, i.e., pessoa diferente do agente. Significa isto que atentar contra a própria vida – suicídio – não se enquadra num “homicídio de si mesmo”, nem se trata de facto punível.

Suicídio deriva do latim *sui* (a si mesmo) *caedere* (matar) e significa a morte de si mesmo, ou seja, a própria pessoa decide do se da própria morte.⁴ Tem-se entendido que se trata de um ato pessoal, fruto de uma tomada de decisão individual – do suicida – que, com plena consciência⁵ do seu significado e no âmbito da sua liberdade e autodeterminação, escolhe a morte em detrimento da vida.⁶

Quando existe uma influência externa decisiva na formação da decisão, estamos perante o crime de incitamento ao suicídio, e caso haja cooperação na tomada de decisão e execução do suicida, então, estaremos perante o crime de ajuda ao suicídio (ambos previstos e punidos pelo art. 135.º do CP).⁷ Neste tipo legal, o que se pune não é a autolesão, mas sim a heterolesão do bem jurídico vida.

Não se pode falar em suicídio por negligência ou imprudência, nem se pode considerar como suicídio a prática de atos conducentes à própria morte resultantes de psicose obsessiva pela autodestruição que retire ao indivíduo a “resistência moral” e o mínimo discernimento sobre o significado do seu ato, porque tal torna o agente incapaz de ter o domínio do acontecimento. Surge a seguinte questão relativa aos menores: têm estes a tão aclamada capacidade? Responderemos à questão mais à frente.

De acordo com Valadão Silveira⁸, o suicídio pode ser cometido por ação – quando a pessoa age contra a própria vida, de forma ativa – ou omissão – sempre que, face a um perigo iminente e tendo a pessoa a possibilidade de o impedir e suster, voluntária e intencionalmente não o faça, com *intentio occisiva*. Quando há abstenção da prática de determinado ato que garanta a vida, tendo a pessoa conhecimento de que com essa abstenção o fim seria a morte, estamos perante um suicídio, porque a finalidade é uma: a morte.

⁴ Andrade, 2012, p. 140.

⁵ Relativamente à plena consciência, este pressuposto gera em nós grandes dúvidas, sendo que segundo estudos científicos, que mencionaremos infra, a esmagadora maioria dos suicídios provém de situações depressivas ou de outras doenças de foro psiquiátrico. Segundo Shneidman *apud* Leenaars, 2010, p. 8, o protótipo do suicida é o daquele que corta a garganta e, ao mesmo tempo, chora por socorro.

⁶ Barreiras, 2016, p. 12.

⁷ Silveira, 1990, p. 11.

⁸ Silveira, 1990, pp. 13 e ss.

Ressalvamos que a recusa de tratamento médico nunca se considera suicídio, e nunca o médico que respeita essa vontade do doente comete homicídio por omissão, isto porque nunca há introdução de uma nova causa para que ocorra a morte. Tomemos como exemplo o caso em que o doente recusa a terapêutica por a considerar desconforme aos seus valores morais, ou até mesmo moralmente ilícita (como é o exemplo das testemunhas de Jeová, que recusam transfusão de sangue por questões religiosas), ou o caso em que o doente recusa o tratamento porque este pode ser um martírio.⁹

Após a delimitação dos elementos essenciais da estrutura objetiva e subjetiva do ato, cumpre fazer uma mais concreta delimitação do conceito e, de acordo com Valadão Silveira, suicídio é “um comportamento voluntário dirigido à própria morte, possuindo o autor o domínio do acontecimento e um limiar de consciência bastante para compreender o sentido existencial de tal conduta” (Silveira, 1990, pp. 16-17).

Cabe mencionar que, mesmo considerando que possa haver suicídios voluntários, serão muito raros, pois a percentagem de suicídios cometidos por pessoas sem história clínica no âmbito de psiquiatria é inferior a 10%, logo, a probabilidade de se tratar de um ato plenamente consciente, livre e, por conseguinte, totalmente voluntário é mínima.^{10 11}

Por outro lado, mesmo numa hipótese de suicídio voluntário, este ato não se pode equiparar a todas as outras ações humanas, tendo em conta a sua irreversibilidade em confronto com a mutabilidade da vontade humana.

O estudo e investigação acerca do enquadramento do suicídio no âmbito da licitude, ilicitude ou numa zona livre de direito tem utilidade, pois ajuda a “arrumar” o suicídio na ordem jurídica. Não tem importância relativamente à pessoa que se pretende suicidar, mas sim relativamente aos deveres jurídicos de terceiros face ao suicídio e até mesmo quanto à contribuição de terceiros (art. 135.º CP).

⁹ Relativamente aos vários entendimentos acerca da omissão, *vide* Andrade, 2012, Anotação ao art. 134.º

¹⁰ Cfr. Silveira, 1990, p. 26 e OMS, 2006, p. 5 – a realidade demonstra que 90% dos casos de suicídio estão relacionados com perturbação mental e 60% dos indivíduos sofrem de depressão.

¹¹ Em sentido contrário, Ferrão, 1857, pp. 44-45: “o suicídio é um acto voluntário como são, em regra, todas as acções humanas” *apud* Silveira, 1990, p. 26.

1.2.1. O suicídio em Portugal

As Ordenações Afonsinas estabeleciam como consequência do suicídio a apreensão dos eventuais meios utilizados para realização do ato. Caso estivesse em causa uma pessoa presa a sanção era mais grave – todos os bens e herança revertiam a favor da Coroa.¹²

Pereira e Sousa considerava o suicídio um crime, contudo, não defendia a punição do mesmo, visto que, “Há hum termo, no qual a Juftiça humana deve parar, que he a morte” (Pereira e Sousa, 1803, p. 292 *apud* Silveira, 1990, p. 31).

No mesmo sentido, Sousa Pinto defende a não punição do suicídio, não só dada a inutilidade da pena, como pelo facto do ato em si não perturbar a ordem social.¹³ A seu ver, em termos políticos, se uma pessoa pode abandonar a sociedade de que faz parte mudando para outra, também deve existir o direito de abandonar a vida.

É curioso encontrar-se no Código Criminal de Mello Freire, no Título XXXI, §39, “O suicídio em dúvida se julgará involuntário¹⁴, e feito por ira, sanha ou por outra paixão forte e vehemente, e se não castigará pela justiça” (Mello Freire, 1844, p. 78 *apud* Silveira, 1990, p. 31).

Por sua vez, já na vigência do Código Penal de 1852, Levy M. Jordão considera o suicídio um facto imoral segundo o qual a pessoa é responsável perante Deus, não reunindo “os caracteres de verdadeiro crime (legalmente falando)” (Jordão, 1854, p. 35 *apud* Silveira, 1990, p. 32).

Em sentido contrário, Silva Ferrão¹⁵ considera o suicídio como voluntário, um mal social e uma violação do direito da sociedade à conservação de todos os seus membros, devendo existir uma medida punitiva a exercer sobre o cadáver do suicida, para que outros suicídios fossem impedidos. Já no que toca à tentativa, a sociedade poderia abster-se de punir, sendo que, apesar de ilícito, o ato não deixou quase vestígios nem materiais nem morais.

Gomes Canotilho e Vital Moreira não tomam posição, limitando-se a afirmar que a Constituição não esclarece o problema de saber se o dever de proteção da vida se impõe ao próprio titular da mesma. Segundo os autores, a CRP não reconhece “vida sem valor de vida”, nem garante decisões sobre a própria vida.¹⁶

Independentemente de todas as visões anteriormente referidas e da evolução que houve com o passar dos anos relativamente ao suicídio, podemos afirmar que o mesmo não tem enquadramento penal, não sendo punido nem na forma tentada. Não concordamos com a ideia de punir o suicida, tal não comporta qualquer benefício, pelo

¹² Silveira, 1990, p. 30.

¹³ Sousa Pinto, 1845, p. 15 *apud* Silveira, 1990, p. 32.

¹⁴ Sublinhado nosso.

¹⁵ Ferrão, 1857, p. 40 *apud* Silveira, 1990, p. 33.

¹⁶ Canotilho & Moreira, 2014, p. 450.

contrário.¹⁷ Há múltiplas maneiras de combater o suicídio, a punição nunca será uma delas.

Uma intervenção por parte de terceiros na morte de outrem, seja de que maneira for, não é lícita, pelo menos, por enquanto (salvo os casos de legítima defesa). O que não está demonstrado é que a vida humana é indisponível também para o próprio, existindo um dever jurídico de estar vivo.

Para se estabelecer uma relação de desconformidade (ou de conformidade ou nenhuma relação) entre o suicídio e o Direito, um tal comportamento tem de ser colocado em confronto com o nosso ordenamento jurídico, uma vez que, para nós, a ilicitude só pode ser pensada dentro dos limites da ordem jurídica em vigor (Silveira, 1990, p. 64).

A questão gira então em torno do art. 24.º da CRP, segundo o qual a vida humana é inviolável. Como questiona Valadão Silveira,¹⁸ é este direito tão importante que por si só seja merecedor de uma proteção uniforme em todas as suas faces ou independentemente da disposição e vontade do titular? Trata-se então não só de um direito, como de um dever? Implica que o suicídio seja considerado um ato ilícito?

Em Portugal, nada demonstra que o dever constitucional de proteção da vida se impõe ao próprio titular, isto porque não há qualquer tipo de sanção para o suicídio ou sua tentativa e não existe nenhum ilícito sem consequências jurídicas.

Não desvalorizamos o significado ético, moral e religioso do suicídio, no entanto, nestes planos, o suicídio implica uma série de ideias diferentes de comunidade para comunidade e de pessoa para pessoa. Aceitar a existência de um dever de viver teria contornos negativos ao nível da autonomia individual, bem como relativamente à consideração da própria dignidade da pessoa humana.

O suicídio não é um ato ilícito; no entanto, também só se poderia considerar como um ato lícito caso existisse um direito ao suicídio face à nossa ordem jurídica.¹⁹ Assim, o suicida não encontra direito de defesa relativamente a tentativas de impedimento do seu ato por parte de terceiros, uma vez que não impende sobre os mesmos a obrigação de se absterem de intervir no sentido do impedimento, pelo contrário, se observarmos o disposto no art. 154.º, n.º 3, al. b) CP, chegamos à conclusão de que a coação é lícita caso vise evitar o suicídio, sendo que esta ressalva se justifica pelo direito de necessidade (art. 34.º CP).²⁰

¹⁷ Neste sentido, Cunha, 2020, p. 148: “Punir quem se tivesse tentado suicidar provocaria certamente efeitos mais nocivos do que benéficos, nomeadamente o efeito de quem tentou procurar agora repetir com êxito o seu intento, ficando ainda mais desencantado (ou desesperado) com a vida”.

¹⁸ Silveira, 1990, p. 64.

¹⁹ “Neste caso, é a própria Constituição que não protege esta forma de exercício do direito fundamental, excluindo da sua esfera normativa este tipo de situações. (...) a Constituição, reconhecendo um direito absoluto à vida, não concede um direito sobre a vida”, em Silveira, 1990, p. 72.

²⁰ Neste sentido, e sobre as causas de justificação estabelecidas no n.º 3 do art. 154.º, vide Carvalho, 2012, pp. 575 e ss.

Conclui-se, assim, que o suicídio, em Portugal, pertence a um espaço juridicamente livre.²¹

1.2.2. Ideação suicida nos jovens

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), o comportamento suicida constitui um grave problema de saúde pública a nível mundial, dado que o suicídio é umas das principais causas de morte (terceira principal causa) entre jovens e jovens adultos com idades entre os 15 e os 19 anos.²²

Apenas 80 dos 183 países-membros da OMS dispõem de informações fidedignas acerca do tema, o que dificulta a elaboração de uma estratégia eficaz para reduzir o número de suicídios.

Trata-se, segundo a OMS, de um grave problema, que, no entanto, é evitável quando há uma intervenção oportuna e atempada.

O ato suicida abarca fortes sentimentos que emergem simultaneamente, culminando na procura pelo indivíduo de pôr fim à própria vida ao mesmo tempo que deseja pedir ajuda. De acordo com Daniel Sampaio, “o suicídio pode ser definido como uma estratégia desesperada de libertação que ocorre quando já foram utilizadas todas as estratégias conhecidas para comunicar a tristeza e a solidão, não sendo somente um ato individual, mas também um ato cheio de mensagens” (Sampaio, 1989, pp. 119- 123 *apud* Costa, 2012, p. 14).

Ou seja, “a decisão de cometer o suicídio é uma forma de fugir ao sofrimento profundo que o indivíduo sente, apesar deste não ser o desejo inicial que a pessoa tem, mas sim uma alternativa imediata” (Vale, 2019, p. 6).

“As tentativas de suicídio podem ser impulsivas ou associadas a um sentimento de desesperança ou solidão” (OPAS – <https://www.paho.org/pt/topicos/saude-mental-dos-adolescentes>).

As estatísticas relativas ao suicídio são parcas e subestimadas, principalmente em relação aos adolescentes, visto que muitos dos seus atos de auto lesão são variadas vezes negados e escondidos pela família.

Em Portugal, as taxas de suicídio nos jovens não são muito expressivas, no entanto, entre 2007 e 2014, a taxa de mortalidade por suicídio aumentou em quase todas as faixas etárias.²³ Há também que estar alerta para a fragilidade desses dados e o peso das “mortes de causa indeterminada”.²⁴

²¹ Para mais desenvolvimentos sobre esta categoria – zona livre de Direito – vide Cunha, 2009, pp. 597 e ss.

²² “An estimated 62 000 adolescents died in 2016 as a result of self-harm. Suicide is the third leading cause of death in older adolescents (15-19 years)”. <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/adolescent-mental-health>. No mesmo sentido, vide Sampaio & Guerreiro, 2013, p. 205.

²³ Nunes, 2018, pp. 27-29.

²⁴ Sampaio & Guerreiro, 2013, p. 205.

As informações disponibilizadas pelos países que fazem parte da OMS demonstram que a frequência do suicídio se está a deslocar dos idosos para os mais jovens, sendo que apesar de a maioria dos suicídios ocorrer a partir dos 14 anos, principalmente no início da adolescência, está a haver um aumento alarmante dos suicídios em crianças menores de 15 anos, bem como na faixa etária dos 15 aos 19.²⁵

Considera-se que ter pensamentos suicidas esporadicamente não é anormal, sendo que estes fazem parte do processo de desenvolvimento entre a infância e a adolescência, no qual ocorre o aparecimento de problemas existenciais e por haver a tentativa de compreensão do que é a vida e a morte. O problema surge quando a concretização desses pensamentos se afigura solução para os problemas que a criança/adolescente enfrenta; é nesses casos que a ideação passa a tentativa ou até mesmo suicídio consumado.

Os adolescentes não têm exata noção do que é a morte e de que a mesma é irreversível, sendo a maior demonstração disso não ficarem, geralmente, surpreendidos quando sobrevivem após uma tentativa de suicídio. Tal evidencia também que “embora os adolescentes suicidas ou em risco de suicídio possam pedir para ninguém os ajudar, o que eles procuram é compreensão por parte de alguém e uma alternativa para a resolução dos seus problemas, no fundo, renascer” (Joffe, 2000, pp. 57-66 *apud* Costa, 2012, p. 17).

Esperava partir a dormir (...) para longe da minha angústia e dos meus problemas. Tomei uma série de comprimidos (...) Quando comecei a ficar tonta e enjoada, é que vi que podia mesmo bater as botas. Foi tal o choque, que me pus a vomitar com quanta força tinha (Lídia, 15 anos em Pommereau, 1997, p. 198 *apud* Oliveira; Amâncio; Sampaio, 2001, p. 518).

Perante uma realidade que não lhe é fácil de encarar, um jovem pode (...) ficar bloqueado e temporariamente passivo; pode mostrar-se agressivo e fazer notar a sua raiva incontida aos outros; pode submeter-se e pensar que é olhado e aceite; (...) pode alimentar as suas ilusões e construir (ou reforçar) os muros que o isolam – até de si mesmo. Atacando ou renunciando ao mundo exterior, parece sentir-se, assim, protegido. O que não passa de uma aparência, sob a qual se escondem (ou reprimem) os seus medos, inseguranças, tristezas e emoções exaltadas que, tantas vezes, lhe incendeiam, turvam e confundem a mente, ávida de referências (Oliveira, 1999b, p. 8 *apud* Oliveira, Amâncio & Sampaio, 2001, p. 518).

As tentativas de suicídio por parte de adolescentes e até mesmo o pedido de ajuda para concretização do ato suicida são, na maioria das vezes, apelos, chamadas de atenção.

É um grito por ajuda não para morrer, mas para lidar com os problemas que levam a essa vontade.

Entendemos, então, ser importante tratar o suicídio de forma cuidadosa, principalmente nesta faixa etária. A ajuda e apoio a estas pessoas deve ser feita a fim de

²⁵ OMS, 2000, p. 6.

evitar que terminem com a sua vida e não o oposto, até porque muitos dos problemas vividos na adolescência podem facilmente ser resolvidos e solucionados, não sendo o termo da vida o melhor ou único remédio.

2. Maturidade e consentimento das crianças e jovens

“(...) se um menor de 16 anos não tiver a maturidade suficiente para entender o significado do suicídio e pedir ajuda a um terceiro, o terceiro que preste essa ajuda comete o crime de homicídio, por autoria mediata” (Albuquerque, 2021, p. 576).

Não podemos analisar o crime previsto no art. 135.º, n.º 2 do CP sem abordarmos a “maturidade” das crianças e jovens, prendendo-se esta com a idade mínima para se ter o domínio “natural” do facto, a idade em que a pessoa consegue compreender os riscos e as consequências das escolhas que faz, com discernimento, responsabilidade e ponderação.

Cumpra então entender a partir de que momento é que o jovem consegue decidir, neste âmbito, de forma livre.²⁶

Nos termos da Convenção dos Direitos das Crianças de 1989, “criança é todo o ser humano menor de 18 anos”²⁷; o art. 122º do CC vai ao encontro desta definição, defendendo que “é menor quem não tiver ainda completado 18 anos de idade”. Contudo, deparamo-nos com os 16 anos como a idade relevante para efeitos de consentimento²⁸ e de imputabilidade penal²⁹, ou até mesmo os 14 anos como idade relevante para efeitos de uma relativa autodeterminação sexual. Todas estas idades têm como justificação o atingir da maturidade e capacidade³⁰ do menor, o que acaba por criar uma enorme dúvida em relação a tais capacidades.

Existe uma exigência jurídica muito rigorosa: as pessoas, ao exercerem os seus direitos, têm de o fazer de forma livre e esclarecida, agindo voluntariamente e conscientes das consequências que advêm da prática de cada ato. É por este motivo que a menoridade é considerada uma incapacidade jurídica; como veremos melhor *infra*, os menores têm um nível de liberdade e esclarecimento inferior ao padrão exigido pelo Direito.

Para conseguirmos delimitar qual a idade mínima para ter o domínio do facto (suicídio) e capacidade para a prática do mesmo (autodeterminação), teremos de aliar o nosso estudo jurídico ao estudo da Psicologia e das Neurociências.

²⁶ Se é que realmente alguém decide “livremente” neste campo...

²⁷ Art. 1.º da Convenção dos Direitos das Crianças.

²⁸ Embora se exija também que o jovem tenha o discernimento necessário para compreender o sentido e alcance do consentimento, no momento em que o presta.

²⁹ Arts. 38.º, n.º 3, e 19.º do CP, respetivamente.

³⁰ No caso dos menores, estes possuem capacidade de gozo, podendo ser titulares de direitos, mas regra geral a lei não lhes concede espaço de liberdade para exercerem de forma autónoma esses direitos, restringindo a sua capacidade de exercício.

Apesar de se procurar promover a autonomia progressiva de crianças e jovens, incentivando-os a participar nas questões relacionadas com a organização da sua vida, estes necessitam de um sistema legal que os proteja.

Ou seja, como foi dito anteriormente, os menores têm os mesmos direitos de personalidade dos adultos, como, por exemplo, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação, no entanto, só os podem “exercer” caso tenham aptidão suficiente para entender a natureza, sentido e alcance das suas decisões, tais como os seus riscos e consequências.

Não somos da opinião de que a maturidade depende apenas da idade, nem é com o atingir dos 18 anos ou até mesmo dos 16 que, de repente, ela surge de forma automática. “O processo de maturação das faculdades físicas, intelectuais, morais e emocionais não se opera de forma instantânea, mas sim de acordo com uma evolução gradual, que também não é semelhante em todas as crianças” (Abreu, 2015, p. 44).

Assim, a maturidade é um processo que não só depende da evolução biológica do menor, como também das experiências de vida do mesmo. Para além disso, temos a convicção de que a maturidade não é tão transversal quanto se pensa, ou seja, a mesma capacidade de discernimento e maturidade que pode servir para a prática de determinados atos pode mostrar-se insuficiente para a prática de outros.

Deste modo, não defendemos que deva existir uma idade única para todo o tipo de questões legais que possam surgir.

Como exemplo desta disparidade podemos referir os casos *Roper v. Simmons* (2005) (caso em que o Supremo Tribunal aboliu a pena de morte dos jovens) e *Hodgson v. Minnesota* (1990) (caso em que se defendeu que uma jovem poderia abortar sem ter que se envolver os pais nessa decisão). Quando a APA se pronunciou, no primeiro caso, defendeu que, de acordo com evidência científica, os adolescentes são “*inherently less blameworthy*” do que os adultos dada a sua imaturidade. Já no segundo, adotou posição diferente, defendendo que os jovens têm maturidade suficiente para decidir se querem ou não abortar, sem se mostrar necessário o envolvimento dos pais.

Este diferente entendimento causou polémica; no entanto, concordamos com Gilfoyle quando refere que, apesar de em ambos os casos estarem em causa decisões tomadas por adolescentes, envolvem diferentes questões legais. Assim, a investigação, que foi diferente em ambos os casos, dizia respeito a aspetos comportamentais distintos de adolescentes.³¹

Not only were the legal issues different in the two cases, but so are the circumstances surrounding abortion decisions and criminal behaviour, and therefore, the relevant dimensions along which adolescents and adults should be compared differ as well (Steinberg *et al.*, 2009, p. 586).

³¹ Gilfoyle, 2009, p. 1 *apud* Steinberg *et al.*, 2009, p. 585.

Consideram que, no que toca ao aborto, o adolescente tem tempo de deliberação antes de fazer a escolha final, podendo consultar adultos (nomeadamente médicos e pessoas com experiência na área); já no que concerne à prática de ilícitos penais, estes são caracterizados por um intenso estímulo emocional, exiguidade de tempo³² e influência de grupo.

A grande questão que se coloca, então, é onde se enquadra o suicídio. Entendemos que há sempre uma carga emocional muito grande ligada ao mesmo, sendo muitas vezes um ato impulsivo. Geralmente, quando há muita reflexão, a pessoa muda de ideias e não põe termo à vida.

Vários estudos da Psicologia defendem que há uma incapacidade por parte dos jovens de dominarem impulsos³³, terem controlo sobre as suas emoções³⁴ e anteverem e avaliarem as consequências dos seus atos, levando à necessidade de manter idades mínimas orientadoras que façam a ligação entre o grau de desenvolvimento, maturidade e capacidade dos menores e a prática de certos atos.

Há uma maior suscetibilidade por parte dos jovens a influências negativas e pressões externas.³⁵ Essa vulnerabilidade vai diminuindo com o passar dos anos. Nas crianças, é óbvia e não se discute; contudo, muitos acreditam, erradamente, que na adolescência tal não acontece. Mas, na verdade, há muitas flutuações na autoestima dos jovens e a puberdade³⁶ traz consigo muita instabilidade e a procura de um “porto seguro”, o que acaba por ser um ambiente propício ao domínio de quem quer exercer influência (muita das vezes negativa).

A visão de longo prazo não é tão frequente nos jovens, o que, por vezes, leva a que valorizem situações que, mesmo não apresentando vantagens a médio/longo prazo, dominam as suas emoções.³⁷ Arriscamo-nos a afirmar que a emoção controla os jovens e não o contrário, sendo que grande parte das suas ações são praticadas para satisfazer necessidades momentâneas, sem pensar nas consequências e impacto que poderão ter no futuro.³⁸

Iremos então explicar a evolução que ocorre durante a infância/juventude, sendo importante fazer a distinção entre a maturidade cognitiva e a maturidade psicossocial no

³² Salvo nos casos de crimes que envolvem plano muito elaborado e premeditado.

³³ Neste sentido, Bonnie & Scott, 2013, p. 159.

³⁴ Neste sentido, Casey *et al.*, 2017 ou 2019, p. 29.

³⁵ Neste sentido, Roper v. Simmons, 2005, pp. 15-16 *apud* Steinberg *et al.*, 2009, p. 583.

³⁶ Sobre o processo da puberdade e a sua influência nos transtornos afetivos vivenciados na adolescência *vide* Ladouceur *et al.*, 2011, pp. 38-44.

³⁷ Cfr. Hartley & Somerville, 2015, pp. 108-115: “Although adolescents appear to have full access to cognitive foundations of decision making, several aspects of decision making such as intertemporal choice, prospective evaluation, and integration of positive and negative feedback are not yet tuned to typical adult levels. Still other processes that inform decision-making are uniquely amplified during adolescence: Learning from direct experience, reward reactivity, tolerance of ambiguity, and context-dependent orientation, toward risk in exciting or peer-laden situations”.

³⁸ Neste sentido, Bonnie & Scott, 2013, p. 159.

que toca a questões do foro legal relativas ao adolescente, dado que investigações na área demonstram que há diferenças nestes dois domínios.³⁹

Assim, estudos através dos quais se avalia a capacidade de raciocínio lógico em situações estruturadas e habilidades básicas de processamento de informação não se depararam com diferenças apreciáveis entre adolescentes (16 anos e mais velhos) e adultos, sendo que quaisquer ganhos que ocorram nestes domínios durante a adolescência ocorrem nos primeiros anos desta e os avanços após esta fase da vida são muito pequenos.⁴⁰

Em confronto, a literatura relativa às diferenças de desenvolvimento entre idades, no tocante a características psicológicas como impulsividade, procura de sensações, orientação para o futuro e suscetibilidade à pressão de pares, revela que os menores demonstram um desenvolvimento contínuo posterior à “média” da adolescência e idade adulta inicial.⁴¹

Apesar dos adolescentes, por volta dos 15 ou 16 anos, demonstrarem níveis de maturidade similar à dos adultos em alguns domínios, noutros demonstram uma imaturidade contínua posterior a esta fase de desenvolvimento.⁴²

Concluimos, com base no estudo levado a cabo por Laurence Steinberg *et al.*⁴³, que aos 16 anos as habilidades cognitivas em geral estão tão desenvolvidas quanto as de um adulto, não havendo grande distinção. Contudo, em termos psicossociais e de maturidade emocional, os adolescentes, mesmo com 18 anos, têm significativamente menos maturidade que indivíduos na casa dos 20.

Estas diferenças relativas à maturação cognitiva e psicossocial explicam-se pela assimetria existente no desenvolvimento das diferentes regiões do cérebro.

Apesar de haver um desenvolvimento durante a adolescência que permite aos adolescentes adquirir maior consciência e controlo sobre os seus atos, também é nesta fase que há um maior descontrolo emocional e uma maior busca de sensações e recompensas momentâneas e de curto prazo. As alterações ao nível dos estímulos e motivação ocorrem após o desenvolvimento das capacidades cognitivas, o que faz com que a evolução durante os primeiros anos da adolescência se equipare à situação: “one is starting an engine without yet having a skilled driver behind the wheel” (Steinberg, 2005, p. 70).

Frisamos que o tratamento legal dado aos adolescentes deve ser ponderado e pensado de acordo com a maturidade do indivíduo, aferida de acordo não só com a idade, mas com o tipo de decisão tomada ou a tomar.

³⁹ Steinberg *et al.*, 2009, p. 586.

⁴⁰ Hale, 1990; Kail, 1997; Keating, 2004; Overton, 1990 *apud* Steinberg *et al.*, 2009, p. 586; os resultados apurados no estudo da MacArthur Foundation Research Network – “Juveniles’ competence to stand trial: A comparison of adolescents’ and adults’ capacities as trial defendants” são consistentes com o defendido.

⁴¹ Scott, Reppucci & Woolard, 1995; Steinberg & Cauffman, 1996 *apud* Steinberg *et al.*, 2009, p. 587.

⁴² Steinberg *et al.*, 2009, p. 587.

⁴³ Steinberg *et al.*, 2009, p. 592.

No que toca a decisões que permitem um processo de deliberação mais lógico e ponderado, onde as influências emocionais e sociais são minimizadas ou mitigadas face à capacidade de discernimento e onde existem “conselheiros” (como profissionais de saúde, psicólogos, professores, ...) que conseguem fornecer informação objetiva quanto aos custos e benefícios de alternativas, os adolescentes são propensos a ser tão capazes de uma decisão madura quanto os adultos, pelos 16 anos de idade.⁴⁴

Dentro destas hipóteses, os autores dão exemplos de condutas como decisões médicas, decisão de participar em estudos, entre outras.

Por outro lado, em situações que estimulam a impulsividade, que são tipicamente caracterizadas pelos altos níveis de excitação emocional ou coesão social, ou em que não é aconselhado ou permitido consultar um perito com mais conhecimento ou experiência, a tomada de decisão de adolescentes, até completarem os 18 anos, tende a ser imatura.⁴⁵

Nestas situações são enquadradas condutas como a prática de crimes e comportamentos assumidos quando os adolescentes estão em êxtase emocional, sem controlo por parte de adultos, em grupo com amigos ou outras condições que acabam por sabotar a sua competência. Incluem-se ainda aqui comportamentos que potencialmente comprometem a saúde do jovem.

Assim, enquadramos o suicídio neste segundo grupo de comportamentos, tratando-se de um comportamento que claramente compromete a saúde ou até mesmo a vida (caso seja bem-sucedido) do adolescente, num momento com um peso emocional gigante, onde muitas vezes não há um incentivo (ou motivação) para conversar com um adulto ou com um profissional que proporcione uma solução mais positiva, o que faz com que haja decisões precipitadas por parte do jovem.

Esta conclusão terá um grande impacto na análise do n.º 2 do art. 135.º do Código Penal.

⁴⁴ Steinberg *et al.*, 2009, p. 592.

⁴⁵ Steinberg *et al.*, 2009, p. 592.

3. Delimitação de tipos legais de crime e distinções legais

Torna-se agora pertinente, para uma melhor compreensão do tema, debruçarmos, no presente capítulo, na distinção dos crimes previstos nos arts. 134.º e 135.º do CP e na distinção entre “incitamento” e “auxílio”.

3.1. Distinção entre incitamento ou auxílio ao suicídio e homicídio a pedido da vítima

A distinção entre estas duas figuras é de elevada importância, relevando de forma acrescida em ordenamentos jurídicos como o alemão, que não punem o auxílio ou incitamento ao suicídio, e também em ordenamentos que o punem de forma autónoma, como é o caso do nosso ordenamento (nomeadamente para efeitos de punibilidade da tentativa, que é punida nos casos do art. 134.º e não nos casos do art. 135.º).⁴⁶

Entre os dois tipos legais medeia a diferença sobre quem detém o domínio do ato letal, ou seja, o “domínio sobre o ato que de forma imediata e irreversível produz a morte” (Andrade, 2012, p. 108). No homicídio a pedido da vítima, o protagonista do acontecimento é o agente que produz a morte de outra pessoa, enquanto no incitamento e no auxílio, o protagonista do acontecimento é o próprio suicida.

O ato só se enquadra no art. 135.º quando há suicídio (ou tentativa de suicídio), sendo que tal só acontece quando é a vítima a pôr em prática a derradeira causa que, em princípio, conduzirá à morte. É a vítima quem decide, em última instância, iniciar o percurso fatal. Já no art. 134.º, “a decisão de pôr fim à vida fica na dependência de um estranho a ela, exactamente aquele a quem se pede que a determine” (Henriques & Santos, 2000, p. 171).

No Projeto de Eduardo Correia, a moldura prevista para o homicídio a pedido da vítima era mais grave do que a prevista para o incitamento ou ajuda ao suicídio. Talvez porque em termos “do comportamento material do agente, o homicídio a pedido da vítima parecerá mais grave” (Cunha, 2020, p. 151). No entanto, na versão original do CP de 1982, as molduras foram equiparadas. O que não nos surpreende tanto relativamente à ajuda⁴⁷; já o incitamento parece-nos ser mais grave do que a ajuda e, em regra, também mais grave do que o homicídio a pedido da vítima. Isto porque, apesar de, do ponto de vista material, o agente não praticar o ato que põe termo à vida, fazendo parecer que o seu comportamento é menos gravoso, do ponto de vista psicológico revela-se bastante grave (a nosso ver ainda mais grave do que praticar o ato final) incutir a ideia suicida na vítima, que não a tinha previamente. Nas palavras de Conceição Cunha, “desencadear o processo letal é mais grave, [isto porque]⁴⁸ no incitamento ao suicídio é o agente que cria

⁴⁶ Cfr. Andrade, 2012, p. 105.

⁴⁷ Apesar de, ainda assim, acharmos que a ajuda ao suicídio é menos grave do que o homicídio a pedido da vítima.

⁴⁸ Parênteses nosso.

na vítima a ideia suicida, é o agente que domina psicologicamente a vítima”; já no homicídio a pedido da vítima, essa ideia já existia antes e partiu da vítima, “o que tornará, nesta perspetiva, a atuação do agente menos censurável” (Cunha, 2020, p. 151).

No entanto, para fazer uma devida avaliação quanto ao maior ou menor desvalor da conduta dos agentes é necessário ter em atenção “que todos os outros fatores do caso concreto terão influência (...), nomeadamente as motivações – uma coisa será matar a pedido da vítima face a uma doença grave e incurável da mesma, outra, matar a seu pedido porque perdeu o emprego ou teve um desgosto amoroso” (Cunha, 2020, p. 151).

De acordo com Moos⁴⁹, entre ambas as incriminações configuram diferentes formas de participação no suicídio: enquanto o art. 134.º configura um suicídio através de mão alheia, o art. 135.º configura ajuda alheia ao suicídio por mão própria. No art. 134.º é a vítima que incita o autor, no art. 135.º é o autor que incita a vítima.

Cabe-nos referir que concordamos com o autor, mas não a cem por cento, dado que no art. 135.º nem sempre é o autor que incita a vítima, por vezes é a vítima que incita o autor (nos casos de auxílio), daí que nos pareça necessário que haja uma distinção entre o incitamento e a ajuda, distinção que faremos adiante.

Em termos teóricos parece fácil proceder a esta distinção; na prática, por vezes, deparamo-nos com grandes dificuldades na qualificação da conduta do agente.⁵⁰

3.2. Incitamento e auxílio: igual desvalor da conduta?

O ordenamento jurídico português faz parte do número de ordenamentos europeus que incriminam expressa e autonomamente o incitamento ou ajuda ao suicídio, tal como a Suíça (art. 115.º), Grécia (art. 301.º), Espanha (art. 143.º), Áustria (§ 78) e França (art. 223.º-13), ao contrário da Alemanha e da Bélgica.⁵¹

A maior parte das codificações proíbem e punem simultaneamente as duas modalidades de conduta. Tomemos como exemplo o art. 135.º do Código Penal Português, que tem por epígrafe “Incitamento ou ajuda ao suicídio”, sujeitando à mesma moldura penal ambos os comportamentos.

⁴⁹ Moos *apud* Andrade, 2012, pp. 139-140.

⁵⁰ Tomemos como exemplo os casos de duplo suicídio unilateralmente falhado como o conhecido caso Gisela. Nem sempre é fácil saber quem praticou o ato letal, questão que também se prende com o problema das condutas omissivas (dever ou não de salvar).

Resumidamente, um casal de namorados decidiu suicidar-se em conjunto. Fecharam-se no interior de um automóvel e colocaram o dióxido de carbono do carro a entrar diretamente para o seu interior, mas, nos últimos instantes, o companheiro da vítima (Gisela) desistiu e saiu do carro, tendo conseguido sobreviver, enquanto Gisela faleceu. Gisela tinha entrado livremente no automóvel e tinha inclusivamente trancado as portas. O sobrevivente foi condenado pelo Tribunal Federal Alemão por homicídio a pedido da vítima (Andrade, 2012, pp. 106-107 e Santos, 2014, p. 22).

Tanto Roxin como Otto discordam do veredicto, no entanto, com diferente argumentação. Roxin considera que a vítima manteve o domínio sobre o ato que irreversivelmente produziu a morte, visto que sempre teve oportunidade de sair do automóvel colocando termo ao processo (tal como fez o seu companheiro). Já “Otto prefere falar antes de co-portadores de domínio do facto” (Mitträger der Tatherrschaft, *cit.*, pp. 164 e ss. *apud* Andrade, 2012, p. 108).

⁵¹ Andrade, 2012, p. 133.

Já o Código Espanhol autonomiza e pune três modalidades de conduta – a indução (punida com pena de prisão de 4 a 8 anos), o auxílio (punido com pena de prisão de 2 a 5 anos) e a cooperação executiva (punida com pena de prisão de 6 a 10 anos), correspondente ao nosso art. 134.^o – homicídio a pedido da vítima.⁵²

No entender, e bem, de Conceição Cunha, a solução legal portuguesa suscita muitas reservas.⁵³ Desde logo pelo facto de o incitamento e a ajuda serem condutas de sentido e compreensão idênticas às da instigação e cumplicidade (respetivamente), não sendo nomeadas como tal pelo simples facto de o suicídio não ser um facto criminalmente típico e ilícito.⁵⁴

Interpretando a palavra “incitar” como sinónimo de “instigar”, sendo então correspondente à conduta de quem “suscita na vítima, por qualquer meio idóneo, a decisão de pôr termo à vida”(Albuquerque, 2021, p. 577)⁵⁵ e considerando que o “auxílio” se equipara à conduta de “cumplicidade”, correspondendo então à colaboração moral ou material na execução de uma decisão (de pôr termo à vida) já tomada previamente pela vítima, facilmente chegamos à conclusão de que o primeiro comportamento se afigura mais grave do que o segundo.⁵⁶

Incitar é desencadear o processo causal “sob a forma de influência psíquica sobre a vítima, despertando nela a decisão de pôr termo à vida” (Andrade, 2012, p. 148). O que quer dizer que anteriormente aquela ideia era inexistente, caso contrário cairíamos na figura do auxílio.

Retomando o raciocínio de Conceição Cunha:

Se, na nossa ordem jurídica, há uma clara diferença no tratamento da instigação face à cumplicidade (onde se integra o auxílio moral ou material), considerando-se o instigador como um autor e o cúmplice como um participante, e aplicando-se a cada um uma diferente moldura penal (evidentemente mais gravosa para o instigador e atenuada para o cúmplice), porque não se faz tal distinção no âmbito da colaboração (em sentido amplo) num suicídio? (Cunha, 2020, p. 152).

Fazendo uma ponte de comparação com a instigação e cumplicidade, “O instigador possui (...) o domínio do facto, (...) sob a forma do domínio da decisão” (Dias, 2007, pp. 798-800), surgindo como verdadeiro dominador da decisão da vítima.⁵⁷ O cúmplice meramente auxilia, não possuindo domínio da decisão, encontrando-se esta na esfera da vítima.

⁵² Cfr. Andrade, 2012, pp. 136-137.

⁵³ Cunha, 2000, p. 152.

⁵⁴ Andrade, 2012, p. 148.

⁵⁵ No mesmo sentido, Andrade, 2012, p. 148, defende que “incitar significa determinar outrem à prática do suicídio”.

⁵⁶ Neste sentido, Albuquerque, 2015, p. 577 e Cunha, 2020, p. 152.

⁵⁷ Sobre a delimitação do conceito de instigação falaremos no próximo capítulo.

Seguimos a opinião de Conceição Cunha de que “Criar noutra pessoa a decisão de se matar (...) [é] significativamente mais grave do que ajudar alguém a matar-se” (Cunha, 2020, p. 153).

Rejeitamos a equiparação das condutas e a solução legal adotada pelo nosso ordenamento jurídico, sendo a favor de uma melhor delimitação entre o incitamento e o auxílio, através da criação de diferentes previsões legais com molduras distintas (como acontece na Lei Penal Espanhola), “ou prevendo a mesma moldura e uma atenuação especial no caso do auxílio (à semelhança do que se estipula para a cumplicidade, no art. 27.º, n.º 2 do CP)” (Cunha, 2020, p. 153).

Esta delimitação tem ainda maior importância no caso dos menores e das pessoas com anomalia psíquica, visto que são mais vulneráveis e têm a capacidade de decisão diminuída.

4. Conceção geral da participação

Quando há mais do que um agente na prática de um ilícito típico, emergem questões relativas ao apuramento da responsabilidade em função da influência que cada um deles teve na consumação do mesmo.

Cabe, inicialmente, fazer a distinção entre os autores, que constituem a “figura central do acontecimento criminoso” (Roxin, 1963, p. 25 *apud* Dias, 2019, p. 886), e os cúmplices, que “constituem figuras laterais, secundárias ou de segunda linha na integral realização ilícita típica” (Dias, 2019, p. 886), sendo então meros auxiliares dos autores. A figura que mais problemas suscita é a do “instigador”, que se situa entre as duas categorias anteriores, sendo que pode, por vezes, constituir uma figura autónoma.⁵⁸

De entre as teorias existentes para determinação das várias formas de autoria e a sua distinção face à participação, mencionamos aqui a teoria do domínio de facto do jurista Claus Roxin, visto ser largamente dominante na doutrina portuguesa⁵⁹. De acordo com esta teoria, o autor é a figura central do acontecimento, tratando-se então do “*dominus* dominador da realização do delito cuja execução depende das “suas próprias mãos”, podendo prosseguir o seu plano inicial ou cancelá-lo a qualquer momento” (Fardilha, 2018, p. 16). É dele que depende o *se* e o *como* da realização típica.⁶⁰

4.1. As concretas formas da autoria

Do disposto no art. 26.º do CP surgem então quatro formas de autoria: autoria imediata, autoria mediata, coautoria e instigação. Já o art. 27.º diz respeito à cumplicidade. Iremos abordar mais especificamente a autoria imediata, a autoria

⁵⁸ Dias, 2019, p. 887.

⁵⁹ Não é nosso objetivo analisar as diferentes teorias acerca do conceito de autoria cujo estudo aprofundado pode encontrar-se por exemplo em Dias, 2019, pp. 887 e ss. e em Faria, 2017, pp. 299 e ss.

⁶⁰ Dias, 2019, p. 894.

mediata e a instigação para que, mais adiante, possamos delimitar os conceitos de autoria mediata de homicídio e incitamento ou ajuda ao suicídio.

Podemos (...) distinguir de entre os autores tipificados os autores materiais e os autores morais, embora esta distinção seja de cariz meramente doutrinal: os primeiros são os que executam ou realizam no todo ou em parte a infração criminosa, ou seja, são quem executa o facto por si mesmo ou quem toma parte direta na execução por acordo ou juntamente com outro ou outros; e os segundos são os agentes que executam o facto por intermédio de outrem ou que determinam outra pessoa à sua prática – em linguagem popular, serão autores materiais aqueles que efetivamente sujam as mãos com a prática do crime e os autores morais aqueles que sujam a alma, pois a execução ficará a cargo de outra pessoa (Fardilha, 2018, p. 18).

Assim, na autoria imediata o autor material atua “por suas próprias mãos, em termos de preencher **na sua pessoa** a totalidade dos elementos objetivos e subjetivos do ilícito típico e deter por isso, (...) o **domínio de acção**” (Dias, 2019, p. 905).

Já na autoria mediata, o autor executa o facto através de outra pessoa, pressupondo uma estrutura plural composta pelo autor mediato e o autor imediato, que será utilizado como instrumento do primeiro, sendo este último o executor.

Assim, e de acordo com Figueiredo Dias e Mariana Fardilha,⁶¹ o “homem de trás” pratica o facto através de um terceiro (“homem da frente”) que instrumentaliza, sendo que este último não tem como resistir à vontade dominante⁶² do primeiro, servindo esse domínio para legitimar que a justiça penal não responsabilize alguém que cometeu um ilícito com as próprias mãos, quando estas apenas se concretizam numa *longa manus* do próprio autor, que se serve “de ‘mãos alheias’ para o cometimento de um ‘facto próprio’” (Pereira & Lafayette, 2014, p. 144).

A influência exercida é de tal modo relevante que o terceiro é apenas usado como instrumento, o que faz com que o autor mediato não perca o domínio do facto. Assim, de acordo com Roxin, para se estar perante uma autoria mediata é necessário não só que todos os pressupostos de punibilidade se verifiquem no “homem-de-trás”, como também o “homem-da-frente” tem de ser jurídico-penalmente irresponsável (seja por ter sido coagido, por ser inimputável, por agir sem dolo, em virtude de erro...)⁶³.

Não nos alongaremos acerca do “homem da frente” ou “instrumento”, remetendo para a obra de Figueiredo Dias⁶⁴; faremos apenas uma breve referência aos casos em que

⁶¹ Dias, 2019, p. 906 e Fardilha, 2018, p. 19.

⁶² O domínio da vontade (defendido por Roxin) pode dar-se por coação, quando o agente coage o terceiro à prática do ilícito; ou erro, quando o agente engana o terceiro e o torna executor involuntário do delito; neste sentido e para maior aprofundamento, *vide* Dias, 2019, p. 906.

⁶³ Oliveira, 2011, p. 20.

⁶⁴ Dias, 2019, pp. 908 e ss.

o “instrumento” atua atipicamente, mais especificamente por ser a própria vítima, visto ser relevante para a presente dissertação.

Assim, existem casos em que, sendo o instrumento a própria vítima, a ação deixa de ser típica. Figueiredo Dias dá o exemplo das ofensas à integridade física, dado que, nestes casos, o “homem de trás” ou é punido por autoria mediata ou fica impune, visto não se poder ser cúmplice sem existir ilícito típico.⁶⁵

Considera que, não detendo a vítima domínio do facto, seja por erro seja por coação, então tratar-se-á de autoria mediata. As coisas serão diferentes caso a vítima tenha o domínio do facto relativamente à autolesão. Não havendo aqui “lugar para a autoria mediata: ou se verifica por parte do homem-de-trás uma verdadeira determinação do homem-da-frente, nos termos da 4.^a alternativa do art. 26.º, e ele não é autor mediato, mas *instigador*; ou não há e o homem-de-trás ficará impune” (Dias, 2019, p. 909).

A questão releva para nós nas situações em que a vítima se suicida. Nestes casos, Figueiredo Dias⁶⁶ mantém a solução anteriormente apresentada de que, caso o “homem de trás” detenha o domínio do facto, então é tido como autor mediato da morte.⁶⁷ Mas esta solução suscita as seguintes dúvidas: será que os casos de incitamento ao suicídio de menores de 16 anos cabem nas situações em que o domínio do facto não está nas “mãos” da vítima? Ou só o incitamento de menores que inclua erro ou coação é que pode ser considerado autoria mediata de homicídio?

O art. 26.º CP considera punível como autor quem “dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”. Cumpre agora analisar a figura da instigação.

O instigador é quem gera no executor a decisão de praticar o ilícito típico, “se necessário inculcando-lhe a ideia, revelando-lhe a sua possibilidade, as suas vantagens ou o seu interesse, ou aproveitando a sua plena disponibilidade e acompanhando de perto e ao pormenor a tomada de decisão definitiva pelo executor” (Dias, 2019, p. 932).

O instigador pode não ter domínio da ação, mas tem seguramente domínio da decisão, visto que anteriormente o instigado não estaria determinado à realização daquela conduta. Só assim a instigação pode ser considerada autoria.⁶⁸

Nos casos em que só há um incentivo, um aconselhamento, uma sugestão, sem se determinar o homem da frente à realização do ilícito típico, então não estaremos perante o conceito de instigação referido no art. 26.º do CP, enquadrando-se estes comportamentos no âmbito da cumplicidade (art. 27.º CP).⁶⁹

⁶⁵ Dias, 2019, p. 909.

⁶⁶ Dias, 2019, pp. 909-910.

⁶⁷ Contra a opinião de Faria, 2017, p. 307: “é duvidoso que se deixe sustentar esta solução, a não ser onde B não detenha qualquer capacidade de decisão devido à manipulação de que foi alvo da parte de A”.

⁶⁸ Veja-se, acerca dos pressupostos objetivos e subjetivos da instigação, Faria, 2017, pp. 327 e ss.

⁶⁹ Neste sentido, Dias, 2019, pp. 933-934.

4.2. Critérios gerais de delimitação entre autoria mediata e instigação

Eduardo Correia concebia um conceito extensivo de autoria com base na teoria da adequação, de acordo com o qual todas as pessoas que tivessem “levado a cabo qualquer comportamento que esteja num nexo de causalidade com o preenchimento do respetivo tipo legal” (Correia, 1953, p. 90 *apud* Brito, 2001, p. 619) são consideradas autoras.

Mesmo reconhecendo que há hipóteses de autoria mediata que não cabem no conceito de instigação, o autor defendia um conceito amplo de autoria moral ou intelectual, não autonomizando a instigação, visto que esta deveria ser punida nos mesmos termos que a autoria moral,⁷⁰ sendo a sua autonomização um luxo conceptual, pois que se autonomizava a figura do instigador para depois o punir como autor.⁷¹

Segundo o princípio da autorresponsabilidade a plena responsabilidade do homem da frente (atuando este com culpabilidade dolosa), não é concebível na autoria mediata, sendo que nesse caso “a qualificação jurídica do homem de trás seria instigador, eventualmente co-autor ou cúmplice, não de autor mediato, não reconhecendo pois, face ao princípio da auto-responsabilidade, a figura de autor atrás do autor” (Dias, 2019, p. 917).⁷²

Mais recentemente, parte da doutrina alemã, nomeadamente Roxin⁷³, tem vindo a sentir necessidade de permitir em certos casos a figura do autor (mediato) atrás do autor, sendo então possível que o “homem de trás” seja punido por autoria mediata mesmo sendo o “homem da frente” plenamente responsável.

Necessidade tornada premente – e que leva uma parte da doutrina a falar já neste preciso contexto de uma teoria limitada da autorresponsabilidade – pela circunstância de aquela doutrina continuar fiel ao dogma segundo o qual, de acordo com a teoria do domínio do facto, o instigador não seria nunca autor, mas mero participante (Dias, 2019, pp. 917-918).

Negar a autoria mediata, segundo a mencionada doutrina, é uma solução que corre o risco de incorrer em lacunas de punibilidade ou até mesmo de conduzir “a um tratamento injustificável dos casos em questão, derivado de se punir como autor aquele a quem cabe a menor fatia de responsabilidade jurídico-penal e como mero participante aquele que no fundo foi o ‘autêntico centro pessoal’ do ilícito praticado e a quem atinge, em princípio uma culpa mais pesada” (Dias, 2019, p. 937).

⁷⁰ Brito, 2001, p. 619.

⁷¹ Ac. do STJ n.º 11/2009 Proc. n.º 305/09 – 3.ª – Fixação de jurisprudência.

⁷² No mesmo sentido, Ac. do STJ n.º 11/2009, Proc. n.º 305/09 – 3.ª – Fixação de jurisprudência.

⁷³ O autor aceita que possa haver autoria mediata com dolo e culpa do executor, dando como exemplo os casos de erro evitável sobre a proibição. Cfr. Roxin, 2000, p. 720 *apud* Brito, 2001, p. 622.

Figueiredo Dias não tem o mesmo entendimento, justificando que “segundo o direito português vigente, as hipóteses de instigação que constituam verdadeira “determinação” devem não apenas ser punidas como autoria, mas ser consideradas verdadeira autoria”.

Assim sendo, mantém a defesa da teoria da autorresponsabilidade, segundo a qual as hipóteses em que o “homem da frente” age de forma responsável não são necessariamente enquadradas na autoria mediata, mas sim na figura da instigação, considerada e punida como autoria.

Do nosso estudo retirámos as seguintes conclusões: segundo os critérios gerais de delimitação, nos casos de autoria mediata, o homem de trás mantém o domínio do facto, sendo que a pessoa instrumentalizada atua sob a sua influência e da forma que este quer, havendo uma dependência funcional do segundo para com o primeiro. Já na instigação, “o facto ilícito típico, desde a sua concepção à sua realização, surge exclusivamente da acção do instigado ao ficar determinado pela acção do instigador, ficando o instigado no domínio exclusivo do facto, a que o instigador se torna alheio”.⁷⁴ Frisamos, no entanto, que o instigador tem o domínio da decisão, sendo então considerado autor.⁷⁵

A intervenção do instigador não constitui então condição suficiente e única da prática do facto pelo instigado, dado que este mantém autonomia na decisão, caso contrário estaríamos perante um caso de autoria mediata.

Fazemos nossas as palavras de Paula Faria quando refere que “a liberdade do sujeito pode ser condicionada por outrem sem que a decisão pelo facto, e a responsabilidade pelos seus efeitos, deixe de lhe pertencer. No limite, a punição do instigador poderia traduzir mesmo uma forma de “menorização” do instigado, que apesar de tudo se mantém autónomo e livre na sua opção de atuar contra o direito” (Faria, 2017, p. 326).

Problemático é, nos casos de incitamento ao suicídio, conseguir identificar se houve ou não instrumentalização da vítima, sendo que, nesses casos, o termo da vida não foi escolha dela, sendo o domínio da vontade e do facto pertença de um terceiro. Estes casos consubstanciam uma autoria mediata de homicídio (homicídio por intermédio da vítima), ao invés de incitamento ao suicídio.

A distinção entre instigação e autoria mediata tornar-se-á pertinente quando procedermos à análise do art. 135.º, n.º 2; juntamente com outras considerações, ajudará a criar uma linha que, apesar de ténue, diferencia os casos de incitamento ao suicídio dos casos de autoria mediata de homicídio

⁷⁴ Ac. do STJ n.º 11/2009, Proc. n.º 305/09 — 3.ª — Fixação de jurisprudência.

⁷⁵ Neste sentido, Dias, 2019, p. 933.

5. Delimitação entre incitamento ou auxílio ao suicídio e autoria mediata de homicídio de menores de 16 anos – análise crítica ao art. 135.º, n.º 2 do CP

5.1. Contextualização do problema

Desde os últimos anos para cá que a internet tem sofrido uma enorme evolução, refletindo um infinito número de novas possibilidades. A presença das novas tecnologias sente-se não só nos mais velhos, como também, e principalmente, nos mais jovens.

A internet tem vantagens associadas, como a evolução e controlo das capacidades motoras, uma maior promoção da comunicação e interação, pelo facto de as pessoas se encontrarem à distância de um clique, acessibilidade a inúmera informação, o que gera conhecimento, entre outras.

No entanto, estamos todos mais expostos aos grandes riscos que esta acarreta. Principalmente os mais jovens, que, para além de mais ingénuos, como foi dito anteriormente, são aliciados pelos riscos e pelo perigo, colocando-se muitas vezes em situações com as quais não têm capacidade para lidar.

Muitos de nós já ouvimos falar da “Baleia Azul”, “Momo” e, mais recentemente, do “Homem-pateta”, que consiste numa série de desafios que têm como objetivo incitar crianças e adolescentes à prática de atos de autoagressão até chegarem ao suicídio, sendo este o objetivo final.

São desafios difundidos através das redes sociais, sendo que “alguns adolescentes são “identificados” pelos curadores através do uso de determinadas *hashtags* ou por fazerem parte de certos grupos nas redes sociais (como grupos sobre depressão ou suicídio)”.⁷⁶ O jogo começa ou por iniciativa do “administrador” ou de forma voluntária pela vítima e, desde o primeiro contacto, o jogador recebe um desafio diário que deve ser cumprido e registado.

No desafio Momo, por exemplo, há extorsão de informações privadas (morada do jovem, relacionamentos que este tem, nome de familiares, morada da escola que o jovem frequenta, ...) que, mais tarde, são usadas para assediar e incitar ao suicídio e violência, dado gerarem no menor um medo terrível.⁷⁷

São um fenómeno que não tem fim, dado que atrás de um surge outro, daí a importância de refletir e reprimir este tipo de condutas. Fazemos nossas as palavras de Conceição Cunha quando afirma que:

⁷⁶ <https://www.publico.pt/2017/04/28/sociedade/perguntaserespostas/perguntas--respostas-sobre-o-jogo-suicidario-baleia-azul-1770413>.

⁷⁷ <https://observador.pt/2018/07/31/depois-da-baleia-azul-a-momo-o-novo-phenomeno-online-na-mira-das-autoridades/>.

(...) embora o fenómeno de “incitamento ao suicídio” (assim como o incitamento a outros atos autoagressivos) não tenha nascido com as redes sociais, estas têm o condão de o potenciar, pela capacidade de alargar a sua influência a um número crescente de jovens, dominados pelo seu fascínio (Cunha, 2020, p. 145).

Para além disso, como já referimos, as redes sociais permitem o acesso a inúmeras informações relativas à vítima, o que facilita o “trabalho” ao criminoso.

O combate a este tipo de condutas não pode dar-se apenas através da adoção de medidas de controlo das redes sociais e sensibilização dos pais, educadores e jovens relativamente aos perigos inerentes aos meios tecnológicos. Também o Direito Penal deve contribuir para a proteção das crianças e jovens, dada a sua vulnerabilidade. Daí a importância da análise do art. 135.º, n.º 2.⁷⁸

5.2. A linha ténue que separa o incitamento ao suicídio e a autoria mediata de homicídio

Não descurando as questões suscitadas pelo auxílio ao suicídio, iremos focar o nosso estudo e análise na questão do incitamento, dado o maior desvalor da conduta e tendo em conta que desencadeia problemas que, na nossa perspetiva, são mais significativos.

Focaremos também o nosso estudo nos casos de incitamento ao suicídio de menores. Assim sendo, iremos interpretar o n.º 2 do art. 135.º de acordo com a delimitação entre instigação e autoria mediata, iniciando com os critérios de distinção subjacentes ao art. 26.º e abordando, mais tarde, como é que a questão da delimitação é debatida na doutrina alemã (dado ser a que mais desenvolvidamente tem tratado este problema).⁷⁹

5.2.1. Distinção entre incitamento ao suicídio de menores e autoria mediata de homicídio através dos critérios gerais de delimitação previstos no art. 26.º

Já referimos anteriormente que Eduardo Correia defendia um conceito extensivo de autoria, sendo que dentro deste caberiam quer as situações de autoria mediata, quer as situações de instigação, não encontrando motivo para distinguir os conceitos, dado que os agentes deveriam ser punidos nos mesmos termos.

O autor acabou por se confrontar com a questão de, no art. 143.º do Anteprojeto da Parte Especial (atual art. 135.º), a distinção entre instigação e autoria mediata se

⁷⁸ Cunha, 2020, p. 146.

⁷⁹ Brito, 2001, p. 617.

tornar de grande relevância, visto implicar a prática de crimes diferentes⁸⁰ e, consequentemente, a aplicação de diferentes penas.

Os seus textos geraram dificuldades de interpretação no que toca à presente temática: primeiro, porque quando delimita as hipóteses de autoria mediata refere, sem criticar, a doutrina alemã, que insere a determinação de inimputáveis ao crime no âmbito da autoria mediata, no entanto adota um critério contrário no art. 143.º, n.º 3 do Projeto da Parte Especial; segundo, porque mesmo adotando como critério geral de inimputabilidade os 16 anos de idade, considera justificada a distinção entre os 14 e os 16 anos em matéria de incitamento ou ajuda ao suicídio.⁸¹

A possibilidade (ou não) de se instigar um menor a pôr termo à própria vida não tem gerado grande discussão na doutrina portuguesa. No entanto, mencionaremos os principais pontos de vista.

Assim, Figueiredo Dias, como já referimos anteriormente, adota a teoria do domínio do facto para delimitar a autoria mediata da instigação. No caso em que o instrumento atua em estado de inimputabilidade, defende que se está seguramente diante da autoria mediata, isto porque nessas situações o “homem-da-frente” não possui o domínio do facto, mesmo que tenha atuado com dolo do tipo. Apela ao princípio da autorresponsabilidade para concluir que um agente menor de 16 anos não pode ser juridicamente responsabilizado pelo facto, “e nessa medida, pode e deve ser visto como intermediário instrumentalizado pelo homem-de-trás” (Dias, 2019, p. 914).

Contudo, quando foi chamado a pronunciar-se no contexto da discussão do projeto de revisão do atual Código Penal, admitiu a possibilidade de incitamento ao suicídio de inimputáveis, chegando a aceitar expressamente tratar como mero incitamento hipóteses em que a vítima tem menos de 14 anos.⁸² No seu entender, é necessário que o juiz proceda à avaliação do caso em concreto de forma a aferir se o suicida tinha ou não o domínio do facto. Por fim, pronunciou-se contra a introdução de uma presunção, no sentido de até aos 14 anos se estar sempre perante situações de autoria mediata de homicídio.⁸³

Segundo Paulo Pinto de Albuquerque, nos casos em que a vítima não tem capacidade de valoração e determinação, não detendo domínio do facto (defendendo o critério dos 16 anos, salvaguardando que, mesmo com o atingir dessa idade, pode não se atingir a mencionada capacidade), afasta-se a liberdade da decisão de suicídio, sendo que nestes casos não estaremos diante de um incitamento ao suicídio, mas sim de autoria mediata de homicídio.⁸⁴

⁸⁰ Como refere Brito, 2001, p. 620, “uma vez que se não houver liberdade de decisão não faz sentido sequer falar em suicídio”.

⁸¹ Brito, 2001, p. 621.

⁸² Neste sentido, Brito, 2001, p. 622.

⁸³ Código Penal Actas e Projecto, 1993, pp. 200-201.

⁸⁴ Albuquerque, 2021, p. 576.

Valadão Silveira considera que apenas se está no âmbito da autoria mediata de homicídio quando os factos dos quais advém a inimputabilidade não permitam à vítima ter o mínimo sinal de posse de si mesma, não detendo capacidade para efetuar um suicídio relevante nos termos do art. 135.º.⁸⁵ Segundo a autora, não se deve aplicar analogicamente o art. 38.º relativo ao consentimento às situações previstas no art. 135.º e, por consequência, considerar que, sempre que se esteja diante de um caso de incitamento ao suicídio de um menor de 16 anos, este se enquadre na autoria mediata de homicídio, dado que tal viola o princípio da legalidade, não só porque este preceito (art. 38.º do CP) se refere a outro tipo de lesões, como também pelo facto de o legislador ter abolido essa ressalva da idade expressa no art. 143.º do Anteprojeto.⁸⁶

Já Costa Andrade, apesar de admitir que a solução do Direito português permite uma maior plasticidade de regime e uma maior atenção às particularidade de cada caso, encara com estranheza “denegar a um menor de 14/15 anos a capacidade para consentir na lesão de um qualquer dos seus bens jurídicos disponíveis e reconhecer-lhe a capacidade para assumir o sacrifício radical e irreversível do mais iminente dos seus bens jurídicos, a vida” (Andrade, 2012, p. 147).⁸⁷

Também Conceição Cunha indaga o sentido de não se reconhecer a um menor de 16 anos capacidade para dispor dos seus bens, nem para pedir para ser morto (ao abrigo do art. 134.º), mas, no entanto, reconhecer-se capacidade para o mesmo dispor da própria vida. Questiona até “por que se é mais exigente quanto à capacidade da vítima que pede para ser morta por comparação com a capacidade de quem se mata a si próprio por influência decisiva de terceiro” (Cunha, 2020, p. 163).

5.2.2. Distinção entre incitamento ao suicídio (de menores) e autoria mediata de homicídio na doutrina alemã

A doutrina alemã foi a primeira a debater a questão relativa à delimitação do homicídio em autoria mediata do incitamento ao suicídio, tendo-a relacionado desde logo com as questões da parte geral relativas à autoria mediata e instigação.^{88 89}

Não descurando a importância da procura desse critério em tese geral, à presente dissertação, tal critério apenas interessa no que se refere às situações em que o agente executor é inimputável em razão de idade.

Mesmo não havendo uma resposta consensual à questão da distinção entre incitamento ao suicídio e autoria mediata de homicídio, podemos afirmar que os autores

⁸⁵ Silveira, 1990, pp. 153-155.

⁸⁶ Silveira, 1990, p. 139.

⁸⁷ Em sentido similar, Silva, 2011, p. 163: “Se o incitamento é direccionado perante um menor de 14 anos (...) configura um caso de homicídio por autoria mediata, pois considera-se que a própria vítima é utilizada como meio de comissão do homicídio”.

⁸⁸ Brito, 2001, p. 623.

⁸⁹ Poderemos justificar a reforçada importância deste problema com relevo dogmático e prático-jurídico no Direito Alemão, dado que decidirá o *se* da punição e não o *como*. Cfr. Andrade, 2012, p. 142.

e os tribunais têm acolhido duas grandes correntes/critérios: a solução da culpa e a solução do consentimento.

5.2.2.1. Solução da culpa

Esta solução é representada a título principal por Roxin e, segundo a mesma, o critério para delimitar as situações de autoria mediata de homicídio das situações de instigação ao suicídio de vítimas inimputáveis em razão de idade deve ser o mesmo a que se recorre para distinguir os casos de autoria mediata dos casos de instigação em situações em que está em causa o cometimento de um delito de domínio.⁹⁰

Ou seja, há uma aplicação analógica dos princípios da exclusão da culpa, nomeadamente a inimputabilidade (arts. 19.º e 20.º) e o estado de necessidade desculpante (art. 35.º), tendo sempre em consideração que estas regras pressupõem a existência de um facto criminalmente típico e ilícito, sendo que o suicídio não o é.⁹¹ Ainda assim, afirmam os defensores desta solução que “apesar de se tratar de decisões distintas (praticar um crime ou suicidar-se), a verdade é que não são mais distintas do que decisões relativas a crimes diferentes” (Brito, 2001, p. 624).

Analisando em termos práticos, caso se adote a solução da culpa, todos os casos em que a vítima é menor de 14 anos, sendo, por conseguinte, considerada inimputável (no direito alemão), serão enquadrados no âmbito da autoria mediata de homicídio, dado que o domínio do facto se encontra totalmente do lado do autor mediato.

Nas hipóteses em que as vítimas que se encontrem entre os 14 e os 18 anos, o critério propõe que se averigue o caso em concreto, avaliando o grau de desenvolvimento espiritual e moral do menor, tentando entender se o mesmo tem maturidade e capacidade para compreender o significado do suicídio e para se autodeterminar tendo em conta essa compreensão.⁹²

5.2.2.2. Solução do consentimento

A solução do consentimento, adiantada por Gerd Geilen, para além de se aplicar a todas as “situações fronteira”⁹³, recorre aos critérios e regras do consentimento e, concretamente, às regras do consentimento “qualificado” subjacente ao homicídio a pedido da vítima para se distinguir a autoria mediata de homicídio do incitamento ao suicídio.⁹⁴

Assim, só se pode considerar que houve incitamento ou auxílio ao suicídio quando a vítima preenche as exigências do consentimento – livre, sério, esclarecido, instantâneo e

⁹⁰ Sendo delitos de domínio aqueles em que o autor, e somente este, é quem possui o domínio do facto.

⁹¹ Andrade, 2012, p. 143.

⁹² Brito, 2001, p. 625.

⁹³ Brito, 2001, p. 628.

⁹⁴ Andrade, 2012, p. 144.

expresso. Todas as outras situações, em que o comportamento da vítima apresenta uma falha que excluiria o seu consentimento, nos termos exigidos pelo tipo legal atinente ao homicídio a pedido da vítima – encontrar-se coagida ou em erro –, são enquadradas na autoria mediata de homicídio, abrindo assim o leque de casos abrangidos por este tipo legal.⁹⁵

Geilen aplica analogicamente ao incitamento ao suicídio as regras do consentimento exigido pelo homicídio a pedido da vítima, por entender que “a maturidade do menor que é de exigir para o suicídio, e que só ela pode fundamentar a responsabilidade individual, não tem nada a ver com a sua maioridade penal” (Geilen, 1974, p. 145 *apud* Brito, 2001, p. 629).

5.2.3. Aplicabilidade prática e (in)compatibilidade das soluções da culpa e do consentimento com o Direito Penal

Iniciando com a solução da culpa, esta implicaria que se alguém incitasse ao suicídio uma pessoa menor de 16 anos⁹⁶ seria punido por autoria mediata de homicídio, dado defender que é através das regras da exclusão da culpa, nomeadamente a inimputabilidade, que se faz a distinção entre o incitamento ao suicídio de menor e a autoria mediata de homicídio.

Tal raciocínio é incompatível com o Código Penal português, desde logo face à existência do n.º 2 do art. 135.º, que determina um agravamento da pena sempre que a vítima é menor de 16 anos, ou seja, “a lei admite *eo ipso* que possa haver [incitamento]”⁹⁷ ao suicídio de inimputável” (Andrade, 2012, p. 146).

Já quando defende que, entre os 14 (nossos 16) e os 18 anos, se deve aferir a capacidade de valoração e de autodeterminação de acordo com essa mesma valoração, tal não é incompatível com o direito português, na medida em que o CP nada dispõe, à partida, em contrário. No entanto, na nossa perspetiva, torna-se contraditório que se aplique a solução pela metade, porque, assim sendo, entre os 16 e os 18 anos proceder-se-ia essa avaliação do domínio natural do facto e, dos 16 para baixo, aplicar-se-ia, de forma automática, o incitamento ao suicídio qualificado.

No respeitante à solução do consentimento, através da sua lógica haveria autoria mediata sempre que não se verificasse por parte do executor uma decisão pautada pela seriedade, liberdade e instância do pedido expresso. Sempre que a decisão cumprisse os requisitos do art. 134.º, estar-se-ia perante o incitamento ao suicídio.

⁹⁵ Neste sentido, Andrade, 2012, p. 145, Brito, 2001, p. 628 e Cunha, 2020, p. 157.

⁹⁶ Fazemos a ressalva de que a inimputabilidade existe até aos 14 anos no Direito alemão e até aos 16 anos no Direito português. Por isso, quando adaptamos qualquer uma das soluções ao sistema jurídico português, falamos nos 16 anos e não nos 14 anos.

⁹⁷ Parênteses nosso.

A aplicabilidade desta solução no Direito português gera dúvidas por ser necessário demonstrar a compatibilidade dos requisitos previstos no art. 134.º com o n.º 2 do art. 135.º e a necessidade lógica de aplicar estes mesmos requisitos ao art. 135.º. Para além disso, este “pedido qualificado” aplica-se apenas a maiores de 16 anos, e quando a vítima tem menos de 16 anos nem se aplica o art. 134.º, o que acaba por gerar em nós maior perplexidade, pois há uma maior exigência relativamente ao homicídio a pedido da vítima (maior de 16 anos) do que relativamente ao incitamento ao suicídio de menor de 16 anos.

5.3. Reflexões finais

O estudo e delimitação dos tipos legais e conceitos realizado ao longo da dissertação servirá como base para a análise que faremos agora do n.º 2 do art. 135.º, aludindo a eventuais problemas que este tipo legal de crime poderá suscitar.

Mesmo colocando em causa o suicídio poder ser expressão de liberdade⁹⁸, não somos da opinião de que todos os casos em que haja o seu incitamento devam ser enquadrados na autoria mediata de homicídio. Daí que o art. 135.º seja pertinente.

A fronteira entre instigação e autoria mediata é complexa e não totalmente consensual, daí que os contornos de autoria mediata de homicídio e incitamento ao suicídio sejam difíceis de traçar.

O maior impasse, para nós, verifica-se relativamente ao incitamento de vítimas menores de 16 anos ou com capacidade de valoração ou determinação sensivelmente diminuídas, dado que o aproveitamento de grave e notória perturbação psicológica da vítima ou da sua imaturidade e vulnerabilidade é claramente um caso de instrumentalização, devendo ser enquadrado na autoria mediata de homicídio.⁹⁹

No entanto, quando observamos o nosso CP deparamo-nos com o agravamento previsto no n.º 2 do art. 135.º, que automaticamente parece excluir do âmbito da autoria mediata os mencionados casos. A interpretação deste artigo implica a análise de várias questões, às quais tentaremos dar resposta.

A primeira, é se fará sentido que se seja mais exigente quanto à capacidade, seriedade e autonomia da vítima no art. 134.º (homicídio a pedido da vítima) do que no art. 135.º (incitamento ao suicídio).

O consentimento mencionado no art. 134.º do CP tem de respeitar as regras previstas na parte geral do CP, mais precisamente no art. 38.º. Assim, para ser eficaz, o consentimento necessita de ser prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir, no momento em que o presta, o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance. Para além disso, tem de traduzir uma vontade séria, livre e esclarecida (para

⁹⁸ Sobre o suicídio como ato (não totalmente) livre, *vide* capítulo I.

⁹⁹ Neste sentido, Cunha, 2020, p. 151.

além dos requisitos já presentes no tipo legal – pedido sério, instante e expresso). Ou seja, todo o consentimento dado por menores de 16 anos é ineficaz, não se enquadrando a conduta no art. 134.º. Não faz então sentido que não haja a mesma proteção nos casos previstos no art. 135.º, mais precisamente nos casos de incitamento de menores de 16 anos, onde se aplica apenas um agravamento da moldura penal.

Exigir, para além da idade, o preenchimento de todos os outros requisitos para aplicação do art. 134.º traduz-se na maior proteção da vítima, com idade superior ou igual a 16 anos, que pede para morrer, do que da vítima, menor de 16 anos, que é incitada a matar-se.

Sentimos que o nosso sistema jurídico entra em contradição, principalmente por, apesar das devidas diferenças, as situações enquadráveis nestes tipos legais terem bastantes semelhanças, mas, no entanto, serem tratadas de forma tão díspar.¹⁰⁰

Mesmo tendo em consideração que quem pratica o ato letal que irreversivelmente provoca a morte da vítima difere, sendo que, no art. 134.º, estamos perante a heterolesão do bem jurídico vida e, no art. 135.º, perante uma autolesão desse mesmo bem jurídico, a verdade é que, analisando o problema no plano psicológico, desencadear o processo letal é mais grave do que praticar o ato final a pedido da vítima. Assim sendo, não nos parece defensável a solução adotada.

Nos termos do art. 19.º do CP, os menores de 16 anos são inimputáveis, sendo que a imputabilidade pode ser definida como “a capacidade do agente, no momento da perpetração do facto, de avaliar a ilicitude do facto ou de se determinar de harmonia com essa avaliação” (Silva, 2001, p. 167). Presume-se então que até aos 16 anos não há ainda “plena consciência da realidade envolvente, falhando a conexão objetiva de sentido entre o facto e a pessoa do agente” (Fontes, 2014, p. 10). Assim sendo, surge a segunda questão: terá o agente menor de 16 anos capacidade para avaliar a irreversibilidade da conduta que irá colocar em prática (suicídio)?

Através da análise dos vários estudos anteriormente expostos, no capítulo II, estamos convencidas que não. Muito menos quando o jovem se encontra em situação de subordinação, i.e., quando a pessoa que o incita a matar-se se encontra em posição de “poder”, por ser, p. ex, familiar, professor, tutor da vítima, tendo conhecimento de informações privadas relativas ao jovem...

Não faz sentido que haja uma maior proteção do menor relativamente aos seus bens materiais, não podendo de eles dispor (na maioria dos casos), dado não ter capacidade para o fazer, do que relativamente ao bem jurídico mais relevante e fundamento de todos os direitos – o bem jurídico vida.

Se um adulto convencer um menor inimputável a praticar um crime e este o praticar, havendo prova bastante de que foi esse mesmo adulto quem criou no menor a

¹⁰⁰ Abordámos as diferenças que separam estes dois tipos legais no capítulo III.

ideia de o praticar, estaremos perante a autoria mediata desse mesmo ilícito típico. Tem sido neste sentido que a doutrina tem enquadrado os casos de inimputabilidade do agente imediato, dado considerar que o autor (mediato) o instrumentaliza, detendo então o domínio do facto.¹⁰¹

Emerge então a terceira questão: não se poderá aplicar o critério geral de delimitação entre instigação e autoria mediata de crime executado por menor para delimitar incitamento ao suicídio de inimputável e autoria mediata de homicídio?

Como indaga Conceição Cunha, “Perante o suicídio o menor passa a ser considerado mais livre e autónomo? Qual a razão para tal consideração das coisas” (Cunha, 2020, p. 161)? Não nos parece que, face ao suicídio, o menor adquira maior grau de capacidade, nem é nesse sentido que os estudos por nós analisados se pronunciam.

A quarta questão é se há presunção de que todos os menores de 16 anos têm a sua capacidade de valorar e de se determinar sensivelmente diminuída ou se é necessário provar essa incapacidade em concreto para que se aplique o n.º 2.

A letra da lei sugere que se possa fazer uma aplicação direta do preceito, sendo que os dois fundamentos da qualificação são alternativos e não cumulativos. Relativamente à doutrina portuguesa, Valadão Silveira¹⁰² considera tratar-se de uma presunção inilidível, enquanto Costa Andrade¹⁰³ defende que se faça prova da diminuição sensível da capacidade de valorar e de autodeterminação.

A favor da aplicação direta do preceito podemos invocar a maior certeza jurídica; contra essa aplicação poder-se-á invocar o princípio da culpa, na medida em que considerar que é uma presunção inilidível pode levar a punir mais gravemente casos em que não se verifica maior culpabilidade, por exemplo quando o autor tem conhecimento da maturidade precoce do suicida.¹⁰⁴

A quinta questão é a seguinte: quando o agente induz a vítima em erro ou a coage, incitando-a a suicidar-se, deveria ser punido por autoria mediata de homicídio?

Nada no tipo legal afasta a sua aplicação relativamente às situações em que o agente induz a vítima em erro ou a coage. No entanto, entendemos que estes casos, independentemente da idade da vítima¹⁰⁵, deveriam ser enquadrados na autoria mediata de homicídio. Até porque não faz sentido que estas situações impliquem, em regra¹⁰⁶, a não aplicação do art. 134.º, mas no caso do art. 135.º percam relevância.

¹⁰¹ O princípio da autorresponsabilidade vai no mesmo sentido, dado considerar que o inimputável não é responsável.

¹⁰² Silveira, 1990, p. 133.

¹⁰³ Andrade, 2012, p. 167.

¹⁰⁴ Brito, 2001, p. 642.

¹⁰⁵ No entanto, sendo a vítima menor, é ainda mais grave, dada a sua vulnerabilidade emocional.

¹⁰⁶ “A seriedade (...) estará **excluída** sempre que o pedido assenta em *vícios da vontade* (coação, erro fraudulentamente induzido ou espontâneo) suscetíveis de, em geral, determinar a invalidade e ineficácia do *consentimento* (...). Para além disso, será irrelevante o pedido devido a *erro (essencial) sobre os motivos*”. Andrade, 2012, pp. 95-133.

Sempre que se trata de incitamento de menor de 16 anos aplica-se o n.º 2 do art. 135.º? Se não, então quais são as características indispensáveis da decisão do menor para que ainda se possa falar em incitamento ao suicídio e não em autoria mediata de homicídio?

De acordo com Sousa e Brito¹⁰⁷, existem dois critérios dogmáticos de delimitação. Segundo o primeiro critério, nos casos de autoria mediata de homicídio, há domínio de vontade por parte do “agente de trás” e falta de domínio do facto por parte do executor – dada a sua falta de capacidade de valoração e autodeterminação –, enquanto nos casos de incitamento ao suicídio há falta de domínio da vontade do “agente de trás” e domínio do facto pelo executor. Já o segundo critério faz depender a existência do incitamento das características inerentes ao pedido referido no homicídio a pedido da vítima (art. 134.º).

Qualquer um dos critérios expostos é compatível com as exigências da lei; porém, nenhum é comprovado por ela.

Nada na lei impede que se aplique o n.º 2 do art. 135.º a todos os casos de incitamento ao suicídio de menores de 16 anos. No entanto, não deixamos de encarar essa solução como inadequada à proteção das crianças e jovens pelos vários motivos aos quais fizemos referência anteriormente.

Não nos referimos às características que a decisão deve revestir, mas sim às características que o menor que a toma deve possuir, nomeadamente maturidade e capacidade suficientes para compreender o significado, alcance e consequências do suicídio.

A última questão é se se deverá admitir a existência de um limite mínimo etário a partir do qual a determinação do menor ao suicídio implica sempre autoria mediata de homicídio.

A história do preceito não vai ao encontro desta ideia, dado que o Anteprojeto da Parte Especial estabelecia um limite – 14 anos – abaixo do qual se aplicavam as regras do homicídio, tendo este sido retirado, não obtendo consagração na Proposta de Lei de 1979 e não constando do diploma de 1982,¹⁰⁸ e tendo Costa Andrade, aquando do Projeto de Revisão de 1995, tentado recuperar a proposta anteriormente feita no sentido de adesão à solução da culpa, tal sugestão foi rejeitada.¹⁰⁹

No entanto, a solução atual tem como consequência uma menor segurança jurídica e uma menor proteção dos menores e dos mais vulneráveis.

É certo que deverá haver um limite, mas não estando este consagrado, fica ao critério de quem aplica a lei. Relativamente a menores de idade inferior a 10 ou 12 anos talvez seja evidente que há instrumentalização e que esses casos sejam enquadrados na

¹⁰⁷ Brito, 2001, pp. 638 e ss.

¹⁰⁸ Brito, 2001, p. 643.

¹⁰⁹ Código Penal Actas e Projecto da Comissão de Revisão, 1993, p. 200.

autoria mediata de homicídio, no entanto, para além de não haver qualquer ressalva, fazendo com que o juiz possa aplicar o art. 135.º, n.º 2 até a um menor de 5 anos, dado que tal decisão se enquadra no seu poder discricionário, no caso dos adolescentes há uma maior probabilidade de se enquadrar no incitamento situações em que o menor foi efetivamente instrumentalizado.

Refletindo acerca dos estudos mencionados no capítulo II, chegámos à conclusão de que, apesar de o desenvolvimento das capacidades cognitivas se dar numa fase inicial da adolescência, chegando a haver equiparação, a esse nível, do adolescente de 16 anos a um adulto, a verdade é que, em termos psicossociais e de maturidade emocional, os adolescentes, mesmo com 18 anos, têm significativamente menos maturidade do que indivíduos na casa dos 20.

A decisão de pôr termo à vida não envolve apenas as capacidades cognitivas do cérebro, sendo revestida de um enorme peso emocional e psicológico. Assim sendo, e dada a falta de capacidade do adolescente a esse nível, há uma maior facilidade na sua instrumentalização.

Não sugerimos que somente se tenha em atenção a idade da vítima, sendo necessário que haja uma avaliação de todos os outros fatores envolventes, “como os meios de que o agente se serve para convencer o menor, assim como a motivação do adulto e do adolescente” (Cunha, 2020, p. 164).

Várias hipóteses, na nossa opinião, seriam mais adequadas do que a existência do n.º 2 do art. 135.º, pelo menos tal como está redigido.

Vamos então ao encontro de que se deveria impor um limite de idade abaixo do qual todos os casos seriam enquadrados na autoria mediata. Por exemplo, o incitamento de menores de 16 anos seria considerado autoria mediata de homicídio¹¹⁰ e, dos 16 aos 18 anos, aplicar-se-ia a agravante do n.º 2 do art. 135.º.

Ou, então, enquadrando sempre na autoria mediata de homicídio o incitamento de menores de 14 anos, dos 14 aos 16 anos deveria fazer-se a análise concreta do caso e, dos 16 aos 18, aplicar-se-ia o agravamento do art. 135.º, n.º 2.

Qualquer uma destas soluções parece ser mais adequada a proteger os jovens e crianças que se encontram numa posição de vulnerabilidade que, variadas vezes, é explorada com malícia, bastando tomar como exemplo disso os casos acima referidos.

Reforçamos que incitamento e auxílio são comportamentos díspares, com diferente desvalor e que, conseqüentemente, deveriam ser abordados de forma distinta, através da criação de diferenciados tipos legais para cada um (como acontece no ordenamento jurídico espanhol) ou prevendo-se molduras diferentes no mesmo tipo legal de crime.

¹¹⁰ Podendo, no entanto, haver aliada uma análise do caso concreto.

Lembramos também que a questão debatida na presente dissertação não se aplica, pelo menos na totalidade¹¹¹, aos casos de auxílio ao suicídio, não fazendo essa questão parte da dissertação.

Para terminar, cabe fazer menção à motivação. Quer o agente incite o menor a suicidar-se por este padecer de doença terminal que provoca sofrimento, quer o incite por este se encontrar triste por ter terminado uma relação amorosa, nada se altera em termos de distinção entre autoria mediata de homicídio e incitamento ao suicídio.

Isto porque, em ambos os casos, nunca foi ideia da vítima terminar o sofrimento através da morte. Nem mesmo a que padecia de doença terminal.

Assim, tendo em conta a sugestão feita anteriormente, sendo a vítima menor de 16 anos, independentemente do motivo, dever-se-ia enquadrar essa conduta na autoria mediata de homicídio, podendo e devendo os motivos relevar no tipo de homicídio em que se enquadraria a conduta (poderia ser uma autoria mediata de homicídio privilegiado, simples ou qualificado).

¹¹¹ Auxiliar uma criança a suicidar-se poderá ser igualmente reprovável, havendo a possibilidade de se enquadrar no âmbito da autoria mediata de homicídio. Não iremos, no entanto, tomar posição nesta temática, dada a necessidade de um estudo aprofundado de várias questões antes de se chegar a uma qualquer conclusão.

Conclusão

Iniciámos a presente dissertação com a proposta de delimitar o incitamento ao suicídio de menores do homicídio por autoria mediata. Procedemos à investigação e estudo com o objetivo de perceber a partir de que idade é que o menor tem capacidade para valorar o suicídio e se autodeterminar de acordo com essa valoração, pois se essa capacidade inexistir haverá instrumentalização do menor.

Clarificámos o conceito de suicídio, não como direito a morrer, mas como liberdade para morrer, e procedemos ao estudo da ideação suicida nos jovens com o propósito de saber qual a percentagem de jovens com pensamentos suicidas, quantos levam essa ideia até ao fim (tentativa de suicídio ou suicídio), quais os seus motivos, e perceber se esses pensamentos são sérios e consistentes.

Desse estudo retirámos que o suicídio é uma forma de fugir ao sofrimento, não sendo o desejo inicial da pessoa, mas a alternativa “mais fácil”, sendo as suas tentativas frequentemente movidas pelo impulso. Não se considera anormal um jovem ter pensamentos suicidas. O problema surge quando a concretização desses pensamentos se apresenta como solução para os problemas que a criança/adolescente enfrenta. As tentativas de suicídio nesta faixa etária são, na maioria das vezes, um grito por ajuda.

Concluimos que há maior suscetibilidade dos jovens a influências negativas e pressões externas, e que a maturidade cognitiva de um jovem de 16 anos é próxima da de um jovem adulto. No entanto, a maturidade psicossocial atinge-se mais tarde, sendo que ainda se encontram grandes assimetrias, neste campo, entre um jovem de 18 anos e indivíduos na casa dos 20.

O resultado destas diferenças é o seguinte: em decisões mais lógicas, que permitem ponderação e onde as influências emocionais e sociais são mitigadas, os adolescentes – a partir dos 16 anos – podem ser tão capazes como um adulto. No entanto, em situações que estão tipicamente associadas a altos níveis de excitação emocional ou pressão social, não havendo oportunidade para se consultar alguém com experiência, a tomada de decisão de adolescentes até completarem os 18 anos tende a ser imatura.

Não defendemos que somente a idade tem relevância para aferir a capacidade ou falta dela, no entanto, pode servir como limite, tal como acontece no que toca à idade escolhida para a inimputabilidade penal ou para a maioridade.

Não aprofundámos a “ajuda” ao suicídio por não se equiparar ao incitamento e, consequentemente, não poder estar em causa (pelo menos, em regra) a instrumentalização da vítima, focando o nosso estudo no segundo comportamento mencionado.

Para alcançarmos a delimitação entre incitamento ao suicídio e a autoria mediata de homicídio, analisámos as soluções da culpa e do consentimento e concluimos que ambas são incompatíveis com o art. 135.º, n.º 2 do CP.

Terminamos com a reflexão que se segue:

Não faz sentido que se seja mais exigente quanto à capacidade, seriedade e autonomia da vítima no art. 134.º (homicídio a pedido da vítima) do que no art. 135.º (relativamente ao incitamento ao suicídio). Mesmo tendo em consideração que no art. 134.º estamos perante a heterolesão do bem jurídico vida, e no art. 135.º perante uma autolesão desse mesmo bem jurídico, a verdade é que desencadear o processo letal (com o incitamento ao suicídio) parece-nos, em regra, mais grave do que a prática do ato final a pedido da vítima.

Não se nos afigura razoável que se negue a um menor de 18 anos capacidade para, por exemplo, dispor dos seus bens, mas se assuma que um menor de 18 tem capacidade e maturidade suficiente para avaliar plenamente o significado do suicídio e a sua irreversibilidade, sendo esta afirmação corroborada pelos estudos analisados.

Caso um adulto convença (com sucesso) um menor inimputável a praticar um crime, estamos perante a figura da autoria mediata por se considerar que há instrumentalização do menor; no entanto, quando um adulto cria num menor de 16 anos a ideia de se matar, não se considera que haja autoria mediata, mas sim incitamento. Será que esta disparidade faz sentido? Mesmo não sendo o suicídio um crime, não nos parece que não se possam aplicar as mesmas regras.

A solução dada pelo art. 135.º, n.º 2 não só não resolve os problemas que o incitamento ao suicídio de menores suscita, como os agrava. Sugerimos então que haja um limite etário abaixo do qual todos os casos seriam enquadrados no âmbito da autoria mediata de homicídio, por exemplo os 16 anos, e que dos 16 aos 18 anos se aplique o n.º 2 do art. 135.º.

Ou então, caso não se queira aplicar o critério geral de delimitação entre instigação e autoria mediata de crime, poder-se-ia baixar o limite para os 14 anos, fazendo-se a análise do caso concreto dos 14 aos 16 anos e aplicando-se dos 16 (ou 14, consoante o caso) aos 18 anos o agravamento do art. 135.º, n.º 2. Sendo que, em ambas as opções, os motivos do agente teriam relevância na escolha da medida da pena.

Bibliografia

- ABREU, R.R.S. (2015). *Os menores e o consentimento informado para o ato médico*. Dissertação de Mestrado em Direito Forense. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa.
- ALBUQUERQUE, P.P. (2021). Anotação ao art. 135.º. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ANDRADE, M.C. (2012). Anotação ao art. 134.º, Anotação ao art. 135.º. In J. Figueiredo Dias (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora
- BARRELAS, N.C.R. (2016). *A (in)disponibilidade da vida em Direito Penal – Reflexões sobre o problema da autonomia e a liberdade individual no fim de vida. Os crimes de homicídio a pedido da vítima e ajuda ao suicídio*. Dissertação de Mestrado em Direito Forense. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa.
- BONNIE, R.J. & SCOTT, E.S. (2013). The teenage brain: Adolescent brain research and the law. *Association for Psychological Science*, vol. 22, no. 2, pp. 158-161. <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0963721412471678>.
- BRITO, A.B.S. (2001). A delimitação entre o incitamento ao suicídio e a autoria mediata de homicídio de menores de 16 anos. Separata da Revista *O Direito*, vol. III, pp. 615-657.
- CANOTILHO, J.J.G. & MOREIRA, V. (2014). *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. 1, 4.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora
- CARVALHO, A.T. (2012). Art. 154.º. In J. Figueiredo Dias (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora
- CASEY, B.J., HELLER, A.S., GEE, D.G. & COHEN, A.O. (2019). Development of the emotional brain. *Neuroscience Letters*, vol. 693, pp. 29-34. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5984129/>.
- COSTA, I.A.N.C. (2012). *Adolescência: Ideação suicida, depressão, desesperança e memórias autobiográficas*. Dissertação de Mestrado em Psicologia Clínica. Lisboa, Instituto Universitário de Ciências Psicológicas, Sociais e da Vida.
- CUNHA, M.C.F. (2009). *Vida contra vida: Conflitos existenciais e limites do direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora
- CUNHA, M.C.F. (2020). Incitamento à automutilação e ao suicídio de adolescentes: Que resposta jurídico-penal? Reflexão à luz dos valores constitucionais da vida humana, da integridade pessoal e da proteção da infância e juventude. In R.L. Xavier & P. Coutinho (coords.). *Constitucionalismos e (con)temporaneidade, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Afonso Vaz*, pp. 143-169. Porto: UCEditora.
- DIAS, J.F (2019). *Direito penal – Parte geral: Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, Tomo I, 3.ª Edição. Coimbra: GESTLEGAL.
- DIAS, R. (2015). Disponibilidade do direito à vida e eutanásia: Uma interpretação conforme a Constituição. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, n.º 16, pp. 182-206. <https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/167>.

- FARDILHA, M.C.N. (2018). *Tentativa de instigação: Punibilidade da proposta de homicídio*. Tese de Mestrado em Direito Criminal. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Escola do Porto.
- FARIA, M.P.R. (2017). *Formas especiais do crime*. Porto: Universidade Católica Editora.
- FONTES, L.S. (2014). *Medidas tutelares educativas – Uma intervenção penal encoberta?* Dissertação de Mestrado em Direito Forense. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa Escola de Lisboa
- GODINHO, I.F. (2012). *Eutanásia, homicídio a pedido da vítima e os problemas de participação em direito penal*. Dissertação de Doutoramento em Direito, Especialização em Ciências Jurídico-Criminais. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- GRISSE, T., STEINBERG, L., WOOLARD, J., CAUFFMAN, E., SCOTT, E., GRAHAM, S., LEXCEN, F., REPPUCCI, N. D., & SCHWARTZ, R. (2003). Juveniles' competence to stand trial: A comparison of adolescents' and adults' capacities as trial defendants. *Law and Human Behavior*, vol. 27, no. 4, pp. 1-43. https://www.researchgate.net/publication/10615937_Juveniles'_Competence_to_Stand_Trial_A_Comparison_of_Adolescents'_and_Adults'_Capacities_as_Trial_Defendants.
- HARTLEY, C.A. & SOMERVILLE, L.H. (2015). The neuroscience o adolescent decision-making. *Behavioral Sciences*, vol. 5, pp. 108-115. <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S2352154615001205?token=778AE55B9049418CA88F50CB565BBDAD882D8EAB28CAFF3524DE439F0C2F8622B9F120BF747E7698BB874F629F9E7113&originRegion=eu-west-1&originCreation=20210429121228>.
- HENRIQUES, M.L. & SANTOS, M.S. (2000). Anotação ao art. 134.º, Anotação ao art. 135.º. In *Código Penal anotado, Vol. 2 – Art. 131.º a 386.º*, 3.ª Edição. Lisboa: Rei dos Livros.
- LADOUCEUR, C.D., PEPER, J.S., CRONE, E.A. & DAHLG, R.E. (2012). White matter development in adolescence: The influence of puberty and implications for affective disorders. *Developmental Cognitive Neuroscience*, vol. 2, pp. 36-54. <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S1878929311000594?token=7D3A3565D24FC7819B0952A7C33BA0DD4506D01DEC5CDCB5A997926ECE556D4E1C3ABDB9220F879079B89EBE03D9EA4D&originRegion=eu-west-1&originCreation=20210429121540>.
- LEENAARS, A.A. (2010). Review Edwin S. Shneidman on suicide. *Suicidology Online*, vol. 1, pp. 5-18. <http://www.suicidology-online.com/pdf/SOL-2010-1-5-18.pdf>.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (1993). *Código Penal. Actas e Projecto da Comissão de Revisão*. Lisboa: Rei dos Livros.
- NUNES, A.M. (2018). Suicídio em Portugal: Um retrato do país. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, vol. 67, n.º 1, pp. 25-33. <https://www.scielo.br/pdf/jbpsiq/v67n1/0047-2085-jbpsiq-67-01-0025.pdf>.
- OBSERVADOR. Depois da “Baleia Azul”, a “Momo”, o novo fenómeno online na mira das autoridades. *Observador*, 31 de julho de 2018, retirado de: <https://observador.pt/2018/07/31/depois-da-baleia-azul-a-momo-o-novo-fenomeno-online-na-mira-das-autoridades/>.
- OLIVEIRA, A., AMÂNCIO, L. & SAMPAIO, D. (2001). Arriscar morrer para sobreviver. Olhar sobre o suicídio adolescente. *Análise Psicológica*, vol. 4, pp. 509-521.

- https://www.researchgate.net/publication/260284517_Arriscar_morrer_para_sobreviver_Olhar_sobre_o_suicidio_adolescente.
- OLIVEIRA, S. (2011). *A justificação – ou não justificação – da figura da instigação no nosso Código Penal*. Dissertação de Mestrado em Direito Criminal. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa Escola do Porto
- OMS (2006). Prevenção do suicídio. Um recurso para conselheiros. https://www.who.int/mental_health/media/counsellors_portuguese.pdf.
- OMS (2000). *Prevenção do suicídio: Manual para professores e educadores*. Genebra: Departamento de Saúde Mental Organização Mundial da Saúde. https://www.who.int/mental_health/prevention/suicide/en/suicideprev_educ_port.pdf.
- OMS. (2020). Adolescent mental health. 28 de setembro de 2020. <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/adolescent-mental-health>.
- OPAS. Saúde mental dos adolescentes. <https://www.paho.org/pt/topicos/saude-mental-dos-adolescentes>.
- PEREIRA, V.S. & LAFAYETTE, A. (2014). Anotação ao art. 26.º. In *Código Penal anotado e comentado: Legislação conexa e complementar*, 2.ª Edição. Lisboa: Quid Juris.
- SAMPAIO, D. & GUERREIRO, D.F. (2013). Comportamentos autolesivos em adolescentes: Uma revisão da literatura com foco na investigação em língua portuguesa. *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, vol. 31, no. 2, pp. 213-222. <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0870902513000308?token=F7BA241B95A0096A70EC43C9C9209472E14E16FFC8D36D629F0A6DB679310811BD109D5414500FADCC3FB2BF723D984F&originRegion=eu-west-1&originCreation=20210429124616>.
- SANTOS, J.F. (2014). *Reflexões críticas sobre o homicídio a pedido da vítima (Art. 134.º Código Penal)*. Dissertação de Mestrado em Direito Criminal. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa Escola do Porto
- SILVA, C.C. (2017). O que é, afinal, o jogo suicidário Baleia Azul?”, *Público*, 28 de abril de 2017. <https://www.publico.pt/2017/04/28/sociedade/perguntaserespostas/perguntas--respostas-sobre-o-jogo-suicidario-baleia-azul-1770413>.
- SILVA, F. (2011). *Direito penal especial: Os crimes contra as pessoas*, 3.ª Edição. Lisboa: Quid Juris.
- SILVA, G.M. (2001). *Direito penal português – Parte geral II: Teoria do crime*. Lisboa: Editorial Verbo.
- SILVEIRA, M.M.V. (1990). *Sobre o crime de incitamento ou ajuda ao suicídio*, 2.ª Edição. Lisboa: AAFDL Editora.
- STEINBERG, L. (2005). Cognitive and affective development in adolescence. *Cognitive Sciences*, vol. 9, no. 2, pp. 69-74. <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S1364661304003171?token=83D791DCEE3C4BED2B86DB47F3C0E170311A8867F4117AB243F32C6EBEC09DE9E80BF80B9FD52BF97D55B9975C681EAD&originRegion=eu-west-1&originCreation=20210429122029>.
- STEINBERG, L., CAUFFMAN, E., WOOLARD, J. & GRAHAM, S. (2009). Are adolescents less mature than adults? Minors’ access to abortion, the juvenile death penalty, and the alleged APA “flip-flop”. *American Psychologist*, vol. 64, no. 7, pp. 583-594.

https://www.researchgate.net/publication/26890381_Are_Adolescents_Less_Mature_Than_Adults_Minors'_Access_to_Abortion_the_Juvenile_Death_Penalty_and_the_Alleged_APA_Flip-Flop.

VALE, A.C.C. (2019). *Ansiedade social e ideação e comportamento suicida em estudantes universitários*. Dissertação de Mestrado em Psicologia Clínica e da Saúde. Braga, Faculdade de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Católica Portuguesa Escola de Braga.

WHO. Adolescent mental health. <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/adolescent-mental-health>.

A administração de uma sociedade por uma pessoa coletiva
(Sociedade comercial)

Catarina Filipa de Sousa Magalhães

Sob a orientação da Professora Doutora
Maria de Fátima Ribeiro

Agradecimentos

Em primeiro lugar, aos meus pais, pelo apoio incondicional, confiança e afeto infinitos, por me ensinarem que com perseverança e tenacidade tudo é possível, por serem os meus alicerces.

Aos meus irmãos, pela motivação, entusiasmo e cumplicidade, por todo o carinho e força que me transmitem, mesmo à distância, vocês são incansáveis.

Aos meus amigos, pela alegria, amizade, por terem sempre uma palavra de alento e por serem, muitas vezes, um refúgio durante esta etapa.

Ao meu amigo de longa data José, por me ter incentivado e acompanhado ao longo deste percurso desafiante, pelo entusiasmo que tanto o caracteriza e pela confiança inabalável que deposita em mim.

Em especial, ao meu Zé, pela ternura imensurável e pelo sorriso que tornam os dias mais leves.

À minha orientadora, Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro, pela disponibilidade demonstrada, sentido crítico e por toda a orientação dada.

Resumo

O Código das Sociedades Comerciais foi alvo de uma profunda reforma em 2006, o que se traduziu em significativas mudanças no que diz respeito ao regime societário português.

Assim, com o presente estudo, pretendemos facultar uma maior compreensão quanto à administração dos diversos tipos societários existentes em Portugal, em particular, no que concerne a possibilidade de designação de uma pessoa coletiva para exercício destas funções. No alinhamento, iremos procurar dar resposta a determinadas questões que se prendem com a designação em apreço, bem como clarificar certos aspetos, relativamente à sua aplicação prática, cuja regulação não se afigura homogénea no nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: administração; designação; pessoa coletiva; exercício efetivo.

Abstract

The Commercial Companies Code underwent a profound reform in 2006, which resulted in significant changes in terms of the Portuguese corporate regime.

Thus, with this study, we intent to provide a greater understanding of the administration of the several types of companies existing in Portugal, in particular, as to the possibility of designating a legal person to exercise these functions. We will also try to answer certain questions related to the designation under analysis, as well as clarify certain aspects regarding its practical application, the regulation of which does not appear as homogeneous in our legal system.

Keywords: administration; designation; legal person; effective exercise.

Lista de siglas e abreviaturas

AG	Assembleia Geral
Al.	Alínea
Anot.	Anotação
Art./ Arts.	Artigo/ Artigos
CA	Conselho de Administração
CC	Código Civil
C.Com.	Código Comercial
Cfr.	Confira
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DL	Decreto-lei
Ed.	Edição
LSC	Ley de Sociedades de Capital
N.º/ N.ºs	Número/ Números
Nt	Nota
P. /Pp.	Página/ Páginas
PC	Pessoa coletiva
Reimp.	Reimpressão
ROC	Revisor Oficial de Contas
SA	Sociedade Anónimas
SNC	Sociedades em Nome Coletivo
SQ	Sociedade por Quotas
Ss.	Seguintes

Índice

Introdução	6
I. Contextualização	7
1. Regime vigente antes da entrada em vigor do CSC	7
II. Regime atual	10
1. Sociedades em nome coletivo (reguladas nos arts. 175.º a 196 CSC)	10
2. Sociedades anónimas	10
3. Sociedades por quotas	13
3.1 Organização das SQ	13
3.2 Designação de pessoa coletiva no seio de uma SQ	15
3.3 Aplicação analógica	16
3.4 Solução provinda do próprio regime das SQ	17
4. Sociedades em comandita simples e por ações	19
III. Admissibilidade desta designação e relações estabelecidas entre os intervenientes	20
1. Designação da pessoa coletiva	20
2. Nomeação da pessoa singular	21
3. Relação entre a sociedade comercial e a pessoa singular nomeada	23
4. Substituição e destituição da pessoa singular nomeada	24
5. Relação entre a pessoa coletiva designada e a pessoa singular nomeada – análise da responsabilidade	29
IV. Questões sem resposta direta no nosso ordenamento jurídico	32
1. Remuneração da pessoa coletiva enquanto administrador	32
2. Exercício de atividade concorrente	34
3. Celebração de negócios entre a sociedade e os seus administradores	36
Conclusão	37
Bibliografia	39

Introdução

Nos últimos anos, o Código das Sociedades Comerciais (anterior Código Comercial), doravante designado por CSC, tem sido alvo de múltiplas alterações. Neste seguimento, o objeto da presente dissertação consiste no estudo da administração das sociedades comerciais em Portugal, designadamente quanto à possibilidade de uma sociedade ser administrada por uma pessoa coletiva, situação esta caracterizada por uma regulação avulsa, desalinhada e desconexa, antes da entrada em vigor do CSC¹. Como tal, pretendemos fazer uma breve referência ao regime aplicável nesta altura, porque a lei não era elucidativa quanto à existência de disposições legais que obstassem à escolha de pessoas coletivas para exercerem funções de administradores ou gerentes de sociedades (arts. 151.º, 171.º, 199.º e 203.º do C.Com).

Não obstante o destaque quanto ao nosso ordenamento jurídico, considera-se pertinente uma rápida referência às soluções adotadas noutros quadrantes, no sentido em que procuramos compreender de que modo é que esta legislação influenciou a prática societária portuguesa, pelo que salientamos dois exemplos a respeito destas matérias.

Conscientes de que os administradores de uma sociedade desempenham um papel fundamental na direção e organização da mesma, e são detentores de um poder influente – ainda que esta influência se faça sentir com maior incidência nas SA, de cariz maioritariamente capitalista, entendemos que a mesma é igualmente transversal aos tipos societários de cunho pessoalista e familiar –, afigura-se essencial proceder a uma reflexão quanto à sua função e quanto aos atributos que devem possuir, nunca obliterando a questão da expressão da vontade dos órgãos sociais.

No alinhamento, iremos analisar individualmente os regimes consagrados para os diferentes tipos societários, estabelecendo os pontos de contacto entre os mesmos e aqueles em que mais se distanciam, tendo por base as diversas soluções e interpretações doutrinárias, com maior enfoque nas SQ e SA, visto que os restantes tipos societários não têm grande expressão prática em Portugal, dadas as características do tecido empresarial do país.

Por fim, faremos um enquadramento geral quanto a questões que não encontram, ainda, resposta expressa no nosso ordenamento jurídico, para aferirmos da sua articulação com o regime atual do CSC e da possibilidade de encontrarmos uma solução no seio do mesmo.

¹ Quanto ao alcance do conceito de pessoa coletiva, entendemos ser adequada a visão de Paulo Olavo Cunha, que engloba todas as entidades juridicamente relevantes que não sejam pessoas singulares (Cunha, 2009, p. 166).

I. Contextualização

1. Regime vigente antes da entrada em vigor do CSC

As disposições existentes, à data, não negavam expressamente a possibilidade de designação de uma pessoa coletiva para o exercício do cargo de administração, apesar de também não considerarem os obstáculos que daí advinham. Note-se, a título de exemplo, que o art. 172 C.Com. apenas dispunha que “a eleição dos administradores será feita entre sócios”. Como tal, Manuel Nogueira Serens chama a atenção para o facto de que, se estivéssemos perante uma situação em que todos os sócios fossem pessoas coletivas, tendo em conta que a eleição de administradores cabe aos sócios, não seria possível a constituição do órgão administrativo².

Assim, face ao simplismo que revestia as disposições do C.Com, entendemos que, extensivamente, se aceitava a designação de uma pessoa coletiva para o exercício do cargo de administração a nível doutrinal, algo que se refletiu na atuação societária.

De facto, após consideração das posições doutrinárias existentes, concluímos que o contexto antes da entrada em vigor do CSC se pautava por uma aceitação geral da escolha das pessoas coletivas para o exercício destes cargos, equiparando-as às pessoas singulares no que diz respeito à capacidade de exercício que detêm e aos direitos que possuem.

Na verdade, existem autores que rejeitam esta prática, argumentando que a natureza inerente às funções de um administrador revestia uma índole pessoalista própria e que a relação estabelecida entre este e a sociedade pressupunha um carácter pessoal, predominantemente marcado pela confiança que levou à sua designação para exercer estas funções em específico³.

Assim, consideravam necessária a realização de uma apreciação das aptidões pessoais que a pessoa coletiva em questão detinha para desempenhar este cargo, constituindo este um “juízo impossível” de realizar, quanto a pessoas coletivas, na medida em que “a sua personalidade é uma mera criação do direito”⁴. Não se afigurando possível aferir a capacidade das mesmas para um exercício adequado destes cargos, persistiu a recusa desta possibilidade, alicerçada na ideia de “inadequação das pessoas morais para serem órgãos de outros entes da mesma natureza”⁵, tendo em conta que a sua vontade só podia materializar-se através de pessoas singulares físicas.

² Serens, 1995, p. 56.

³ Cunha, 2017, p. 84.

⁴ Rodrigues, 1990, p. 121.

⁵ Cunha, 1985, p. 5.

Independentemente dos obstáculos explanados, a realidade era marcada pela aceitação desta possibilidade, extensível a todos os tipos societários existentes, independentemente de se encontrarem previstos no C. Com⁶.

Esta situação alterou-se com a entrada em vigor do DL n.º 648/70, de 28 de dezembro, que versava sobre a fiscalização das SA, contendo disposições inovadoras face ao DL n.º 49 381, de 15 de novembro de 1969, entre elas o reconhecimento da possibilidade de uma pessoa coletiva ser eleita para integrar um órgão colegial, tratando-se, no caso, do Conselho Fiscal. Sublinhamos que devem ser observadas determinadas exigências e requisitos, nos termos dos arts. 2.º, n.º 1 e 3.º, n.ºs 2 e 3, do DL n.º 49 381, de 15 de novembro de 1969, na redação conferida pelo DL n.º 648/70, de 28 de dezembro⁷.

No alinhamento, inferimos que a lei portuguesa se inspirou na solução francesa, adotada com a entrada em vigor da lei de 1966⁸, que apresentou a possibilidade de uma pessoa coletiva ser eleita administradora de uma SA ou gerente de uma sociedade de responsabilidade limitada (art. 91 da Lei de Julho de 1966). Concomitantemente, a mesma previa a obrigatoriedade de a pessoa coletiva designar um representante permanente (uma pessoa singular), sujeito aos mesmos deveres e obrigações que a pessoa coletiva, encontrando-se numa posição suscetível de incorrer, solidariamente, na mesma responsabilidade civil e penal em que o administrador em nome próprio incorre⁹. A necessidade de nomeação de uma pessoa singular advém da mencionada falta de compatibilidade entre a natureza de uma pessoa coletiva e as responsabilidades associadas a este tipo de cargos. Daí que haja uma maior consciencialização para as dificuldades que se prendem com a sua eleição, uma vez que se trata de decisões complexas e de funções indelegáveis, sendo, por excelência, “*intuitu personae*”, e encontrando-se indubitavelmente ligadas ao “núcleo do poder de gestão”¹⁰. Também se revela essencial a ideia de continuidade e coerência na representação¹¹, que evidencia um desejo de estabilidade relativamente à administração da sociedade, o que, naturalmente, contribui para um funcionamento proficiente e seguro da mesma.

No âmbito das alterações na legislação portuguesa, quanto a este DL, ressaltamos que o mesmo dispõe acerca do conselho de fiscalização, e não do conselho de administração (à semelhança do sucedido em França). Não obstante, face à omissão da lei relativamente à sua composição, a doutrina entendeu que estas alterações deveriam produzir efeitos na esfera do

⁶ As SQ só surgiram no nosso sistema legal societário em 1901, com a Lei de Abril, motivada pelo legislador alemão, que criou este tipo societário a 20 de abril de 1982. Tratou-se de uma inovação de extrema relevância, na medida em que os tipos societários previstos em Portugal não se coadunavam com o tecido empresarial existente, e que se manteve até hoje, maioritariamente constituído por pequenas e médias empresas, pelo que foi essencial a criação de uma sociedade com estrutura mais familiar. A partir deste momento, também a gerência das SQ passou a estar sujeita à atuação por parte das pessoas coletivas (Correia, 1987, p. 659; Ventura, 2003, p. 175).

⁷ Cunha, 1985, pp. 6-7.

⁸ Gourlay, 1971, pp. 99-100.

⁹ Gourlay, 1971, p. 101; Oppetit e Rodière, 1980, pp. 179-181.

¹⁰ Cordeiro, 2021, p. 1298; Cunha, 1985, p. 9.

¹¹ Gourlay, 1971, p. 101.

Conselho de Administração. Deste modo, defendia-se, por analogia, que a representação permanente era aplicável a este órgão, uma vez que se estabelecia uma equiparação ao nível do caráter pessoal inerente a ambas as funções¹².

Foi igualmente proeminente o DL n.º 389/77, de 15 de setembro, que determinou a aceitação expressa da integração de membros não acionistas no órgão de administração das SA, o que pressupunha um alargamento de candidatos respeitante ao exercício das funções descritas. Paralelamente, surgiu a tendência para uma maior exigência face às habilitações e formação profissionais, o que terá advindo do reconhecimento do legislador da necessidade de contratação de especialistas para gerirem questões societárias de maior complexidade¹³, o que se afigura sensato face à natureza inerente ao cargo.

Naturalmente, o dever de administração é acompanhado de outros deveres gerais, que não podem ser negligenciados (art. 64, n.º 1, als. a) e b) CSC, que consagram os deveres de cuidado e lealdade). Salientamos o dever de cuidado, que se prende com a disponibilidade que os administradores devem observar, assim como o nível de competência técnica e conhecimento da atividade da sociedade, que devem ser idóneos face às funções que exercem, bem como pressupõem um entendimento amplo acerca da organização e funcionamento empresariais.

Jamais descurando a responsabilidade e compromisso que advém de tal cargo, compreendemos que subsista um critério fundado em elevados padrões de diligência, conformes a um “gestor criterioso e ordenado” (art. 17 do DL n.º 49 381; art. 64, n.ºs 1 e 2 CSC) que atua no interesse da sociedade, apesar de tal juízo ser apenas passível de realização quanto às pessoas singulares.

Não obstante, existem situações em que o legislador aceita a designação da pessoa coletiva (art. 390, n.º 4 CSC), e outras que apresentam contornos díspares (art. 252 CSC), o que revela uma enorme falta de consensualidade entre os regimes consagrados para cada tipo societário. Resta proceder a uma análise individual, tendo em conta as suas especificidades e as considerações doutrinárias que foram tecidas ao longo dos últimos anos.

¹² Cunha, 1985, p. 11.

¹³ Pinto, 2012, p. 695.

II. Regime atual

1. Sociedades em nome coletivo¹⁴

No que diz respeito à administração destas sociedades, a mesma é entregue aos gerentes, que podem ser pessoas estranhas à sociedade, mediante deliberação unânime dos sócios. Independentemente desta permissão, consagrou-se a possibilidade de os sócios restringirem o acesso à gerência, proibindo essa nomeação no contrato social¹⁵.

Apesar do amplo leque de candidatos que têm acesso a este cargo, as SNC consagram uma proibição expressa de “caráter geral”¹⁶ quanto à possibilidade de uma pessoa coletiva sócia exercer o mesmo. No entanto, atenuam este impedimento afirmando que, salvo estipulação contratual em contrário, esta pessoa coletiva possui a faculdade de nomear uma pessoa singular para que exerça o cargo em nome próprio (art. 191, n.º 3 CSC) e não como representante da pessoa coletiva eleita, “com os inerentes direitos e deveres”¹⁷.

Como afirma João Labareda, é curioso o facto de este aspeto se encontrar previsto explicitamente para as pessoas coletivas sócias, mas nada prever relativamente às não sócias, o que infere que a situação possa ser distinta no caso destas¹⁸.

Porém, constatamos que seria incoerente atribuir mais faculdades a um sócio do que a um não sócio, pelo que, no máximo, concluímos por uma equiparação entre a pessoa coletiva sócia e não sócia, o que se traduz num alcance similar relativamente ao acesso ao cargo de gerência.

Significa isto que, no nosso entender, e de acordo com grande parte da doutrina, as pessoas coletivas não sócias poderiam ser designadas gerentes, respeitando a existência de deliberação unânime dos sócios, e salvo estipulação em contrário no contrato da sociedade.

Face ao exposto, entendemos que é possível, nas SNC, a designação de uma pessoa coletiva sócia para o cargo de gerência, mediante nomeação de uma pessoa singular.

2. Sociedades anónimas¹⁹

A administração das SA, na vigência do C.Com., era confiada a uma Direção ou Conselho de Administração (quando constituída por mais do que uma pessoa), e a sua fiscalização a um Conselho Fiscal (arts. 171.º a 175 C.Com.).

¹⁴ Reguladas nos arts. 175.º a 196.º CSC.

¹⁵ Ventura, 2003, p. 320.

¹⁶ Martins, 2016.

¹⁷ Martins, 2016.

¹⁸ Labareda, 1998, p. 13.

¹⁹ Reguladas nos arts. 271.º a 454.º CSC.

Com o passar do tempo, a lei instituiu várias opções estruturais possíveis de adotar, quanto à administração e fiscalização das mesmas²⁰. Podemos encontrar o modelo tradicional, o modelo “germânico” e o modelo “anglo-saxónico”. Independentemente da estrutura adotada, existe um órgão comum, a Assembleia Geral, que constitui o órgão deliberativo e é integrado pelo conjunto dos acionistas.

Começando pelo modelo tradicional (art. 278, n.º 1, al. a) CSC), também denominado de “latino”²¹, o mesmo caracteriza-se pela existência de um Conselho de Administração (CA), a quem compete a gestão e representação da sociedade, e um Conselho Fiscal, a quem compete a fiscalização da atividade dos diversos órgãos societários.

O segundo modelo, o germânico (art. 278, n.º 1 al. c) CSC), foi fortemente influenciado pela estrutura consagrada pela legislação alemã com a Lei de 1937, tendo o legislador português acolhido esta estrutura em 1986²². Este modelo é frequentemente denominado de “dualista”²³, o que se deve ao facto de assentar numa estrutura bipartida, em que se distingue com clareza as funções de gestão e de fiscalização. Como tal, pertencem ao Conselho de Administração Executivo (também denominado de Direção) as funções de gestão e representação social, sendo que o Conselho Geral e de Supervisão acumula poderes de natureza “deliberativa, fiscalizadora” e de supervisão, o que constitui uma assinalável diferença em relação ao modelo tradicional, pois trata-se de um órgão “híbrido”, com poderes reforçados e que cumula funções de fiscalização e funções de alta administração, ao contrário do que sucede no modelo tradicional, em que o órgão de fiscalização não exerce funções de administração²⁴. O modelo germânico é, ainda, composto por um Revisor Oficial de Contas (doravante designado ROC) – “profissional habilitado à auditoria, revisão e certificação legal das contas das empresas, que se encontra sujeito a um estatuto profissional próprio”²⁵ – ou sociedade de ROC.

Além destes, referimos a estrutura anglo-saxónica (art. 278 n.º 1 al. b) CSC), também designada de “monística”²⁶, o que se deve ao facto de se aproximar do apelidado sistema monístico (no estrangeiro), sistema originário dos países anglo-saxónicos. Aqui, existe apenas um órgão de administração e controlo, o Conselho de Administração, que integra uma Comissão de Auditoria e um ROC, ou sociedade de ROC.

Este modelo foi introduzido na organização societária pelo DL n.º 76-A/ 2006, de 29 de março, vulgarmente apelidado de “Reforma de 2006”, e constitui a estrutura mais recente na nossa organização societária²⁷. Há quem considere que este modelo não passa de uma

²⁰ Almeida, 2013, p. 467; Rodrigues, 1990, p. 83.

²¹ Antunes, 2020, p. 286.

²² Almeida, 2013, p. 520.

²³ Antunes, 2020, p. 286.

²⁴ Rodrigues, 1990, p. 92.

²⁵ Antunes, 2020, p. 286, nt. 607.

²⁶ Abreu, 2019, pp. 70-71.

²⁷ Antunes, 2020, pp. 38 e 287.

alteração face ao modelo tradicional monista, pelo que alguns autores entendem que existem unicamente dois modelos estruturais²⁸.

Tratando-se de uma SA que tenha adotado a estrutura tradicional, compreendemos que será válida a designação de uma pessoa coletiva para a administração. No entanto, esta designação não é efetiva, porque a pessoa coletiva fica incumbida de um dever jurídico de nomear uma pessoa singular para exercer o cargo. Realçamos que esta norma se aplica qualquer que seja a pessoa coletiva em causa e independentemente do modo como a mesma foi designada – através do contrato de sociedade, por eleição da Assembleia Geral ou constitutiva, pelo sistema geral de eleição ou através de alguma regra especial²⁹.

Como já esclarecemos, trata-se de uma solução inspirada naquela que é a lei vigente em França, sendo legítima esta exigência de nomeação de pessoa singular pelos vários motivos indicados *supra*³⁰, que se prendem com a questão da exteriorização da vontade e com a necessidade de assegurar a continuidade na representação da sociedade, acautelando situações de sucessivas modificações, às quais se associa, intrinsecamente, uma diluição de responsabilidades³¹.

Ressalvamos que o facto de ser possível, neste tipo de estrutura, a designação de uma pessoa coletiva para a administração não equivale a uma escolha efetiva do administrador, pois não há lugar à atribuição da qualidade de administrador à pessoa coletiva em causa, mas sim à pessoa singular³². A nomeação de pessoa singular é da inteira responsabilidade da pessoa coletiva, sendo esta dotada de liberdade suficiente para fazer a opção que melhor entender, sem que haja qualquer tipo de influência e sujeição aos acionistas³³.

Quanto à estrutura germânica, antes da Reforma de 2006, estava expressamente previsto que as pessoas coletivas não podiam ser designadas para integrar o Conselho de Administração Executivo, sendo tal designação ferida de nulidade (conforme antiga redação do art. 425, n.º 6 CSC, antes do DL n.º 76-A/2006, de 29 de março), não se considerando sequer a possibilidade de esta pessoa coletiva poder nomear uma pessoa singular para exercer estas funções. Uma vez mais, esta rejeição constituía uma distinção entre estes modelos. João Labareda alerta para esta diferença profunda que se estabelecia, entre os órgãos responsáveis pela administração, consoante se tratasse de um SA de estrutura tradicional, no seio da qual a designação da pessoa coletiva seria válida, ou de estrutura germânica, onde seria considerada nula, diferença esta que não possuía, “aparentemente”, justificação, considerando que a lei

²⁸ Câmara, 2007, p. 253; Cordeiro, 2017, p. 781.

²⁹ Ventura, 2003, p. 179.

³⁰ Rodrigues, 1990, pp. 122-123.

³¹ Destacamos que também no ordenamento jurídico espanhol esta solução é aceite, podendo ser administradores tanto pessoas singulares, como coletivas, não obstante determinadas ressalvas (Calero, 1984, p. 210; Pont, 1983, p. 256).

³² Serens, 1995, p. 66.

³³ Labareda, 1998, p. 17.

devia tratar “genérica e uniformemente”³⁴ a designação dos membros dos corpos sociais, independentemente do modelo adotado.

Com a reforma de 2006, veio o fim da disparidade de tratamento entre as diferentes estruturas de organização e funcionamento das SA, com a admissão da validade da designação de pessoas coletivas também para o Conselho de Administração Executivo, exclusivo do modelo germânico.

No entanto, manteve-se a obrigatoriedade de a pessoa coletiva nomear uma pessoa singular para desempenhar as funções em causa (remissão do art. 425, n.º 8 para o art. 390, n.º 4).

No que concerne à estrutura anglo-saxónica, quanto à composição do Conselho de Administração, face à carência de regulamentação específica, aplicamos as normas dispostas para o Conselho de Administração das SA de estrutura clássica (aplicação esta que resulta do disposto no art. 423 H).

Por sua vez, quanto à Comissão de Auditoria, existe legislação específica, que determina que este órgão deve ser composto por uma parte dos membros do Conselho de Administração, que são designados com os demais administradores, nos termos do art. 414-A (isto atendendo à remissão para o disposto neste artigo, com as devidas adaptações). Vamos aplicar, uma vez mais, por força da lei (art. 423-H CSC), o regime estabelecido para a estrutura tradicional, restringindo esta aplicação à matéria relevante para o nosso estudo, compreendida nos n.ºs 3, 4 e 5 do art. 390 CSC.

3. Sociedades por quotas³⁵

3.1 Organização das SQ

Está prevista a existência obrigatória da AG e da Gerência, podendo o contrato da sociedade prever o estabelecimento de um órgão de fiscalização – o Conselho Fiscal ou Fiscal Único³⁶. Ao abrigo da referida Lei de Abril de 1901, a instituição deste órgão era meramente facultativa e, não obstante se ter concluído, com a Diretiva 78/660/CEE, que havia necessidade de as sociedades fazerem um maior controlo da sua atividade e contabilidade sociais (art. 51 da referida Diretiva), atualmente este órgão conserva o seu carácter facultativo, não obstante ser obrigatória a designação de um ROC, nos termos do art. 262, n.º 2 e n.º 3 CSC.

³⁴ Labareda, 1998, pp. 15, 29 e 30.

³⁵ Reguladas nos arts. 197.º a 270.º - G CSC.

³⁶ Rodrigues, 1990, pp. 44-45; Ventura, 2007, p. 8.

Quanto à AG, trata-se de um órgão soberano a quem compete, através do coletivo de sócios, a formação do “núcleo fundamental da vontade social”³⁷, entre outras funções.

No que concerne à gerência, destacamos que se trata do órgão cuja função é representar a sociedade administrada, formando e exprimindo a vontade imputável à mesma³⁸, não descurando o respeito pelas deliberações dos sócios, que podem influenciar a atuação da gerência³⁹. Os gerentes praticam, assim, os atos necessários para atingir a realização do objeto social, exercendo um poder de natureza “necessária” – pois soluciona questões sem resposta que, de outro modo, podiam conduzir à estagnação do funcionamento da sociedade – e “permanente” – pois o intuito é obter uma atuação contínua e estável para a própria sociedade⁴⁰.

Ao invés do estipulado nas SNC, nas SQ não se consagra a atribuição da gerência a todos os sócios, o que significa que há uma separação entre a qualidade de sócio e a administração, sendo que os gerentes podem ser escolhidos de entre terceiros, o que fomenta o acesso de pessoas estranhas à sociedade aos cargos de gerência⁴¹. Ademais, no que toca à escolha de gerência, nas SQ apenas se exige uma deliberação por maioria simples, contrariamente ao que sucede nas SNC, que se pautam por contornos mais exigentes (art. 250, n.º 3, em contraposição com o art. 191, n.º 2 CSC, que exige uma deliberação unânime de todos os sócios).

A gerência pode ser realizada através da representação por um ou mais gerentes, devendo estes ser pessoas singulares com capacidade jurídica plena (art. 252, n.º 1 CSC). Compreendemos que não se trata de uma situação similar à das SNC, em que se excluem expressamente as pessoas coletivas deste tipo de cargos. Na situação em concreto, somente se estatui que os gerentes devem ser pessoas singulares com capacidade jurídica plena, norma esta imperativa⁴².

Aliás, no regime das SQ, diferentemente do que acontece nas SNC e nas SA, não existe qualquer disposição permissiva, no sentido de consentir que uma pessoa coletiva seja designada administradora e tenha o poder de nomear uma pessoa singular para exercer o cargo em seu próprio nome, preceituando-se, ao invés, de modo proibitivo⁴³, o que conduz a duas questões cruciais: pode, ou não, uma pessoa coletiva ser designada para o órgão de gerência e, se sim, qual a consequência dessa designação?

³⁷ Antunes, 2020, p. 284.

³⁸ Duarte, 2021, p. 890.

³⁹ Trata-se de uma diferença fundamental, face ao regime das SA. Nestas, os acionistas apenas podem deliberar sobre assuntos de gestão a pedido do órgão de administração, enquanto nas SQ, sociedades de menor tamanho, é permitida aos sócios uma maior intervenção na gestão da sociedade, existindo um número alargado de atos que dependem da deliberação dos mesmos (Martins, 2017, pp. 137-138).

⁴⁰ Rodrigues, 1990, p. 51.

⁴¹ Santo, 2000, p. 363, nt. 974.

⁴² Costa, 2017, p. 79.

⁴³ Almeida, 2013, p. 414.

3.2 Designação de pessoa coletiva no seio de uma SQ

À primeira vista, tendo em conta a exigência legal que decorre do art. 252, n.º 1 CSC, há autores que rejeitam esta possibilidade, considerando-a nula, como é o caso de Paulo de Tarso Domingues e João Espírito Santo, que afastam esta hipótese liminarmente⁴⁴. António Pereira de Almeida partilha este entendimento, considerando que a nomeação de pessoas coletivas para cargos de gerência, nas SQ, deve considerar-se proibida, “sob pena de nulidade”⁴⁵.

Paulo Olavo Cunha exclui, igualmente, a possibilidade em questão, afirmando, porém, que existe uma maneira de se circundar a situação, mediante consagração contratual da “possibilidade de indicar parte ou a totalidade das pessoas singulares que vão desempenhar o cargo ou as funções de gerente”⁴⁶.

Ora, isto apenas é possível através da consagração de um direito especial de designação de gerente(s) a favor da pessoa coletiva sócia. Esta seria titular de um direito especial que se concretiza no poder de nomear uma pessoa singular para integrar o órgão de gerência da sociedade, e não que a mesma possui um direito especial, a seu favor, para ser nomeada para este cargo (direito especial de nomeação à gerência).

Outros autores não só rejeitam esta possibilidade, como consideram que se trata de uma proibição absoluta, como é o caso de Raúl Ventura. Este autor recusa, ainda, a possibilidade de aplicação analógica das normas relativas às SA, considerando-a ilógica, tendo em consideração que, no seio das SQ, não existe a mesma “solução de compromisso”⁴⁷ que no regime das SA. Argumenta que os titulares dos órgãos sociais deverão ser capazes de “entender e querer”, de uma maneira que somente as pessoas físicas conseguem, chamando, uma vez mais, a atenção para o problema da exteriorização da vontade e das necessidades da sociedade.

Quanto ao argumento invocado, o mesmo é controverso, visto que o autor está a levantar uma questão que se revela transversal a todos os tipos societários. No entanto, quanto às SNC e às SA, o autor já não questiona este problema da satisfação das necessidades da sociedade, aceitando, ao invés, as disposições expressamente consagradas para estes tipos societários (art. 191, n.º 3 no caso das SNC e art. 390, n.º 4 no caso das SA).

Mesmo João Labareda, que apresenta uma posição contrária à aplicação, por via da analogia, destas disposições, apresenta um raciocínio que se distancia do sustentado por Raúl Ventura. Este autor considera que os argumentos *supra* invocados por Raúl Ventura não são suficientes para afastar a possibilidade em apreço, no sentido em que a falta de uma pessoa singular pode ser facilmente suprida⁴⁸. Vejamos. Assumindo que era possível aplicar o art. 390, n.º 4 às SQ, sabemos que uma pessoa coletiva nunca iria verdadeiramente assumir o

⁴⁴ Domingues, 2004, p. 282; Santo, 2000, p. 362.

⁴⁵ Almeida, 2013, p. 414.

⁴⁶ Cunha, 2009, pp. 172-173.

⁴⁷ Expressão por si comumente utilizada (Ventura, 2007, p. 12).

⁴⁸ Labareda, 1998, p. 35.

cargo de gerência, na medida em que esta norma obriga à nomeação de uma pessoa singular. Esta pessoa singular, naturalmente dotada das competências necessárias, vai exercer o cargo em nome próprio, o que culmina no preenchimento e dissipação das dúvidas que Raúl Ventura levanta, dado que se trata de uma pessoa com capacidade jurídica plena.

3.3 Aplicação analógica

João Labareda sustenta uma posição de rejeição, chamando a atenção para a diferença entre os tipos societários e questionando a que disposições é que devíamos recorrer para realizar uma aplicação analógica, se aquelas relativas às SNC ou as que concernem as SA.

Quanto às SNC, rejeita a aplicação das mesmas às SQ, afirmando que, apesar de ser possível em ambas a designação de terceiros para exercerem as funções de gerente, as disposições das SNC não possuem alcance suficiente que legitime a aplicação analógica às SQ, alertando para aspetos fundamentais intrinsecamente relacionados com a composição da gerência nas SNC e nas SQ⁴⁹. Como referido, salienta o facto de gerentes poderem ser pessoas estranhas à sociedade, nas SQ, sem que para isso seja necessária uma deliberação unânime dos sócios.

Além disto, destaca o facto de não existir, no âmbito das SQ, disparidade de tratamento entre os sócios da mesma sociedade, algo que acontece nas SNC. Isto é, quando se permite apenas aos sócios pessoas singulares que façam parte da gerência, e não aos sócios pessoas coletivas, estabelece-se uma distinção substancial, ao passo que nas SQ, porque não é obrigatório os gerentes possuírem essa qualidade de sócios, não há lugar a um tratamento diferenciado.

Quanto à aplicação analógica do regime das SA, o autor rejeitava a mesma, devido à existência de normas distintas, consoante o modelo de organização adotado pela sociedade, como abordámos anteriormente. No entanto, refutamos este argumento, tendo em conta que, com a reforma de 2006, o CSC estabeleceu a aplicação de um regime igualitário, independentemente do modelo adotado pela sociedade.

3.4 Solução provinda do próprio regime das SQ

Neste âmbito, João Labareda aponta o n.º 1 do art. 253 CSC como uma possível solução. Este artigo acautela uma situação atípica – a possibilidade de estarmos perante a ausência de todos os gerentes – revestindo um “caráter decisivo”⁵⁰. O mesmo consagra que, em face desta ausência, todos os sócios assumiriam os poderes de gerência, sendo que esta assunção deriva da força da lei, o que não significa que os sócios se tornem verdadeiramente gerentes.

⁴⁹ Labareda, 1998, pp. 33-34.

⁵⁰ Labareda, 1998, p. 34.

Nesta senda, se fizermos uma interpretação restritiva do art. 252, n.º 3, incluindo apenas neste preceito os sócios pessoas singulares, tal iria consubstanciar-se numa diferenciação injusta e inadmissível entre os sócios pessoas singulares e sócios pessoas coletivas que, no nosso entendimento, não seria congruente⁵¹. Assim, adotamos uma visão mais ampla e entendemos que a lei, nesta situação, não estabelece uma distinção entre os mesmos. Isto é relevante, já que existe grande probabilidade de que, entre os sócios, se encontrem unicamente pessoas coletivas, o que significa que, nesta situação, as mesmas assumiriam a gerência da sociedade “ex lege”⁵². Se assim não fosse, ao estabelecer condições distintas para pessoas singulares e coletivas, estaríamos perante uma distinção imotivada, não consagrada na lei, o que poderia revelar-se “prejudicial (...) para a sociedade”⁵³.

Esta assunção da gerência por pessoas coletivas, mesmo que apenas numa situação excecional, abre caminho para discutirmos a possibilidade de a designação das mesmas para a gerência da sociedade ser considerada válida, apesar do disposto no art. 252, n.º 1 CSC e da distinção entre as situações, consoante a pessoa coletiva assuma o cargo de gerente devido a uma situação extraordinária, ou a mesma for designada gerente.

Isto porque, como afirma João Labareda, “não se vislumbra nenhum motivo determinante para repelir (...) a designação de pessoas coletivas para gerentes, estatuidando a sua invalidade”, quando, no próprio seio das SQ, se admite, pelo menos, uma situação em que as mesmas desempenham um papel de relevo no que toca à gerência. O autor ressalva, ainda, que “a lei, em várias situações paralelas (...) manifesta condescendência com o fenómeno, exigindo embora que a pessoa coletiva indique uma pessoa singular para, em nome próprio exercer as funções de gerência”⁵⁴. Acolhendo esta hipótese, teríamos de assegurar que estava garantido o dever de nomeação de pessoa singular, à semelhança do que acontece nas SNC e nas SA. Caso contrário, a disposição que atribui a gerência a todos os sócios teria de ser considerada nula, no sentido em que os sócios pessoas coletivas nunca poderiam exercer o cargo de gerente em nome próprio, nem nomear uma pessoa física para tal.

Apresentando uma posição a desfavor desta designação no seio de uma SQ, podemos referir Paulo Olavo Cunha. Este autor entende que não há compatibilidade entre a natureza inerente a uma SQ e o exercício de funções de gerência por parte de uma pessoa coletiva, afirmando que o que a lei diz é que, na ausência de gerentes, os sócios assumem poderes de gerência, mas não se tornam verdadeiramente gerentes⁵⁵. Ora, se pensarmos num sócio que seja pessoa coletiva, este assume, igualmente, os poderes de gerência, mas com a consciência de que, nestes casos, a lei impõe a nomeação de uma pessoa singular.

⁵¹ Duarte, 2021, p. 891.

⁵² Labareda, 1998, pp. 34-35.

⁵³ Basto *et al.*, 2014, p. 31.

⁵⁴ Labareda, 1998, p. 35.

⁵⁵ Cunha, 2009, p. 196, nt. 61.

Concordamos parcialmente com este autor, uma vez que não consideramos que exista uma relação de representação entre esta pessoa singular e a pessoa coletiva designada, atuando a pessoa singular como mero intermediário e representante da mesma. Assim, não consideramos a pessoa coletiva designada a “verdadeira”⁵⁶ administradora. Ao invés, qualificamos a pessoa singular com capacidade jurídica plena que preencha todos os critérios qualitativos exigidos por lei como a verdadeira titular do cargo de administração ou gerência, pois é esta que exerce, efetivamente, os poderes que, por norma, cabem aos gerentes, tendo em conta que atua em nome próprio, e de modo independente, “tal como se pessoal e diretamente tivesse sido designada pelo contrato ou eleita pela assembleia”⁵⁷.

Em sentido contrário à maioria da doutrina pronuncia-se Ricardo Costa, afirmando que não crê que se deva rejeitar a possibilidade de aplicação analógica das normas constantes do regime das SA. Assim, sustenta a validade da designação de uma pessoa coletiva para administradora ou gerente de uma sociedade, sob pena de esta ter o “poder-dever” de nomear uma pessoa singular para exercer o cargo⁵⁸. Também neste sentido se pronuncia Diogo Pereira Duarte, que ressalva, à semelhança de Ricardo Costa, a obrigatoriedade de a pessoa singular nomeada ser habilitada e capaz de providenciar à sociedade administrada todos os recursos de que a mesma necessita, bem como de exteriorizar a sua vontade⁵⁹.

Face ao exposto, entendemos que é excessivo considerar que o art. 252, n.º 1 CSC consagra uma proibição absoluta e que o facto de se aceitar a aplicação analógica das disposições das SA em nada contraria o regime aplicável às SQ. Isto porque o papel da pessoa coletiva finda com a nomeação da pessoa singular, sendo esta quem constitui, de facto, o verdadeiro titular do cargo, não existindo, pois, uma violação do preceito normativo em causa, como defendem determinados autores⁶⁰.

4. Sociedades em comandita simples e por ações⁶¹

As sociedades em comandita estabelecem-se em duas modalidades, as sociedades em comandita simples ou por ações.

Quanto ao órgão de administração destas sociedades, o mesmo é a gerência, que cumula poderes de gestão e de representação, sendo a exclusividade dos sócios comanditados no acesso à gerência uma característica muito importante. Contudo, é possível a atribuição da gerência a sócios comanditários (sócios de responsabilidade limitada), se tal estiver previsto no contrato de sociedade. Ademais, pode a gerência delegar os seus poderes num sócio

⁵⁶ Cordeiro *et al.*, 2021, p. 1298.

⁵⁷ Ventura, 2003, p. 181.

⁵⁸ Costa, 2017, p. 81.

⁵⁹ Duarte, 2021.

⁶⁰ Ventura, 2007, p. 13.

⁶¹ Reguladas nos arts. 465.º a 480.º CSC.

comanditário ou numa pessoa estranha à sociedade, estabelecendo-se, ainda, que todos os gerentes têm de ser sócios.

Quanto à aplicação subsidiária de outros regimes, o CSC remete para a aplicação das normas relativas às SNC no que concerne as sociedades em comandita simples, e o regime das SA para as sociedades em comandita por ações (arts. 474.º e 478 CSC), na medida da sua compatibilidade, o que apresenta particular importância quanto à designação de pessoas coletivas para a gerência. Se conciliarmos as referidas normas, vamos concluir pela validade da designação de uma pessoa coletiva para o cargo de administração/ gerência, acordando que a mesma possui o poder-dever de nomear uma pessoa singular.

No entanto, uma vez que é possível que nas sociedades por comandita todos os sócios sejam pessoas coletivas, isso impossibilitaria que a pessoa coletiva designada escolhesse, entre os mesmos, uma pessoa singular para exercer o cargo. A solução apontada seria proceder a uma interpretação corretiva deste artigo, permitindo-se que uma pessoa singular não sócia pudesse ser nomeada pela pessoa coletiva designada.

Ponderámos aplicar a proibição do acesso de pessoas coletivas a este tipo de cargos constante dos artigos previamente mencionados. Contudo, isto não soluciona a situação em que, no âmbito de uma sociedade em comandita, todos os sócios são pessoas coletivas.

Alternativamente, podemos considerar incompatíveis as normas dos regimes dos outros tipos societários que impõem que a pessoa que exerça o cargo de administrador seja uma pessoa singular e, simplesmente, não as aplicar subsidiariamente, pois é algo que, com já vimos, nem sempre é viável nas sociedades em comandita. Esta hipótese permitiria o acesso das pessoas coletivas ao cargo, mas acaba por consagrar uma solução que é, em tudo, contrária ao que está estipulado para os restantes tipos de sociedades.

Neste sentido, não acreditamos que seja a resposta mais apropriada. Pelo contrário, consideramos preferível procedermos a uma aplicação extensiva da possibilidade plasmada no n.º 4 do art. 470, apesar do carácter excecional da norma.

Assim, os sócios pessoas coletivas poderiam intervir na gestão da sociedade, praticando “atos urgentes e de mero expediente”, declarando, naturalmente, a qualidade em que agem, não só a título pontual e temporário, mas sim de forma constante, prolongada e contínua.

De qualquer modo, a adoção deste tipo societário é bastante modesta, não se impondo uma análise profunda e detalhada destes contornos.

III. Admissibilidade desta designação e relações estabelecidas entre os intervenientes

1. Designação da pessoa coletiva

A designação da pessoa coletiva não equivale a uma designação efetiva⁶², mas antes confere um direito à mesma: o de nomear a pessoa singular que vai integrar o órgão de administração e, conseqüentemente, exercer as funções de administrador. Assim, a pessoa coletiva sabe que, ao aceitar o cargo (e tornar a sua designação efetiva), passa a ter um poder-dever (há autores que o apelidam de “direito potestativo”⁶³), que é o de nomear uma pessoa singular.

Como tal, as disposições constantes nos arts. 191.º e 390 CSC permitem esta solução, transferindo o poder de nomeação para esta pessoa. Trata-se de um poder não condicionado pelos restantes sócios, pelo que o coletivo dos sócios não tem o poder de designar e escolher, de forma direta, o verdadeiro administrador da sociedade⁶⁴.

A utilização da terminologia “designada” aparenta não ser a mais precisa, visto que pode conduzir à ideia errónea de que estamos perante uma verdadeira designação de pessoa coletiva para desempenhar cargos de administração, o que não é verdade, pois a pessoa singular é quem detém o cargo, de facto e de direito. Na sequência, temos de atentar ao verdadeiro espírito contido nesta norma (art. 390, n.º 4 CSC)⁶⁵.

Compreendemos, então, que a pessoa coletiva nunca acede verdadeiramente ao cargo social nem chega a ser titular do mesmo, até porque, como já vimos, nas SNC, SA e SQ, apenas pessoas físicas podem integrar os órgãos de administração. Mesmo assim, existem certos requisitos que têm de se verificar quanto à pessoa singular indicada pela pessoa coletiva designada, especialmente quando consideramos a discricionariedade associada à escolha da mesma (à semelhança do que acontece no ordenamento jurídico espanhol, nos termos dos arts. 212 e 236.5 da LSC).

Referimo-nos ao facto de a pessoa nomeada ter de ser uma pessoa singular e possuir capacidade jurídica plena (arts. 252, n.º 1, 390, n.º 3 e 425, n.º 6 al. d) CSC), bem como certas proibições relativas à nomeação de alguém que já pertence ao órgão de administração. A título de exemplo, Ilídio Duarte Rodrigues afirma que a pessoa singular nomeada não deverá ser

⁶² Cumpre realçar que a designação da pessoa coletiva apenas se torna eficaz com a sua aceitação.

⁶³ Cordeiro, 2021, p. 1298.

⁶⁴ Basto *et al.*, 2014, p. 22.

⁶⁵ Nesta senda, cabe um breve esclarecimento, pois, apesar de o CSC apelidar as formas de escolha dos membros dos órgãos de administração de forma distinta, utilizando palavras como designação, eleição e nomeação, a doutrina frequentemente utiliza o termo “designação” para se referir a todas as formas mencionadas.

alguém que já é administrador da sociedade administrada, nem pode ser nomeada por duas pessoas coletivas para a administração da mesma sociedade⁶⁶.

Por fim, quanto à designação da pessoa coletiva, é importante salientar que a mesma pode exonerar-se deste dever de nomeação que lhe é atribuído, tendo a opção de não aceitar a designação em apreço. Isto porque, à semelhança do que acontece com os titulares de cargos em órgãos sociais, é necessário haver aceitação, tácita ou expressa, por parte destes.

Assim sendo, o mesmo deverá suceder com a “designação da pessoa coletiva, mesmo na perspectiva de que aqui se trata verdadeiramente de uma transferência do poder de nomeação para a pessoa coletiva”⁶⁷. Todavia, o entendimento generalizado é o de que existe um dever de aceitação geral, apenas podendo declinar-se a designação com base em justa causa.

Neste sentido, acordamos que, no caso de haver recusa de aceitação pela pessoa coletiva relativamente ao cargo para o qual foi designada, devemos tratar a situação como se de uma pessoa singular se tratasse.

2. Nomeação da pessoa singular

Clarificámos que a nomeação da pessoa singular não constitui um mandato, nem estabelece qualquer relação de representação entre a pessoa coletiva designada e a pessoa singular nomeada. A pessoa singular nomeada não atua segundo as diretrizes da pessoa coletiva, nem de acordo com o seu interesse, mas sim no interesse da sociedade administrada, pois, a partir do momento em que é nomeada, ela é quem exerce, de facto e de direito, o cargo de administrador. Existem autores, como Raúl Ventura, que partilham este entendimento e consideram que o sistema de representação não cabe no âmbito desta situação, e apontam para um equívoco, por parte de Ilídio Duarte Rodrigues, quando o mesmo refere o termo “representação permanente”⁶⁸.

Quanto ao modo como deve ocorrer a nomeação em apreço, nada está previsto no CSC. Como tal, os termos em que esta deve ser feita devem encontrar-se estipulados no contrato da sociedade. Contudo, perante a falta de previsão estatutária, teremos de aplicar algumas normas relativas à escolha de uma pessoa singular para ocupar o cargo de administração.

Como tal, no que concerne à aceitação do cargo pela pessoa coletiva designada, aplicaremos o art. 391, n.º 5 CSC, considerando o dever de nomeação, que acompanha a aceitação, a única obrigação que impende sobre a mesma. Deste modo, a consequente nomeação da pessoa singular, considerada um ato de gestão, deverá ser comunicada pelo

⁶⁶ Rodrigues, 1990, p. 123.

⁶⁷ Labareda, 1998, p. 39.

⁶⁸ Raúl Ventura aponta para um equívoco, por parte de Ilídio Duarte Rodrigues, quando o mesmo equipara a solução adotada pelo legislador português àquela consagrada em França, referindo o termo “representação permanente” para espelhar a relação estabelecida entre a pessoa coletiva designada e a pessoa singular por si nomeada (Rodrigues, 1990, pp. 119, 122 e 123; Ventura, 2003, p. 180).

órgão de administração da pessoa coletiva, apenas se tornando eficaz com esta comunicação aos restantes membros do Conselho de Administração⁶⁹.

Perante a ausência desta comunicação, entendemos que a nomeação não se aceita como tempestiva e, como tal, não produz efeitos. Tal ato deve ocorrer de forma escrita, para que possa, posteriormente, ser registado e para que cumpra a exigência de forma, cuja inobservância é ferida de nulidade (art. 220 CC).

Quanto ao tempo em que a mesma deve ocorrer, à semelhança do modo, nada está previsto na lei. Entendemos, no seguimento do que Raúl Ventura expõe, que, para que este órgão possa funcionar de forma regular, deve ocorrer até ao momento da primeira reunião do Conselho de Administração, período de tempo que consideramos razoável⁷⁰.

Uma das hipóteses apontadas, caso a pessoa coletiva designada não nomeie uma pessoa física, e tendo em conta que tal inércia conduz à estagnação da sociedade administrada, é a de considerar que o seu poder-dever se extingue, caso em que o coletivo social deve realizar uma nova eleição para proceder à escolha do administrador⁷¹. No entanto, esta solução contribui para a referida estagnação, o que não se apresenta benéfico para a sociedade.

Posto isto, outra solução que se apresenta consiste na aplicação analógica das normas previstas para a substituição dos administradores, nos termos do art. 393 CSC, que prevê que a cooptação e designação sejam submetidas a ratificação pelos sócios na primeira assembleia geral seguinte.

Por sua vez, outros autores defendem que o preenchimento da vaga de administrador deverá ocorrer com recurso aos mecanismos utilizados nas situações em que a pessoa singular designada administradora não aceita esta designação, posição esta que entendemos ser a que melhor se adequa⁷².

3. Relação entre a sociedade comercial e a pessoa singular nomeada

A relação entre a sociedade comercial administrada e a pessoa singular que exerce o cargo de administração surge, precisamente, com a aceitação da nomeação por parte da pessoa singular. A partir desse momento, consideramos que esta pessoa se encontra, efetivamente, a exercer o cargo, a não ser que estejam previstas no contrato de sociedade formalidades adicionais. Neste sentido, é à pessoa singular que cabem os deveres associados ao exercício do cargo de administração, bem como os direitos e benefícios patrimoniais. Quanto aos deveres, realçamos aqueles contemplados no art. 64 CSC, que culminam em deveres gerais de cuidado e lealdade. João Labareda aponta, ainda, a possibilidade de a pessoa singular ter de prestar caução em certas situações, e refere que é quanto a esta que se verificam as incompatibilidades

⁶⁹ Basto *et al.*, 2014, p. 24.

⁷⁰ Ventura, 2003, p. 181.

⁷¹ Labareda, 1998, p. 42.

⁷² Labareda, 1998, p. 42; Ventura, 2003, p. 181.

legais e estatutárias, bem como os impedimentos relativos ao exercício de outras atividades. No que concerne aos benefícios, o mesmo alude à remuneração que advém do exercício do cargo, ao acesso aos bens da sociedade e, mesmo, ao direito a reformas ou pensões⁷³.

Também aqui cabe uma referência quanto à duração do período para o qual a pessoa singular é nomeada. João Labareda entende que a pessoa coletiva nomeante não poderia restringir o período de tempo para qual a pessoa singular foi nomeada, pois, quando procede à sua nomeação, a pessoa coletiva está somente a preencher um cargo da sociedade que se encontrava disponível, não podendo alterar “as atribuições e duração das funções”⁷⁴, tratando-se esta de uma decisão pertencente à própria sociedade.

Por sua vez, Raúl Ventura acredita que a pessoa física nomeada exerce o cargo como se tivesse sido designada pelo contrato de sociedade ou eleita pela Assembleia, acrescentando que esta nomeação “é feita pelo tempo do mandato dos administradores”⁷⁵. Como tal, exercendo, à semelhança, o cargo de administrador em nome próprio, a pessoa singular não vai estar sujeita a alterações definidas pela pessoa coletiva nomeante no que concerne ao período para o qual é nomeada, até porque, neste ponto, a pessoa coletiva nomeante já esgotou a sua atuação.

Noutro sentido, Paulo Pitta e Cunha equipara a expectativa da pessoa física nomeada pela pessoa coletiva nomeante à de um Administrador que tenha sido eleito em nome individual, através da Assembleia Geral. Assim, estabelece que a pessoa singular nomeada administradora espera exercer as suas funções até ao período estabelecido pela pessoa que a nomeou, por entender que é com esta que estabelece uma relação de dependência, e não com a sociedade administrada. Deste modo, defende que a estipulação, bem como a alteração da duração do período para o qual a pessoa singular é nomeada, serão sempre decisões realizadas pela pessoa coletiva nomeante ⁷⁶.

Isto significa que o autor estabelece uma estreita ligação entre a pessoa coletiva designada e a pessoa singular por esta nomeada, marcada pela existência de confiança entre ambas e subordinação desta última face à primeira. Isto leva-nos a concluir que o autor qualifica esta relação como uma relação de mandato.

No entanto, não podemos conciliar o exercício do cargo em nome próprio, como determinado pelo regime legal, com a conceção de tal ideia e, como tal, não concordamos com a posição sustentada por este autor, porquanto entendemos que a pessoa singular não atua como mero representante ou mandatário.

Deste modo, aferimos que caberá à sociedade administrada a decisão de alteração da duração do período de tempo pelo qual a pessoa singular vai exercer o cargo. Isto, não só por

⁷³ Labareda, 1998, p. 49.

⁷⁴ Labareda, 1998, p. 50.

⁷⁵ Ventura, 2003, p. 181.

⁷⁶ Cunha, 1993, p. 222.

considerarmos que nunca poderia ser retirada à própria sociedade esta faculdade, mas também por acreditarmos que a pessoa coletiva nomeante não poderia, numa fase de pós-nomeação, desempenhar um papel tão ativo e preponderante, especialmente em relação àquilo que constitui o núcleo essencial de uma sociedade, a sua administração.

4. Substituição e destituição da pessoa singular nomeada

Uma das principais questões que se impõe passa por saber quem será competente para proceder à destituição ou substituição do administrador nomeado.

Na sequência, quanto à substituição do administrador nomeado por pessoa coletiva, a mesma pode revelar-se necessária perante situações de destituição do cargo, renúncia ou outra que determine a cessação da relação de administração.

Em primeiro lugar, julgamos necessária uma breve elucidação quanto aos modos de substituição e preenchimento das vagas do órgão de administração previstos na lei: chamada de suplentes previamente eleitos pela AG; cooptação pelo conselho de administração; designação pelo conselho fiscal ou comissão de auditoria; eleição de novo administrador (art. 393 CSC).

Apesar de a lei nada referir quanto ao papel que a pessoa coletiva nomeante poderá adotar, neste contexto, existem autores que acreditam que esta detém o poder de indicação de um substituto. Neste sentido, Paulo Olavo Cunha concorda que a substituição não deve ocorrer de acordo com o modo “normal legalmente estabelecido”, dispondo que este papel cabe à pessoa coletiva nomeante, acrescentando que a nomeação de um substituto deverá ser realizada por modo “idêntico ao da nomeação da primeira pessoa física”⁷⁷.

Também Raúl Ventura defende que é a pessoa coletiva que tem de proceder a nova nomeação, constituindo este ato um dever da mesma que “não pressupõe (...) o exercício efetivo de funções”⁷⁸ por parte desta pessoa. Entende que, face às lacunas existentes na lei, a situação que mais se aproxima é a do administrador suspenso, aplicando-se analogicamente o respetivo regime (conforme art. 400, n.º 2 CSC).

Por sua vez, João Labareda discorda desta equiparação do regime do administrador suspenso à pessoa coletiva, pois defende que não faz sentido considerá-la titular de um órgão, uma vez que a mesma nunca poderá exercer o cargo “por si, nem por representante”⁷⁹. Salienta que não é com esta que a sociedade administrada estabelece uma relação, mas sim com a pessoa singular nomeada, concluindo que não cabe à pessoa coletiva em causa proceder a uma nova nomeação, pois o seu papel cessa com a primeira nomeação, constituindo o recurso aos meios de preenchimento consagrados no CSC a melhor opção.

⁷⁷ Cunha, 2009, p. 209.

⁷⁸ Ventura, 2003, p. 186.

⁷⁹ Labareda, 1998, p. 44.

Um dos argumentos invocados por quem defende que a pessoa coletiva nomeante desempenha um papel nesta substituição prende-se com a existência de responsabilidade solidária em relação à mesma (como iremos analisar no seguinte capítulo), algo que só seria justificável perante a existência de uma contrapartida, como o direito de indicação de um novo substituto. Porém, entendemos que a contrapartida aqui existente se consubstancia na nomeação do administrador pessoa singular, e não na designação do seu substituto. Até porque, note-se, com a cessação de funções da pessoa singular, a pessoa coletiva designada deixa de estar solidariamente responsável para com esta, não ficando, também, responsável para com os atos do administrador substituto, pelo que não faria sentido que tivesse poder na escolha do mesmo.

Assim, apreendemos que não seria possível retirar, à sociedade administrada, a possibilidade de escolher um substituto para assumir a sua própria administração”⁸⁰ e, como tal, concluímos que nestas situações devemos aplicar o regime usual de substituição de administradores, sem que “a forma de designação do administrador a substituir influencie o modo de designação do substituto”⁸¹.

Por fim, ponderamos uma possibilidade (que pode ser considerada uma forma de substituição para além daquelas mencionadas no art. 393 CSC) que consiste na sociedade administrada, se assim quiser, fazer “renascer” o poder de nomeação da pessoa coletiva, através da sua eleição em Assembleia Geral, e permitindo que esta nomeie o novo titular do cargo, solução esta que cremos proveitosa, visto que conjuga os interesses de todos os envolvidos.

A propósito da destituição, nas SA vigora a regra da livre destituição – regra esta aplicável a todas as estruturas das SA, com ressalva do disposto nos arts. 423-E, n.º 1 e 430, n.º 1 CSC. Assim se pronuncia-se Raúl Ventura, equiparando o administrador nomeado pela pessoa coletiva a qualquer outro administrador da sociedade administrada, afirmando que estão ambos sujeitos “a destituição pela assembleia geral”⁸², nos termos do art. 403 CSC.

Também Paulo Olavo Cunha e João Labareda declaram que é inadmissível que as pessoas singulares nomeadas por pessoa coletiva para o exercício de um cargo de administração sejam inamovíveis do mesmo por vontade desta mesma pessoa coletiva⁸³.

Por sua vez, Paulo de Pitta e Cunha entende que cabe à pessoa coletiva a destituição, pois considera que faz sentido que se reúnam na mesma entidade tanto as competências para designar o administrador, bem como para o destituir. Defende uma aplicação analógica das

⁸⁰ Labareda, 1998, p. 45.

⁸¹ Carvalho e Dias, 2011, p. 105.

⁸² Ventura, 2003, p. 183.

⁸³ Cunha, 2021, pp. 685-686; Labareda, 1998, pp. 42-43, nt. 36.

normas previstas para a destituição dos administradores pelos acionistas, com fundamento em justa causa⁸⁴.

Não partilhamos do entendimento deste autor, uma vez que o mesmo advém da sua consideração de uma relação de mandato, já por nós criticada. Realçamos que se trata de uma relação autónoma e de uma situação de verdadeira titularidade do cargo, sem interferência por parte da pessoa coletiva. Se assim não fosse, e tal como salienta Nogueira Serens, iria haver um conflito quanto ao dever de lealdade que sobre o administrador impende⁸⁵. Relembramos que este dever é dirigido à sociedade administrada e que o intuito é a prossecução do interesse e fins da mesma, nunca da pessoa coletiva que nomeou a pessoa singular administrador. Caso contrário, estaríamos perante uma relação de subordinação entre estas últimas, o que poderia fomentar situações de violação dos deveres gerais consagrados para o administrador, e consequente responsabilização, bem como originar consequências prejudiciais para a sociedade administrada.

Analisando as normas constantes do nosso CSC, entendemos que não é possível considerarmos que o direito de designação de um administrador, contemplado no art. 390, n.º 4, conduza, automaticamente, à atribuição de um direito de destituição do mesmo, pois trata-se de direitos independentes. Como referimos, este artigo opera uma mera transferência do poder de nomeação da sociedade administrada para a pessoa coletiva. Para haver uma concessão de um poder de destituição, seria necessária a atribuição do já aludido direito especial de destituição à pessoa coletiva, nos termos do art. 24, n.º 4 CSC⁸⁶. Contudo, não interpretamos o n.º 4 do art. 390 como sendo a expressão da intenção do legislador de conferir este poder de destituição à pessoa coletiva nomeante.

Assim, compreendemos o que motiva uma aplicação analógica no sentido exposto pelo autor Paulo de Pitta e Cunha e consideramos que essa mesma aplicação faz sentido relativamente a outros aspetos. De todo o modo, optamos por um sentido coincidente com a doutrina maioritária e concluímos que a destituição terá de ser realizada, exclusivamente, através da Assembleia Geral, conforme o disposto n.º 1 do art. 403 CSC.

Podemos considerar, paralelamente, esta situação no âmbito das SQ (em que também vigora o princípio da livre destituição), que será útil para tecermos considerações adicionais.

Neste sentido, chamamos a atenção para o direito especial de designação de gerentes (art. 246, n.º 2, al. a) CSC), competência esta de carácter dispositivo⁸⁷. Os sócios podem designar os gerentes no contrato da sociedade – conforme estipula o art. 252, n.º 2 CSC, que estabelece que, face à possibilidade de não se encontrar prevista outra forma de designação no contrato social, os gerentes podem ser eleitos posteriormente, por deliberação dos sócios – ou

⁸⁴ Cunha, 1993, p. 224.

⁸⁵ Serens, 1994, p. 91.

⁸⁶ Basto *et al.*, 2014, p. 26.

⁸⁷ Abreu, 2017.

estabelecer a atribuição de um direito especial de designação de gerentes a um sócio em específico, ou a alguns deles – nos termos do art. 24, n.º 1 e 83, n.º 1 CSC –, o que se consubstancia na possibilidade de estes sócios poderem, por si só, designar um gerente para a sociedade⁸⁸. Deste modo, se estiver estipulado no contrato social que um sócio detém este direito especial, e esse mesmo sócio for uma pessoa coletiva, concluímos que é possível que a mesma possa indicar uma pessoa singular para, efetivamente, exercer o cargo de gerência. No entanto, como referimos no capítulo anterior, este direito de designação não se confunde com o direito especial de nomeação à gerência⁸⁹.

À semelhança do que acontece nas SA, também nas SQ o direito de designação de gerente se encontra desvinculado do poder de destituição do mesmo. Este poder é autónomo e integra o elenco do art. 246 CSC (em concreto, al. d) do n.º 1), que enumera certos atos que concernem à competência exclusiva dos sócios e, imperativamente, dependem da deliberação dos mesmos, motivo pelo qual entendemos não ser possível a instituição de um direito especial de destituição de gerentes a favor da PC designada.

Assim, na eventualidade de destituição de pessoa coletiva designada gerente, a mesma estaria sujeita ao regime determinado no art. 257, que estabelece que cabe aos sócios a deliberação da destituição, algo que podem fazer a todo o tempo. Entendemos que isto é aplicável mesmo quando um sócio tenha um poder especial de designação de gerente, pois o mesmo não se estende à destituição nem a ela está relacionado, inexistindo motivos para as coisas se processarem de modo diverso. Evidentemente, um poder especial de designação implica uma responsabilidade acrescida para o sócio sobre quem este direito impende. Assim, encontra-se estreitamente relacionado com a responsabilidade (solidária) que opera através da aplicação do art. 83 CSC, que consagra a “culpa in elegendo”, objeto de análise pormenorizada no próximo capítulo⁹⁰.

Não obstante o exposto, alertamos para a possibilidade de estar consagrada no contrato social uma exigência de maioria qualificada ou um direito especial de veto por parte de um sócio, o que obrigaria a que o mesmo votasse favoravelmente quanto a esta destituição (excecionam-se as situações em que a destituição do gerente tem de ser feita com recurso à via judicial, como as que constam dos n.ºs 3 e 5 do art. 257 CSC).

Deste modo, face à natureza da designação da pessoa coletiva, depreendemos que o seu papel se esgota com a nomeação da pessoa singular, pois é o único poder que se transfere para a sua esfera, e não um poder de destituição (algo transversal a todos os tipos societários).

Face ao exposto, entendemos que em situação alguma se poderá retirar à sociedade administrada este poder de escolha, pois trata-se da sua própria administração e

⁸⁸ Abreu, 2017.

⁸⁹ Cunha, 2009, pp. 172-173.

⁹⁰ Ribeiro, 2009, pp. 624 e ss.

sobrevivência, e excluímos o papel da pessoa coletiva nomeante. Contudo, se a sociedade administrada permitir a intervenção desta pessoa coletiva, o papel da mesma deve restringir-se ao mínimo e a escolha da sociedade administrada prevalecer, em última instância.

5. Relação entre a pessoa coletiva designada e a pessoa singular nomeada – análise da responsabilidade

Como abordámos, apesar de a pessoa singular ser nomeada pela pessoa coletiva designada, não se estabelece, entre ambas, qualquer relação de representação ou mandato, apesar de em algumas situações se fazer, erradamente, referência à pessoa singular e à sua nomeação como tendo sido feita em representação da pessoa coletiva que primeiramente a indicou⁹¹.

Revela-se, portanto, necessário fazermos uma ponderação entre o poder que a pessoa coletiva detém no que concerne à escolha da pessoa singular para integrar o órgão de administração e a responsabilidade que daí advém. Neste sentido, recordamos que o poder da pessoa coletiva cessa com a nomeação da pessoa singular, pelo que, a partir deste momento, a pessoa singular exerce a administração em nome próprio, não estando os seus atos e decisões sob o controlo da pessoa coletiva. Além disto, fica a pessoa singular vinculada a “exercer o cargo com diligência, zelo e empenho”⁹², em concordância com os deveres gerais dos administradores. Afirma, ainda, João Labareda que os atos da pessoa singular são atos dela mesma, não se refletindo na esfera da pessoa coletiva nomeante, exceto se forem geradores de responsabilidade civil e se verificar a responsabilidade solidária, nos termos do art. 390, n.º 4 CSC.

Na sequência, encontramos autores que defendem que a responsabilidade da pessoa coletiva tem carácter objetivo e depende somente da responsabilidade da pessoa singular⁹³. Significa isto que o mero facto de a pessoa coletiva indicar a pessoa singular faria com que tivesse de responder solidariamente com esta última, mesmo que não concordasse com as suas decisões como administradora. Consideramos isto excessivo, tendo em conta que a pessoa coletiva somente aceita a designação e cumpre o dever de nomeação, não sendo justo ficar onerada com o dever de responder pelos danos que a pessoa singular possa ter causado, na pendência de uma atuação que a pessoa coletiva não controla, nem pratica e que pode, até, ir no sentido contrário à sua vontade. Naturalmente, a responsabilidade, vista deste prisma, faria com que a pessoa coletiva designada tentasse eximir-se à mesma, recusando a designação por

⁹¹ Labareda, 1998, p. 20, nt. 12.

⁹² Labareda, 1998, p. 53.

⁹³ Labareda, 1998, p. 22; Ventura, 2003, p. 185.

parte dos sócios, o que iria fomentar uma paralisia da sociedade, face a uma composição incompleta do órgão de gestão⁹⁴.

Neste âmbito, João Labareda alerta para a importância do regime que consta no art. 83 CSC, no que concerne à “culpa in elegendo”⁹⁵, regime anteriormente mencionado, aplicável às pessoas coletivas eleitas para cargos sociais, relativamente às pessoas por elas designadas ou que as representem. Assim, o sócio que tenha o direito de designar um gerente ou possibilidade de fazer eleger gerente, administrador ou membro do órgão de fiscalização responde solidariamente com a pessoa por ele designada “sempre que esta for responsável, nos termos desta lei, para com a sociedade ou os sócios e se verifique culpa na escolha da pessoa designada” (art. 83, n.º 1 CSC). Fixam-se, portanto, dois pressupostos cumulativos: a responsabilidade da pessoa coletiva designada, que se traduz num poder de eleger alguém, e a culpa da pessoa coletiva designada na nomeação da pessoa singular. Como tal, compreendemos que a escolha da pessoa coletiva deve ser realizada de forma criteriosa, tendo em conta a experiência, zelo, competência e dedicação da pessoa singular nomeada, cabendo ao sócio nomeante o ónus de provar que fez a sua escolha com base nestes elementos. Quando assim o faz, em manifestação do dever de lealdade a que está adstrita, a pessoa coletiva fica desonerada desta responsabilidade a título solidário com a pessoa singular nomeada, pelos seus atos ou omissões, tanto perante a sociedade, como perante os sócios, mesmo “quando, por tais atos ou omissões, o próprio administrador seja responsável, nos termos gerais dos arts. 72.º e seguintes do Código”⁹⁶. De outra forma, não seria justo para a pessoa coletiva, na medida em que seria um ónus desmedido esta ficar solidariamente responsável para com uma pessoa singular que não atua em sua representação e relativamente à qual não tem qualquer tipo de influência ou controlo.

Trata-se de um artigo de carácter geral, porém, quanto aos tipos societários em específico, apenas a sociedade anónima prevê uma responsabilidade solidária entre a pessoa coletiva designada e a pessoa singular nomeante, no art. 390, n.º 4 CSC – solução esta que, tal como acontece em Espanha, acaba por proceder a uma equiparação entre a pessoa coletiva designada e a pessoa singular por si nomeada (administrador efetivo)⁹⁷. No entanto, esta responsabilidade assume contornos mais amplos do que a que o art. 83 consagra, na medida em que não se exige, por parte da pessoa coletiva, a culpa na escolha, o que leva a que um maior número de situações se subsuma a esta visão de responsabilidade, que resulta unicamente deste preceito. No mais, existem autores que, pelo facto de o próprio art. 390, n.º 4 CSC prever a responsabilidade solidária entre a pessoa coletiva designada administrador e a

⁹⁴ Labareda, 1998, p. 22.

⁹⁵ Ribeiro, 2009, pp. 624 e ss.

⁹⁶ Dias, 2017, p. 954.

⁹⁷ García, 2018.

pessoa singular designada, entendem que o art. 83 “não se reveste de especial interesse neste contexto”⁹⁸.

Não obstante, alertamos para o facto de o art. 83, n.ºs 1 e 2 se referir a uma responsabilidade que somente se aplica perante a sociedade e os sócios, enquanto o art. 390, n.º 4 não exclui do seu âmbito qualquer beneficiário da responsabilidade, o que nos leva a concluir que a mesma abrange credores e terceiros.

Assim, resta perceber como opera a responsabilidade da pessoa coletiva a título solidário quando não se verifica a culpa na escolha, questão que não encontra uma resposta uniforme na doutrina. Neste sentido, Nogueira Serens sustenta a existência de responsabilidade, independentemente da culpa da pessoa coletiva nomeante, uma vez que esta responsabilidade advém do poder-dever que a pessoa coletiva detém⁹⁹.

À semelhança, Raúl Ventura defende que o facto de a pessoa coletiva ficar incumbida de decidir quem integra o órgão de administração, sem sofrer intervenções por parte da assembleia geral, constitui o adequado correlato face à liberdade na decisão que a mesma toma. Significa que não encara esta responsabilidade solidária como algo que coloque a pessoa coletiva numa “situação de desfavor”, mas sim numa posição de “favor” e como algo que a mesma poderia facilmente evitar, através de uma recusa de aceitação do cargo¹⁰⁰.

Por sua vez, autores como Maria João Dias, Coutinho de Abreu e Elisabete Ramos entendem que apenas é possível convocar a responsabilidade se se preencher o requisito da culpa¹⁰¹. Neste sentido, acrescenta João Labareda que tal responsabilidade objetiva iria conduzir a uma “penalização excessiva e injustificada da pessoa coletiva”¹⁰². Até porque, como mencionámos, a pessoa coletiva não controla a conduta da pessoa singular, nem está autorizada a intervir na mesma, portanto, parece ilógico que a mesma possa incorrer em algum tipo de responsabilidade, muito menos a título solidário e quando a mesma não tem culpa.

Face ao exposto, entendemos que, dado o carácter geral do art. 83, o mesmo pode ser aplicado na situação contemplada pelo art. 390, n.º 4. Significa isto que interpretamos o art. 390, n.º 4 como pressupondo a existência de culpa na escolha. Caso contrário, “o art. 390, n.º 4, *in fine*, comportaria uma exceção ao regime do art. 83”, o que não acreditamos que tenha sido a vontade do legislador, dado o “elemento sistemático da interpretação, que favorece a unidade de solução para problemas de idêntica natureza”¹⁰³.

Ainda no âmbito da responsabilidade, temos de considerar a hipótese contemplada no art. 83, n.º 4 CSC, na qual a pessoa coletiva designada que desempenhe um papel no ato de destituição da pessoa singular por si indicada pode estar sujeita à responsabilidade solidária.

⁹⁸ Abreu e Ramos, 2004, p. 50, nt. 81; Dias, 2017, p. 957.

⁹⁹ Serens, 1994, p. 86.

¹⁰⁰ Serens, 1994, pp. 86, 87 e 91; Ventura, 2003, p. 185.

¹⁰¹ Abreu e Ramos, 2004, p. 50, nt. 81; Costa, 2019; Dias, 2011, p. 255.

¹⁰² Labareda, 1998, p. 22.

¹⁰³ Labareda, 1998, pp. 24-25.

Neste sentido, há quem entenda que “existe uma revelante ligação entre o poder de destituir (...) e a influência que a simples existência desse poder provoca no administrador”, pois apreende-se que aquele que está em posição de fazer destituir pode fazer uso dessa faculdade para exercer “pressão ou influência sobre o titular do órgão em causa, utilizando a ameaça, mesmo meramente psicológica, da destituição”¹⁰⁴ de modo a provocar danos para a sociedade ou para com os seus sócios. Verificada uma situação em que a pessoa coletiva designada é detentora deste poder, e da conseqüente influência que dele deriva, acreditamos que a mesma pode responder solidariamente com a pessoa singular nomeada, nos termos do n.º 4 do art. 83 CSC.

No entanto, por todos os motivos já aludidos na presente Dissertação, somos manifestamente contra a atribuição desta prerrogativa à pessoa coletiva nomeante – quanto a este assunto, remetemos para o disposto no ponto 4 (Substituição e destituição da pessoa singular nomeada), no qual excluimos que a pessoa coletiva possa ter um direito especial de destituição do gerente – e, como tal, entendemos que seria ilógico esta responsabilidade solidária operar, tendo em conta que a mesma tem por base a assunção de um poder e influência que, na verdade, a pessoa coletiva não detém.

¹⁰⁴ Vaz, 1996, p. 375.

IV. Questões sem resposta direta no nosso ordenamento jurídico

1. Remuneração da pessoa coletiva enquanto administrador

Apesar deste estudo quanto ao regime aplicável às pessoas coletivas que exerçam cargos de administração numa sociedade, existem muitas questões que não encontram resposta direta no nosso ordenamento jurídico.

Nesta senda, salientamos o problema da remuneração da pessoa coletiva. Como tal, começando pela remuneração de uma pessoa singular que exerça o cargo de administrador, é essencial compreendermos que o modo como a mesma é fixada pode ter um elevado impacto ao nível dos problemas de agência.

Assim, os membros do órgão de administração podem sentir-se tentados a prosseguirem interesses pessoais, e não os da sociedade que administram. Apesar disto, pode, muitas vezes, haver uma coincidência entre os interesses próprios destes membros e os da sociedade, pois o que pretendem é maximizar o lucro da mesma e, consequentemente, a sua própria remuneração. Significa isto que a fixação da sua remuneração está estreitamente dependente da situação económica da sociedade. Claro que isto acontece num cenário denominado de “ideal”, em que o êxito da sociedade está ligado à competência e eficiência dos administradores, o que culmina numa estabilidade societária¹⁰⁵. Naturalmente, se a empresa estiver numa situação económica complicada, isto pode levar a que os administradores tentem dissimular a verdadeira situação financeira da sociedade, levando outros a acreditar que esta é positiva e, por vezes, correndo riscos excessivos, numa tentativa de assegurarem as suas condições de remuneração.

Como tal, no nosso ordenamento jurídico, para o administrador pessoa singular, o CSC prevê que a remuneração do administrador deve ser fixa, “tendo em conta as funções desempenhadas e a situação económica da sociedade”, podendo a mesma “ser certa ou consistir parcialmente numa percentagem dos lucros de exercício”, sendo a percentagem máxima destinada aos administradores “autorizada por cláusula do contrato de sociedade”¹⁰⁶.

O art. 399, n.º 1 e n.º 2 CSC é aplicável aos administradores das sociedades com estrutura tradicional e, por força da remissão do art. 429, também aos administradores das sociedades com estrutura germânica. Com este artigo realçamos que se estabelece uma remuneração composta por apenas uma parte variável, sendo, portanto, somente parcialmente variável. Assim, entende-se que se deve remunerar “adequadamente a responsabilidade assumida, a disponibilidade e a competência colocadas ao serviço da

¹⁰⁵ Ribeiro, 2013, p. 53.

¹⁰⁶ Código de Governo das Sociedades, IPCG, 2018.

sociedade”¹⁰⁷, de forma a garantir “uma atuação alinhada com os interesses de longo prazo dos acionistas”, premiando, simultaneamente, o desempenho.

Face ao exposto, e tendo em conta que não existe qualquer disposição específica para o administrador pessoa coletiva, entendemos que as normas constantes do art. 399 devem ser subsidiariamente aplicáveis. Ou seja, seria atribuída à pessoa coletiva administradora uma remuneração em face das suas funções, que se esgotam com a nomeação da pessoa singular.

João Labareda sugere a possibilidade de realizar um acordo entre a pessoa coletiva designada e a pessoa singular por si nomeada em que se fixasse que alguma parte da remuneração seria adstrita à pessoa coletiva¹⁰⁸. Entendemos que, neste aspeto, se devia atender não só à remuneração em sentido estrito, mas também aos benefícios que os administradores recebem, inclusive possíveis prémios, indemnização por cessação da relação de administração, pensões e complementos de reforma.

Porém, entendemos que faria sentido remunerar não a pessoa coletiva, mas sim a pessoa singular que detém o exercício efetivo do cargo em nome próprio, à semelhança do que acontece noutros países¹⁰⁹.

Sucede que, tendo em conta a existência de uma responsabilidade a título solidário, entre a pessoa coletiva designada e a pessoa singular por si nomeada, há quem considere que tal se consubstanciaria numa situação injusta para a pessoa coletiva. Contudo, na nossa opinião, a ausência de remuneração e, simultaneamente, a existência de responsabilidade podem coexistir por forma a não colocar a pessoa coletiva numa posição de desfavor, no sentido em que ela só será responsável (a título solidário) na medida da culpa da sua escolha. Significa isto que se a pessoa coletiva designada tiver atuado e realizado a sua escolha de forma ponderada, tendo em consideração os critérios adequados (idoneidade, competência, experiência, entre outros), mesmo que a pessoa singular venha a ser responsabilizada pelo seu próprio comportamento, a pessoa coletiva não o será.

2. Exercício de atividade concorrente

Apesar de não se encontrar expressamente consagrado no direito societário português o dever do administrador de não aproveitar, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias, o mesmo surge como uma concretização do dever de lealdade e do dever de não exercer atividade concorrente.

Atualmente, esta obrigação de não concorrência encontra-se prevista, para os diferentes tipos societários, nos arts. 180, n.º 1, 254, n.º 1, 398, n.º 3, e 477.º, todos do CSC. Estas normas

¹⁰⁷ Abreu, 2019.

¹⁰⁸ Labareda, 1998, p. 49, nt. 43.

¹⁰⁹ Esta sugestão advém do estudo realizado sobre a legislação espanhola, que consagra expressamente esta solução quanto à remuneração do administrador pessoa coletiva conforme estabelecido no art. 260, n.º 11 LSC.

são bastante semelhantes, exprimindo um entendimento idêntico que consiste na proibição de um administrador exercer, por conta própria ou alheia, atividade concorrente com a da sociedade. Isto compreende não só as atividades abrangidas pelo objeto social da sociedade administrada, como também “atividades que estejam a ser exercidas ou cujo exercício tenha sido deliberado pelos sócios”¹¹⁰, no caso das SA, salvo consentimento por parte da Assembleia Geral. Já nas SNC está expressamente prevista a proibição de um sócio se tornar sócio de responsabilidade ilimitada noutra sociedade, salvo expresse consentimento de todos os outros sócios (art. 180, n.º 1 CSC).

Posto isto, concluímos que o objetivo não é obrigar o administrador a exercer exclusivamente a sua atividade no seio da sociedade, mas sim impedir situações de conflito de interesses. Assim, entendemos que, numa situação em que o administrador designado é uma pessoa coletiva que atua em concorrência com a sociedade administrada, deve ser aplicado o regime previsto para os casos em que o administrador é uma pessoa singular. Isto traduz-se na sujeição a autorização por parte da Assembleia Geral. Salientamos que, nos termos da lei, o consentimento por parte da sociedade administrada se presume no caso de o exercício da atividade concorrente ou participação noutra sociedade serem anteriores à designação desta pessoa coletiva para o cargo de administração. Do mesmo modo, no caso das SQ, o consentimento também é presumido quando haja conhecimento “pelos sócios que disponham da maioria do capital” (n.º 5 do art. 254 CSC).

Por sua vez, quanto ao outro dever que impende sob o administrador, o mesmo está relacionado com as oportunidades de negócio societárias e, como tal, precisamos de compreender o que constitui, ao certo, uma oportunidade desta natureza. Neste sentido, devem considerar-se oportunidades de negócio da sociedade “aquelas relativamente às quais a sociedade manifestou o seu interesse, bem como as que possam considerar-se convenientes para a prossecução do seu interesse, independentemente de o administrador ter tido conhecimento da oportunidade de negócio no exercício das suas funções ou particularmente (a menos que se trate de negócio estritamente dirigido à satisfação das suas necessidades básicas pessoais e/ou familiares)”¹¹¹.

Assim sendo, perante estas oportunidades de negócio pertencentes à sociedade, se o administrador não possuir a autorização necessária por parte da mesma e decidir apropriar-se das mesmas, pode ser responsabilizado, nos termos gerais dos arts. 72 e seguintes do CSC. Pode, ainda, ser destituído com fundamento em justa causa e, até, ser obrigado a indemnizar a sociedade pelos prejuízos que esta tenha sofrido (aplicamos o disposto no art. 254, n.º 5,

¹¹⁰ Martins, 2019.

¹¹¹ Ribeiro, 2012, pp. 653-654.

previsto para as SQ, aos restantes tipos societários, por remissão do art. 428. para o art. 398. que, por sua vez, no seu n.º 5 remete para o n.º 5 do art. 254 CSC).

Deste modo, concluímos que, sendo o administrador uma pessoa coletiva, a mesma terá de ser responsabilizada pela violação dos deveres de lealdade e cuidado, nos termos *supra* explanados, assim como a pessoa singular por si nomeada. Relembramos, à luz do exposto no capítulo anterior, quanto à relação de responsabilidade estabelecida entre a pessoa coletiva designada e a pessoa singular nomeada, que a mesma ocorre a título solidário, estendendo-se o cumprimento destes deveres à pessoa coletiva.

3. Celebração de negócios entre a sociedade e os seus administradores

Neste contexto, importa perceber a razão pela qual os negócios entre a sociedade e as partes relacionadas (como, por exemplo, os administradores) assumem relevância, especialmente no âmbito da “corporate governance”. Ora, como sabemos, o estabelecimento de negócios entre os administradores da sociedade e a própria sociedade pode potenciar os interesses pessoais, preterindo os interesses da sociedade, constituindo, neste sentido, um campo “fértil em conflitos de interesses, em risco de os administradores obterem vantagens em detrimento da sociedade”¹¹².

Na sequência, consagrou-se no art. 397 CSC a nulidade dos contratos celebrados entre a SA e os seus administradores, salvo se tiverem sido previamente autorizados por deliberação do conselho de administração e com o parecer favorável do conselho fiscal ou da comissão de auditoria.

No que concerne às SQ, a lei não prevê esta proibição expressamente, nem tão pouco remete para uma aplicação subsidiária das normas relativa às SA. Assim, entendemos que se deve proceder à aplicação das normas das SA – o que é possível, nos termos do n.º 3 do art. 10 CC – ao abrigo de uma interpretação integrativa da lacuna¹¹³.

Contudo, no contexto subjacente a esta Dissertação, o que importa é perceber se o administrador que seja pessoa coletiva se encontra igualmente adstrito e subordinado a uma autorização prévia do conselho de administração, bem como a um parecer favorável por parte do órgão de fiscalização, para a celebração destes negócios.

Como tal, tendo por base um pensamento que se pauta pela essencialidade da transparência e diligência no exercício da prática societária, concluímos que estas disposições têm de ser respeitadas e são aplicáveis à pessoa coletiva designada administradora e à pessoa

¹¹² Abreu, 2019.

¹¹³ Martins, 2012, p. 727.

singular por si nomeada, com a mesma extensão que seria, caso se tratasse de uma pessoa singular designada administradora.

Conclusão

Após o estudo e análise efetuados, tecemos, agora, algumas considerações finais.

Concluimos que a legislação estrangeira assumiu uma influência marcante no que diz respeito às soluções adotadas no direito português. O facto de se permitir, em França, a designação de uma pessoa coletiva para exercer o cargo de administrador/ gerente no seio das sociedades anónimas e sociedades de responsabilidade limitada contribuiu para que o mesmo fosse possível em Portugal, ainda que esteja expressamente previsto no nosso ordenamento jurídico apenas para as SA e SNC. Quanto às SQ, entendemos que as suas disposições não consagram uma proibição absoluta, o que seria excessivo, pelo que reiteramos que deveria ser possível proceder a uma aplicação analógica das normas previstas para as SA, nomeadamente quanto à validade da designação de uma pessoa coletiva para o cargo de gerente, mediante obrigatoriedade de nomeação de uma pessoa singular (relembramos que se encontra prevista uma situação excecional em que os sócios, inclusive pessoas coletivas, assumiriam os poderes de gerência “ex lege”).

No alinhamento, realçamos a importância da nomeação da pessoa singular e da qualificação da relação que se estabelece entre a pessoa coletiva designada e a pessoa singular nomeante, que não se consubstancia, a nosso ver, numa relação de representação. Deste modo, entendemos que não existe uma designação efetiva, mas sim uma mera transferência do poder de nomeação de administrador para a pessoa coletiva designada, e que o facto de a pessoa singular deter o exercício efetivo do cargo em nome próprio não se coaduna com a ideia de mandato. Aliás, consideramos que somente desta maneira se ultrapassam os obstáculos relacionados com a exteriorização da vontade da sociedade administrada e se assegura a continuidade face à administração da mesma.

Nesta linha, clarificamos que a pessoa singular atua de modo independente e no interesse da sociedade administrada, pois é com esta que estabelece uma relação, não podendo a pessoa coletiva designada interferir nas suas decisões. Como tal, consideramos desmedido imputar a esta pessoa coletiva uma responsabilidade objetiva a título solidário, como está consagrado especificamente para as SA, até porque entendemos que isso fomentaria a não aceitação da designação por parte da pessoa coletiva, o que poderia conduzir à estagnação do funcionamento da sociedade. Acrescentamos que o facto de a pessoa coletiva poder indicar uma pessoa singular para exercer o cargo não se apresenta, no nosso entendimento, como uma prerrogativa benéfica o suficiente que justifique a atribuição de uma responsabilidade solidária, independentemente da sua culpa.

Assim, alertamos para a possibilidade plasmada na parte geral do CSC quanto à “culpa in elegendo” (art. 83 CSC), que pressupõe a verificação da responsabilidade da pessoa coletiva designada perante a sociedade administrada por violação de deveres a que está adstrita (quanto aos deveres, recordamos o que foi mencionado quanto ao dever de lealdade) e,

simultaneamente, a existência de culpa desta mesma pessoa na indicação da pessoa singular por inobservância dos critérios que regem a nomeação em apreço (relembramos a importância de ter em consideração a experiência, competência e zelo da pessoa a nomear). Trata-se de um artigo de contornos mais restritos e, apesar da discordância de vários autores, parece-nos ser o que melhor se enquadra, tendo em conta que o papel da pessoa coletiva cessa com a nomeação da pessoa singular, não podendo, após este momento, intervir, de modo algum, na conduta que esta última adotar.

Assim, entendemos que o regime geral terá de ser aplicado conjuntamente com o art. 390, n.º 3, próprio das SA, e que este último pressupõe a existência de culpa na escolha.

Por fim, salientamos que, apesar da importante reforma do CSC em 2006, existem, ainda, várias questões que não encontram resposta no nosso sistema legal. Alertamos para temas que suscitam dúvidas oportunas e devidamente fundadas relativamente à omissão da lei face a problemas relacionados com a remuneração do administrador, a regulação do exercício de atividade concorrente e, ainda, com a celebração de negócios entre a sociedade e os seus administradores quando o administrador é uma pessoa coletiva.

Face ao exposto, concluímos que devemos proceder a uma interpretação extensiva das normas previstas para o administrador pessoa singular e aplicar as mesmas a estas situações na medida da sua compatibilidade e com as necessárias adaptações.

Em suma, parece-nos pertinente equacionar a possibilidade de proceder a uma reorganização ou reforma futura face à legislação comercial vigente, tornando-a mais atual, por forma a acautelar este tipo de situações e questões adjacentes não reguladas ou de contornos pouco definidos.

Bibliografia

- ABREU, J.M.C. (2019). *Curso de direito comercial*, vol. I, 6.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- ABREU, J.M.C. (2017). Anotação ao artigo 246.^o (Competência dos sócios). In Abreu, J.C. (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. IV, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- ABREU, J.M.C. (2019). Anotação aos artigos 397.^o (Negócios com a sociedade) e 399.^o (Remuneração). In Abreu, J.C. (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. VI, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- ABREU, C. e RAMOS, E. (2004). Responsabilidade civil de administradores e sócios controladores. *Miscelâneas do Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho*, n.º 3. Coimbra: Almedina.
- ALMEIDA, A.P. (2013). *Valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados*, vol. I, 7.^a Edição reformulada e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANTUNES, J.E. (2020). *Direito das sociedades*, 9.^a Edição revista e atualizada. Porto.
- CALERO, F.S. (1984). *Instituciones de derecho mercantil*, 10.^a Edição. Valladolid: Aranzadi.
- CÂMARA, P. (2007). Os modelos de governo das sociedades anónimas. In *Jornadas em homenagem ao Professor Raúl Ventura, A reforma do Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A.M. (2021). *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 4.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A.M. (2017). *Manual de direito das sociedades*, vol. II, Reimpressão da Edição de 2007. Coimbra: Almedina.
- CORREIA, A.F. (1987). As sociedades por quotas de responsabilidade limitada segundo o Código das Sociedades Comerciais. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 47, vol. III.
- COSTA, R. (2017). Anotação ao artigo 252.^o (Composição da gerência). In Abreu, J.C. (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. IV, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- COSTA, R. (2019). Anotação ao artigo 390.^o (Composição). In Abreu, J.C. (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. VI, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- CUNHA, C. (2017). Anotação ao Artigo 252.^o (Composição da gerência). In Abreu, J.C. (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. IV, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- CUNHA, P.O. (2009). Designação de pessoas coletivas para os órgãos de sociedades anónimas e por quota. *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1, vol. I.
- CUNHA, P.O. (2021). *Direito das sociedades comerciais*, 7.^a Edição (Reimpressão de 2021). Coimbra: Almedina.
- CUNHA, P.P. (1985). As pessoas coletivas como administradores de sociedades. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 45, vol. I.
- CUNHA, P.P. (1993). Pessoas coletivas designadas administradores de sociedades anónimas. *O Direito*, Ano 125, vol. I-II.
- DIAS, M.J. (2011). A substituição de administradores. *Miscelâneas do Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho*, n.º 7.
- DIAS, R.P. (2017). Anotação ao artigo 83.^o (Responsabilidade solidária do sócio). In Abreu, J.C. (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. I, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.

- DOMINGUES, P.T. (2004). A vinculação das sociedades por quotas no Código das Sociedades Comerciais. *Revista da FDUP* – A.1.
- DUARTE, D.P. (2021). Anotação ao artigo 252.º (Composição da Gerência). In Cordeiro, A.M. (Coord.). *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 4.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2018). El derecho. *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 59.
- GOURLAY, P.G. (1971). *Conseil d'administration de la société anonyme. Organisation et fonctionnement*. Paris: Librairie Sirey.
- LABAREDA, J. (1998). *Direito societário português – algumas questões*. Lisboa: Quid Juris?
- MALAQUIAS, P.F.; BASTO, I.C.P. e CHOON, A. (2014). O papel das pessoas coletivas como administradores ou gerentes de uma sociedade comercial. *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 36.
- MARTINS, A.S. (2012). A aplicação do art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais às sociedades por quotas. In *II Congresso do Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra: Almedina.
- MARTINS, A.S. (2016). Anotação ao artigo 191.º (Composição da gerência). In Abreu, J.C. (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. III, 2.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- MARTINS, A. S. (2017). Anotação ao artigo 259.º (Competência da gerência). In Abreu, J.C. (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. IV, 2.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- MARTINS, A. S. (2019). Anotação ao artigo 398.º (Exercício de outras atividades). In Abreu, J.C. (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. VI, 2.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- PINTO, J.C. (2012). Critérios legais de composição do conselho de administração. *Revista do Direito das Sociedades*, ano IV, n.º 3.
- PONT, M.B. (1983). *Manual de derecho mercantil*, 5.ª Edição. Madrid.
- RIBEIRO, M.F. (2009). *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*. Coimbra: Almedina.
- RIBEIRO, M.F. (2012). Dever de não apropriação de negócios dos administradores societários. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*. Coimbra: Almedina.
- RIBEIRO, M.F. (2013). Os modelos de remuneração dos membros dos órgãos de administração das sociedades comerciais e as comissões de remunerações In Pinto, J.C. (coord.). *A emergência e o futuro do corporate governance em Portugal*. Coimbra: Almedina.
- RODIÈRE, R. e OPPETIT, B. (1980). *Droit comercial: Groupements commerciaux*, 10.ª Edição. Paris: Dalloz.
- RODRIGUES, I.D. (1990). *A administração das sociedades por quotas e anónimas: Organização e estatuto dos administradores*. Lisboa: Petrony.
- SANTO, J.E. (2000). *Sociedades por quotas e anónimas – Vinculação: Objeto social e representação plural*. Coimbra: Almedina.
- SERENS, M.N. (1995). Notas sobre a sociedade anónima. *Studia Iuridica*, n.º 14, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- SERENS, M.N. (1994). Pessoas coletivas – administradores de sociedades anónimas? *Revista da Banca*, n.º 30, abril/ junho.
- VAZ, T. (1996). A responsabilidade do acionista controlador. *O Direito*, Ano 126, vol. III-IV.

VENTURA, R. (2003). *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome coletivo: Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*. Reimpressão da Edição de 1994. Coimbra: Almedina.

VENTURA, R. (2007). *Sociedades por quotas: Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, vol. III, 3.^a Reimpressão da Edição de 1991. Coimbra: Almedina.

Pornografia de menores

**O conceito de representação realista de menor e a (i)legitimidade
da incriminação**

Cristiano Filipe Silva Rodrigues

Sob orientação do Professor
Doutor Pedro Miguel Fernandes Freitas

À minha irmã

Agradecimentos

Aos meus pais, pela educação, apoio, incentivo e investimento na minha formação pessoal e académica. A eles devo tudo e sem eles não seria o que sou hoje.

À minha irmã, a quem dedico esta dissertação, o meu profundo agradecimento por ouvir as minhas lamúrias e, ainda assim, acreditar em mim e no meu trabalho.

À minha afilhada, para que possa brincar, crescer e aprender ao sabor do vento.

Ao Jorge, por ser o exemplo de que tudo é possível quando se tem ânimo e força de vontade. Acima de tudo, por me ensinar o verdadeiro significado de entrega e amizade.

Por fim, ao meu orientador, agradeço toda a disponibilidade manifestada, os sábios conselhos, as conversas e a irrefutável compreensão.

A todos,
Obrigado!

Resumo

A presente dissertação pretende promover a reflexão crítica sobre um dos temas mais complexos do Direito Penal: os limites à incriminação da pornografia de menores.

Primeiro, relembramos todos os conceitos inerentes às finalidades da intervenção penal, desde a noção de bem jurídico à relação entre política criminal e Constituição. Depois, procedemos a uma evolução histórica da legislação em matéria de criminalidade sexual, uma vez que aqui se deram as mais importantes transformações a respeito do bem jurídico objeto de tutela. Uma vez compreendido o enquadramento atual, analisamos o crime de pornografia de menores. Trataremos o conceito de pornografia infantil e as controvérsias geradas por algumas das condutas típicas. Por fim, dedicamos uma especial atenção à pseudopedopornografia, onde se questiona um possível retorno à moral sexual e os eventuais conflitos com outros direitos fundamentais.

Palavras-chave: pornografia de menores; bem jurídico; criminalidade sexual; pseudopedopornografia; moral sexual; direitos fundamentais.

Abstract

The following thesis aims to promote critical reflection upon one of the most intricate subjects of Criminal Law: child pornography and the limits of its incrimination. First, we go through all the concepts inherent to the ends of criminal intervention, such as juridical asset and the connection between criminal politics and Constitution. Then, we proceed to the historical evolution of legislation on sex crimes, since important transformations have occurred concerning the juridical asset. Once the current framework is understood, we move on to the analysis of child pornography. We shall see the definition of child pornography and the controversies regarding some of the conducts. Finally, we pay a special attention to pseudopedopornography, where we question the eventual return to sexual morality and potential conflicts with other fundamental rights.

Keywords: child pornography; juridical asset; sex crimes; pseudopedopornography; sexual morality; fundamental rights.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
al./als.	alínea(s)
art.	artigo
arts.	artigos
cfr.	conferir
CL	Convenção de Lanzarote
CP	Código Penal
CPP	Código do Processo Penal
CPPA	<i>Child Pornography Prevention Act</i> (1996)
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
DQ	Decisão-Quadro
EUA	Estados Unidos da América
i.e.	isto é
LC	Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (Lei do Cibercrime)
MP	Ministério Público
n.º	número
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	página
pp.	páginas
RJLB	Revista Jurídica Luso-Brasileira
RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
séc.	século
s.l.	<i>sine loco</i>
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TIC	Tecnologias de Informação e Comunicação
Trad.	tradução
v.	<i>versus</i>
Vol.	Volume

Índice

Introdução	7
Capítulo I – Os fundamentos da intervenção penal	8
1. A noção de bem jurídico	8
2. Constituição e Lei Penal	9
3. As bandeiras de um Direito Penal do bem jurídico	12
Capítulo II – Enquadramento histórico do Direito Penal sexual	15
1. Evolução legislativa	15
2. Os crimes sexuais contra menores: o caso da pedopornografia	17
Capítulo III – O crime de Pornografia de Menores	21
1. O conceito de pornografia infantil	21
2. Considerações gerais sobre o bem jurídico	22
Capítulo IV – Análise da pseudopedopornografia	28
1. A “representação realista de menor”. Caracterização e modalidades	28
2. Pseudopedopornografia, a semente da discórdia	29
3. A nossa posição	33
Conclusão	36
Bibliografia / Webgrafia	37
Legislação	39
Jurisprudência	39

Introdução

O crime de pornografia de menores converteu-se num dos tipos legais que mais alterações sofreram nas últimas décadas. Com efeito, passou de um crime integrado no abuso sexual de crianças para um ilícito autónomo e muito mais abrangente.

Apesar de terem sido dados passos de gigante na proteção das nossas crianças, o nosso nível de preocupação quanto à bondade de algumas das alterações introduzidas no art. 176.º do CP não deixa de colocar algumas questões: serão as alterações fieis à função crítica do bem jurídico no Direito Penal? Será o bem jurídico, ainda, a liberdade e autodeterminação sexual do menor? Não se terá o legislador deixado influenciar por uma opinião pública que – compreensivelmente – repulsa qualquer prática, desejo ou fantasia sexual envolvendo menores? Será a pornografia com representação realista de menor um desses casos? Estas são questões que nos comprometemos desenvolver e, no final, desejamos ter auxiliado para a sua resposta.

É importante ter em consideração, também, que na altura as TIC não tinham alcançado o nível de funcionalidades que hoje abarcam. Agora, tudo é exequível quando estamos na rede, o que não é necessariamente mau. Mas a pornografia infantil, sendo um cibercrime em sentido amplo, é largamente facilitada pelo uso das novas tecnologias, colocando à disposição de todos material que é, na verdade, um registo permanente de abusos sexuais de menores. Toda a cadeia, desde a produção, distribuição e consumo, apresenta, hodiernamente, proporções impensáveis e lucros incomensuráveis.

Dito isto, faremos um breve excursão aos fundamentos legitimadores do Direito Penal e à evolução da criminalidade sexual no nosso ordenamento jurídico, com especial foco no crime de pornografia de menores, acabando com uma conceptualização e tomada de posição sobre o bem jurídico tutelado por algumas das normas previstas, em especial, a que proíbe o material pornográfico com recurso a representação realista de menor.

Capítulo I – Os fundamentos da intervenção penal

1. A noção de bem jurídico

A preocupação constante no pensamento penal em identificar o objeto das infrações criminais, enquanto critério de legitimação material do Direito Penal, reveste suma importância na definição do conceito material de crime, constituindo um elemento-chave na consideração deste como a lesão ou colocação em perigo de bens jurídico-penais.

Primeiramente, cabe-nos acautelar que o termo “bem jurídico” dificilmente será descodificado de tal forma que se possa afirmar tratar-se de um conceito fechado “capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado”¹. Contudo, após várias tentativas², sedimentou-se no nosso panorama nacional uma construção teleológico-funcional e racional de bem jurídico, que vê no Direito Penal a missão de tutela subsidiária de bens jurídico-penais³.

Pese embora a tarefa praticamente impossível de subsumir o termo “bem jurídico” a um conceito fechado, este parece ter o seu conteúdo essencial já relativamente determinado. Para Figueiredo Dias, poderá definir-se bem jurídico como a “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”⁴. Para Taipa de Carvalho, só deverão ser qualificados como bens jurídico-penais os “valores considerados, pelo *ethos* social comunitário, como essenciais ou indispensáveis para a realização pessoal de cada um dos membros da sociedade”⁵, ao passo que Jescheck os define como “intereses vitales de la comunidad a los que el Derecho penal otorga su protección”⁶. Por seu turno, Faria Costa entende bem jurídico-penal como um “pedaço da realidade com densidade axiológica olhado como relação comunicacional a que a ordem jurídico-penal atribui dignidade penal”⁷. Apesar da visível abundância de enunciações, comum a todas está a identificação tendencial de um bem jurídico-penal com a proteção de direitos intrinsecamente individuais e, ainda, com a garantia das condições sociais imprescindíveis para uma sã e pacífica convivência entre os seres humanos.

Uma vez descortinado o conceito indicador de bem jurídico-penal, critério que o nosso legislador ordinário deve observar ao longo de todo o processo de (des)criminalização, percebemos as razões que infirmam a crença segundo a qual puras violações morais, de mera

¹ Figueiredo Dias, 2019, p. 130.

² Para um estudo mais aprofundado da evolução histórica do conceito de bem jurídico, cfr. *ibidem*, pp. 121 e ss.; Taipa de Carvalho, 2016, pp. 57-66, e Costa Andrade, 2004, pp. 42-133.

³ Assim o adscrive, desde 1995, o art. 40.º, n.º 1, do CP: “A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade” (negrito nosso).

⁴ Figueiredo Dias, 2019, p. 130.

⁵ Taipa de Carvalho, 2016, p. 60.

⁶ Jescheck, 2002, p. 231.

⁷ Faria Costa, 2015, p. 258.

ordenação social ou simplesmente razões ideológicas, constituem fundamento de legitimidade material do Direito Penal⁸.

2. Constituição e Lei Penal

A assunção de que cabe ao Direito Penal a função precípua de tutela de bens jurídico-penais, enquanto “condições fundamentais da mais livre realização possível da personalidade de cada homem na comunidade”⁹, padece de uma certa materialização substantiva de tal conceito. Só assim podemos afirmar que o bem jurídico é, por um lado, critério indicador pelo qual o legislador penal se deve orientar e, por outro, uma realidade preexistente que supera o arbítrio do mesmo¹⁰. Daí que, num Estado de Direito democrático, pluralista e secularizado, só os bens do sistema social que se encontrem refletidos no corpo de normas da CRP adquirem a força jurídica necessária à legitimação do Direito Penal. A CRP constitui, assim, o quadro de referência dos valores passíveis de proteção penal.

Daqui retiramos a conexão necessária e implícita de que “entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal – jurídico-penal – dos bens jurídicos tem por força de verificar-se uma qualquer relação de mútua referência”¹¹. Note-se, não estamos a afirmar que o facto de um determinado bem jurídico estar sob a alçada da Constituição cria no legislador a obrigatoriedade de criminalizar qualquer conduta atentatória daquele, mas antes que o legislador fica delimitado quanto ao que não deve constituir objeto de intervenção penal¹².

Podemos, no fundo, concluir pela elegibilidade de um bem como jurídico-penal quando este diz respeito a uma condição necessária à livre realização humana e comunitária, espelhada no quadro de valores constitucionais. Estes serão, por maioria de razão, as normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias e de direitos económicos, sociais e culturais de natureza análoga. Mas, perante o paradoxo do Direito Penal, onde para proteção de um direito se restringem outros – *maxime*, a liberdade –, é essencial que a sua intervenção

⁸ Invoca-se aqui a celeuma em torno da incriminação do lenocínio simples, art. 169.º, n.º 1, do CP, após a revisão de 1998 ter eliminado a referência ao aproveitamento de situação de abandono ou necessidade económica da vítima. Contra esta nova formulação, Figueiredo Dias, 2019, p. 142; Vera Raposo, 2003, pp. 949 e ss.; Mouraz Lopes & Caiado Milheiro, 2019, p. 134. A doutrina vinha discordando da posição adotada pelo TC, nos seus sucessivos acórdãos nesta matéria, designadamente o Ac. TC n.º 144/2004, Processo n.º 566/2003, relatora: Maria Fernanda Palma, para quem a ratio da incriminação assentava na impossibilidade de a ordem jurídica aceitar que uma pessoa pudesse “ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem”. Subitamente, o mais recente Ac. TC n.º 134/2020, Processo n.º 1458/17, relator: Lino Rodrigues Ribeiro, em sede de fiscalização concreta, afastou-se daquela interpretação, pugnando pela inconstitucionalidade do art. 169.º, n.º 1, do CP.

⁹ Figueiredo Dias, 2019, p. 140.

¹⁰ Será, talvez, importante introduzir aqui uma pequena nota. É certo que será no momento da introdução de um crime no catálogo das incriminações que formalmente ocorre o momento de transformação de um bem jurídico em bem jurídico-penal; porém, não deixa de merecer concordância que previamente a tal decisão já será identificável a natureza “penalmente tutelável” daquele.

¹¹ Figueiredo Dias, 2019, pp. 136-137. O autor reforça que esta relação de “analogia material” ou “mútua referência” não significa “identidade” ou “recíproca cobertura”, mas sim uma “essencial correspondência de sentido e – do ponto de vista da sua tutela – de fins”.

¹² Nas palavras de Ferreira da Cunha, 2020, p. 80, “não pode o legislador penal definir como crime condutas conformes aos princípios e normas da Constituição”.

obedeça a um conjunto de requisitos (*rectius*: um regime), previstos nos arts. 17.º e 18.º, da CRP. São estes os dois preceitos que permitem a classificação de um bem jurídico como bem jurídico-penal e, por conseguinte, que validam a decisão legislativa criminalizadora.

Desde logo, o art. 17.º da CRP subordina os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais de natureza análoga ao mesmo regime, mormente o art. 18.º da CRP. O artigo constitui, portanto, a “*norma-chave* para a compreensão do regime constitucional dos direitos fundamentais”¹³. Uma importante lição a retirar da leitura do art. 17.º da CRP é a de que “a separação dos direitos fundamentais em dois títulos não se apresenta radical”¹⁴. De uma forma geral, a hierarquização formal presente na Constituição entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais não se reflete, imperativamente, na força jurídica desses direitos.

Problema mais complexo é o da delimitação do âmbito de aplicação deste mesmo regime. Sem alongarmos muito a problemática, dir-se-á que tal regime se aplica a “todos os direitos [fundamentais] enunciados no título II, sem exceção ou distinção, sejam eles liberdades negativas, direitos ativos ou positivos, ou garantias processuais ou institucionais”¹⁵. Simultaneamente, aplica-se a certos direitos fundamentais cuja natureza seja análoga à de um direito, liberdade e garantia, entendendo-se que essa natureza está presente quando um hipotético direito tem “o seu conteúdo essencialmente determinado ao nível das opções constitucionais, não dependendo da lei ordinária para se tornar líquido e certo, bem como se a sua efetivação (...) depende apenas da vontade política do Estado e não de fatores que o Estado em grande medida não domina”¹⁶. Ora, se a estes direitos com natureza análoga se aplica, necessariamente, o regime material específico dos direitos, liberdades e garantias do art. 18.º da CRP, suscita dúvidas a aplicabilidade do regime orgânico destes, disposto no art. 165.º, n.º 1, da CRP. Ficaremos pela asserção de que a letra do art. 17.º da CRP é mais dúbia do que parece. Note-se, uma interpretação exclusivamente literal do artigo supramencionado levaria a concluir pela aplicação do art. 165.º, n.º 1, al. b), da CRP, também aos direitos fundamentais de natureza análoga, conquanto a leitura deste último preceito notoriamente força a uma conclusão oposta.

A própria jurisprudência constitucional nesta matéria foi tomando posições contraditórias, quer manifestando-se apologista de uma aplicação *ipsis verbis* do art. 165.º, n.º 1, al. b), da CRP aos direitos de natureza análoga, quer reservando a aplicação do regime orgânico dos direitos, liberdades e garantias “à dimensão [do direito] que tiver essa natureza

¹³ Canotilho & Moreira, 2007, p. 371.

¹⁴ Miranda & Medeiros, 2010, p. 303.

¹⁵ Canotilho & Moreira, 2007, p. 373.

¹⁶ Cfr. Miranda & Medeiros, 2010, p. 304, exemplificando, como direitos de natureza análoga, os previstos nos arts. 20.º, n.º 1, 21.º, 62.º, n.º 1, 206.º, entre outros, da CRP.

análoga aos direitos, liberdades e garantias”¹⁷. Duvidando que a intenção do legislador constituinte seja atribuir um poder excessivamente amplo à Assembleia da República¹⁸ – até porque, assim sendo, várias outras alíneas do art. 165.º, n.º 1 da CRP seriam redundantes face à sua al. b) – entendemos que o art. 17.º da CRP apenas remete para o regime material dos direitos, liberdades e garantias, pois tal seria um desvirtuamento do espírito ínsito na respetiva norma, assim como do seu posicionamento sistemático.

Ora, determinado o âmbito de aplicação do regime específico de direitos, liberdades e garantias, importa analisar aquele que se considera ser a trave mestra de tal regime: o art. 18.º da CRP.

A atual redação deste artigo é originária da Constituição, excetuando o aditamento feito ao n.º 3 na revisão constitucional de 1982, que consagrou a proibição do efeito retroativo das leis restritivas. Naturalmente, uma Constituição que se encontra ao serviço do Estado de Direito democrático (comprovado pela epígrafe do art. 2.º da CRP) não poderia deixar de estipular uma norma como o art. 18.º, importante ferramenta no controlo de eventuais abusos ou excessos por parte do Estado no exercício das suas competências. Para efeitos do presente estudo, interessa-nos fundamentalmente o art. 18.º, n.º 2 da CRP¹⁹. Podemos, então, delimitar o regime constitucional específico das restrições dos direitos, liberdades e garantias, e por consequência, com grande impacto no direito de punir estatal nos seguintes requisitos cumulativos²⁰: (a) autorização constitucional expressa da restrição²¹; (b) finalidade de salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; (c) limitação da restrição ao estritamente necessário para essa salvaguarda, não podendo aquela, em caso algum, atingir ou aniquilar o núcleo essencial do direito sacrificado; (d) obediência ao requisito da reserva de lei restritiva.

Uma leitura conjunta destes pressupostos permite deduzir que o Direito Penal, enquanto lei restritiva da liberdade e/ou do património²², só pode cominar uma sanção criminal a determinada conduta quando aquela se encontre autorizada pelo Texto Fundamental, se destine a proteger um bem jurídico refletido num “valor jurídico-constitucionalmente

¹⁷ Assim, o Ac. TC n.º 329/99, Processo n.º 492/98, relator: Messias Bento, relativo ao direito de propriedade. Em sentido oposto, cfr. o Ac. TC n.º 373/91, Processo n.º 405/91, relator: Tavares da Costa, para quem “razões de ordem material” justificam a reserva de competência legislativa parlamentar no que concerne ao núcleo essencial dos direitos análogos.

¹⁸ Como observa Correia Baptista, 2006, pp. 224-225, “a maioria dos direitos sociais tem um núcleo essencial que partilha da natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias”, pelo que tal “iria acabar por exigir lei formal para todos estes direitos”. Posição contrária parece ser a de Canotilho & Moreira, 2007, p. 375.

¹⁹ Para uma leitura mais exaustiva de todos os pressupostos do regime do art. 18.º, da CRP, cfr. Miranda & Medeiros, 2010, pp. 315 e ss.

²⁰ Inspirando-nos nas condições de legitimidade constitucional das restrições descritas em Canotilho & Moreira, 2007, p. 388.

²¹ Sobre a admissibilidade das restrições implicitamente autorizadas pelo articulado constitucional, ver Miranda & Medeiros, 2010, pp. 366-372.

²² Contrariamente ao direito à liberdade (art. 27.º, da CRP), o direito de propriedade (art. 62.º, da CRP) não é uma das modalidades de direitos, liberdades e garantias, em virtude da sua natureza enquanto direito económico. Ainda assim, como vimos *supra* (nota 16), por se tratar de um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, é-lhe aplicável o regime correspondente (art. 18.º, da CRP, *ex vi* art. 17.º, da CRP).

reconhecido”²³, seja apta a proteger esse bem jurídico, necessária à sua salvaguarda e não se revele manifestamente excessiva quando comparada com a dimensão do bem jurídico salvaguardado. No plano formal e orgânico, a intervenção penal só se encontrará justificada quando a criminalização surgir por iniciativa legislativa parlamentar, ou por decreto-lei autorizado do Governo, para efeitos do art. 165.º, n.º 1, al. b), da CRP.

3. As bandeiras de um Direito Penal do bem jurídico

A conceção racional e teleológico-funcional do conceito material de crime, aliada à necessidade de uma relação entre os bens jurídicos penalmente tutelados e o quadro axiológico constitucional, postula do Direito Penal um conjunto de princípios basilares que o tornam fiel à ideia de Estado de Direito.

O primeiro é, desde logo, o princípio da dignidade penal. Estamos, portanto, no âmbito da “dimensão axiológica”²⁴ do bem jurídico-penal, segundo a qual este só existe na medida em que seja a concretização de um valor – noutras palavras, “direito ou interesse”, conforme indicado no art. 18.º, n.º 2 da CRP – constitucionalmente consagrado, referente às condições fundamentais da vida em comunidade²⁵.

Todavia, para que a intervenção punitiva se encontre justificada, não bastará o intento de proteção de um bem jurídico-penal, exigindo-se, adicionalmente, que esse bem jurídico se revele carente da respetiva proteção. O apelo a esta “dimensão pragmática”²⁶, complemento inseparável da dignidade penal, traduz-se no adimplemento do princípio da necessidade (carência) de tutela penal, plasmado no aludido art. 18.º, n.º 2 da CRP. Tal preceito, ao limitar qualquer lei restritiva de direitos fundamentais ao “necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, concretiza o princípio da proporcionalidade em sentido amplo²⁷, o que implica não só a adequação e necessidade (indispensabilidade) das sanções criminais para a salvaguarda de bens jurídicos elementares, mas também um certo equilíbrio, uma justa medida entre a sanção aplicável/aplicada e a dimensão do bem jurídico tutelado pela norma, visando assim a observância do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Posto isto, o Direito Penal só deve exercer a sua função nos casos em que outros meios “se revelem insuficientes ou inadequados”²⁸ para uma tutela eficaz de bens jurídico-penais.

²³ Figueiredo Dias, 2019, p. 136.

²⁴ Taipa de Carvalho, 2016, p. 65.

²⁵ De acordo com Figueiredo Dias, 2019, p. 137, “os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica”.

²⁶ Taipa de Carvalho, 2016, p. 65.

²⁷ Uma breve reflexão sobre este princípio e suas subdivisões encontra-se em Conceição Cunha, 1995, pp. 211-212 e 230 e ss., e Canotilho & Moreira, 2007, pp. 392-393.

²⁸ Figueiredo Dias, 2019, p. 147. Esta terá sido a razão que levou o legislador, através da Lei n.º 30/2000, de 29 de novembro, a descriminalizar o consumo de estupefacientes, por considerar que existiam meios mais eficazes para

Inversamente, quer também dizer que mesmo comprovada a inexistência ou ineficácia de outros meios menos onerosos para a proteção de um bem jurídico-penal, o recurso às sanções penais será ilegítimo se a sua convocação se revelar manifestamente excessiva face ao fim visado.

In fine, o princípio da necessidade penal inviabiliza qualquer tentativa de erigir no legislador um dever de criminalizar certa conduta apenas e tão só por se destinar à proteção de um bem jurídico dotado de dignidade constitucional e penal, pelo que somos forçados a rejeitar a natureza absolutamente imperativa das denominadas “imposições constitucionais implícitas de criminalização”²⁹.

Esta ligação entre ambas as dimensões dos bens jurídico-penais atribui à correspondente intervenção tanto uma natureza subsidiária, i.e., de *ultima ratio*, como fragmentária³⁰, pois não almeja o Direito Penal tutelar todos os aspetos da vida social, mas somente os que apresentem uma relevância determinante para a vida em comunidade e não possam ser suficientemente tutelados por meios não penais, como sucede com os meios civis ou contraordenacionais³¹. Simultaneamente, outorgam à Constituição um papel enquanto fundamento e limite do Direito Penal.

Na jurisprudência nacional, mormente do TC, é possível encontrar um número variado de decisões que versam precisamente sobre a essencialidade dos princípios da dignidade e da necessidade penais, traços particularmente característicos de um Direito Penal do bem jurídico. Veja-se, a título de exemplo, o Ac. TC n.º 377/2015, onde se entende o art. 18.º da CRP como critério prático da conformidade constitucional das incriminações. De acordo com o mesmo, é possível extrair do art. 18.º da CRP duas vertentes fundamentais, onde “de acordo com a primeira, a decisão de política legislativa que se traduz na previsão de um novo tipo criminal só será conforme ao previsto no n.º 2 do artigo 18.º da CRP se o *bem jurídico* por esse novo tipo protegido se mostrar digno de tutela penal; de acordo com a segunda, a mesma decisão de política legislativa só passará pelo crivo da legitimação constitucional se o *bem jurídico* protegido pelo novo tipo incriminador se revelar *carente* de tutela penal”³².

a proteção dos bens necessários à preservação da sociedade, colocados em perigo em virtude desse consumo. Nestes casos, seria mais importante tratar do que punir.

²⁹ *Ibidem*, p. 148. Não aprofundando muito este debate, somos da opinião de Taipa de Carvalho, 2016, p. 66, aceitando que a dimensão axiológico-constitucional de determinados valores talvez possa, em teoria, criar um dever de criminalização, sob pena de uma eventual inconstitucionalidade por omissão. São exemplos a vida, a integridade física e a liberdade.

³⁰ Marques da Silva, 2020, p. 75, onde se pode ler que a fragmentariedade do Direito Penal implica que “nem todos os bens jurídicos sejam por ele tutelados, nem o sejam contra todas as formas de agressão”.

³¹ Saliente-se, contudo, que não só outros ramos jurídicos constituirão verdadeiras alternativas ao Direito Penal. Neste sentido, também o serão meios e técnicas preventivas, pedagógicas ou terapêuticas, desde que assegurada a sua eficácia protetora de bens jurídicos.

³² Ac. TC n.º 377/2015, Processo n.º 658/2015, relatora: Maria Lúcia Amaral. Já o Ac. TC n.º 24/84, Processo n.º 84-0038, relator: Joaquim Costa Aroso, reconheceu uma margem de liberdade decisória ao legislador na submissão de certos comportamentos ao escrutínio do Direito Penal, reservando o juízo de censura para os casos em que tal uso “contraria manifestamente a ordem constitucional de valores”.

Uma outra idiossincrasia do Direito Penal traduz-se no respeito pelo princípio da legalidade, sediado textualmente no art. 29.º da CRP e no art. 1.º do CP. O princípio da legalidade obriga, desde logo, a que qualquer facto qualificado pela lei como crime, assim como qualquer sanção que lhe esteja associada, se achem tipificados em lei anterior ao momento da sua prática³³. Trata-se da garantia concretizada pela máxima latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, brocardo que devemos a Feuerbach, quando no séc. XIX associou esta expressão a um dos fins das penas no Direito Penal: a prevenção geral de intimidação. Não menosprezando a potencialidade dissuasora que a ameaça de pena em lei prévia deveria constituir para a prática de crimes, parece-nos que na sociedade atual o princípio da legalidade assume uma relevância que supera o intuito da prevenção da prática de futuros crimes. É, acima de tudo, uma exigência intrínseca à ideia de Estado de Direito. Aliás, como bem explica Jorge Miranda, “só existe Estado de Direito quando se dá limitação material e não apenas formal do poder político, o que significa que inere à ideia de Estado de Direito a subordinação do Estado a critérios materiais que o transcendem”³⁴.

Estes são os traços fundamentais de um Direito Penal destinado a “assegurar aos cidadãos uma convivência livre e pacífica”³⁵ mediante a proteção de bens jurídicos ofendidos pela prática de um facto típico, ilícito, culposo e declarado punível em lei anterior. Indubitavelmente, a criminalidade sexual persiste no núcleo dos intensos debates que se têm suscitado em torno dos limites ao poder punitivo do Estado³⁶, influenciando de modo decisivo as alterações ao bem jurídico tutelado por tais crimes.

³³ Marques aa Silva, 2020, pp. 197 e ss.

³⁴ Jorge Miranda, 1978, p. 476.

³⁵ Roxin, 2013, p. 12.

³⁶ Uma discussão que conheceu, na Alemanha, um forte impulso nas últimas décadas e esteve na base da decisão polémica do TC alemão, em 2008, na qual se afirmou não ter o princípio do bem jurídico qualquer função que obstasse à criminalização do incesto entre irmãos. Curiosamente, em alguns ordenamentos jurídicos, como os EUA, o bem jurídico não possui qualquer força limitadora das condutas sujeitas ou a sujeitar à intervenção penal. Uma visão crítica sobre as alternativas que abandonam o “dogma do bem jurídico” pode ser encontrada em *ibidem*, pp. 10-12 e 26-33.

Capítulo II – Enquadramento histórico do Direito Penal sexual

1. Evolução legislativa

Sem prejuízo daqueles que defendem a ampliação ou aplaudem o afunilamento da intervenção penal no âmbito dos crimes sexuais, perfilhamos as palavras indelévels de Conceição Cunha, quando refere que “o desenho típico e a inserção sistemática dos crimes sexuais espelham de modo muito impressivo o tipo de sociedade, as suas valorações e o seu estágio evolutivo”³⁷.

No CP de 1886, substituto do seu antecessor, o CP de 1852, as ofensas sexuais estavam inseridas no “Capítulo IV – Dos crimes contra a honestidade”³⁸. Notavelmente, o legislador não equacionou a possibilidade de considerar a pessoa como centro autónomo de proteção, porquanto objeto das normas incriminadoras era a imoralidade inerente a condutas como o “adultério” (art. 401.º) ou o “ultraje público ao pudor” (art. 390.º). A própria punição do crime de violação (art. 393.º) poderia ser completamente aplacada pelo simples facto de o ofensor casar com a vítima que, em todo o caso, seria sempre do sexo feminino³⁹. Tal não suscita, porém, grande perplexidade se considerarmos o papel da mulher numa sociedade maioritariamente pautada por critérios patriarcais que a encaravam como um “ter” e não um “ser”, um objeto cuja pureza – medida pela condição da sua virgindade, que aliás era *conditio sine qua non* do crime de estupro – determinava a sua capacidade para assegurar a descendência e o estatuto social do chefe de família.

Entretanto, em 1982, entra em vigor um novo CP. Desta vez, os crimes de natureza sexual estavam sistematicamente incorporados no “Capítulo I – Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social”⁴⁰, associados, portanto, aos sentimentos de uma moral sexual coletiva. Dito isto, não parece ter havido qualquer alteração substancial deste regime comparativamente ao anterior. Fora alterações formais e uma certa política de descriminalização e despenalização de alguns factos típicos, o fundamento dos crimes sexuais continuava a assentar num ideal semelhante à “honestidade” do CP de 1886, ou seja, num bem supraindividual ou metafísico, sem acolher realmente um bem jurídico eminentemente pessoal. Como exemplos, atente-se o art. 205.º, n.º 3 do CP de 1982, que definia o atentado ao pudor contra menor de 14 anos com expressa menção aos “sentimentos gerais da moralidade sexual”, e o art. 201.º, n.º 3 do mesmo diploma, que continha uma disposição completamente

³⁷ Conceição Cunha, 2017, p. 347. Podemos, porventura, ir mais longe e atestar que o Direito Penal é o verdadeiro reflexo dos padrões culturais vigentes num determinado momento histórico, podendo seguir uma lógica mais protecionista ou, inversamente, mais liberal.

³⁸ CP de 1886, disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>. Também o CP espanhol adotou esta designação, antes da Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro, integrar os crimes sexuais nos “delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”.

³⁹ O raciocínio inverso também pode aplicar-se. Se a vítima pertencia exclusivamente ao sexo feminino e o elemento “cópula” era parte integrante do tipo objetivo, então podemos seguramente afirmar a tendencial convicção de que o agente seria do sexo masculino.

⁴⁰ CP de 1982, versão original, disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/319744>.

irrisória, certamente fruto de algumas teorias da vitimologia cujo contributo apenas serviu para a sedimentação da cultura pró-violação⁴¹, em que se previa a atenuação especial da pena do crime de violação quando se viesse a provar um qualquer contributo sensível da vítima para o facto⁴².

Não obstante, o desígnio do legislador em modernizar e liberalizar o direito penal sexual viria a tornar-se uma realidade com a primeira reforma ao CP de 1982. Operada em 1995, esta revisão consubstanciou uma total e completa mudança de paradigma da criminalidade sexual. À tutela da honestidade e bons costumes sucedeu um novo bem jurídico protegido pelas incriminações: a liberdade e a autodeterminação sexual⁴³.

Enquanto expressão de uma visão personalista, imposta por um Estado de Direito baseado na igual dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP) e na proteção de bens jurídicos (art. 40.º, n.º 1 do CP), a liberdade sexual surge como o único fundamento capaz de legitimar a intervenção de um Direito Penal de *ultima ratio* assente na autorrealização pessoal. Dito de outro modo, podemos afirmar que todo o pensamento-chave implícito na reforma de 1995 foi a intenção de eliminar qualquer pretensão moralizante dos crimes sexuais e, por conseguinte, interferir somente nos casos em que a liberdade de terceiros em dispor do próprio corpo e de recusarem a participação em atos sexuais indesejados fosse coartada⁴⁴.

Este pendor liberal da reforma de 1995 levou à consideração das ofensas sexuais como verdadeiros crimes contra as pessoas⁴⁵ e, bem assim, à previsão expressa de comportamentos aptos a legitimar a intervenção penal, desde logo pela equiparação do coito anal à cópula, alargando o entendimento do conceito legal de violação. Após a revisão de 1995 ao CP,

⁴¹ Ventura, 2015, p. 84, fala a este respeito da desculpabilização do agressor através da comparticipação da vítima no ato, associada à máxima de Ovídio – *vis grata puella* (violência que agrada a mulher).

⁴² Veja-se, a este respeito, o caso paradigmático do Ac. STJ, de 18/10/1989, Processo n.º 040268, relator: Vasco Tinoco, vulgarmente conhecido como o acórdão da “coutada do macho ibérico”.

⁴³ Entendemos, não obstante a criação de duas secções, que o bem jurídico é apenas um – a liberdade e a autodeterminação sexual. Simplesmente, enquanto a primeira secção, destinada à tutela da liberdade sexual, protege qualquer pessoa (adulto ou menor) contra práticas sexuais realizadas sem o seu consentimento, a autodeterminação sexual está reservada para a tutela dos menores, punindo condutas que entre adultos não seriam crime – ou seriam menos graves –, de forma a assegurar o livre desenvolvimento da sua personalidade na esfera sexual. Neste sentido, Figueiredo Dias, 2012, p. 711, e Pinto de Albuquerque, 2015, p. 639. Sobre estes conceitos, remetemos para o Capítulo III, secção 2, da presente dissertação.

⁴⁴ Concretizando a “proposição político-criminal segundo a qual não deve constituir crime a atividade sexual levada a cabo, em privado, por adultos que nela consentem”. Leia-se Figueiredo Dias, 2012, p. 708.

⁴⁵ No preâmbulo do DL n.º 48/95, de 15 de março, disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/185720/details/normal?l=1> (consultado a 24 de novembro de 2020), sublinha-se “a deslocação dos crimes sexuais (...) para o título dos crimes contra as pessoas, (...) abandonando-se a concepção moralista (...), em favor da liberdade e autodeterminação sexuais”. Ora, não sendo a moral um bem jurídico *per si*, também não podemos deduzir, sem mais, que se situa num plano completamente externo ao Direito Penal. Sobre a relação entre Direito e Moral, cfr. Natscheradetz, 1985, pp. 64 e ss.

seguiram-se outras, com especial ênfase para a revisão de 1998⁴⁶ e para a de 2007⁴⁷, a quem podemos imputar a autonomização do crime que analisaremos de seguida, o crime de pornografia de menores, art. 176.º do CP.

Mais recentemente, o CP tem vindo a sofrer alterações legislativas importantes no domínio da criminalidade sexual, introduzidas pelas Leis n.º 83/2015, de 5 de agosto, n.º 103/2015, de 24 de agosto, n.º 101/2019, de 6 de setembro, e n.º 40/2020, de 18 de agosto, esta última incidindo sobre a incriminação da pornografia de menores, pretendendo transpor para a ordem interna imposições de cariz europeu e internacional⁴⁸.

2. Os crimes sexuais contra menores: o caso da pedopornografia

O tipo incriminador da pornografia de menores, introduzido pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, não configurou uma solução propriamente inédita da revisão de 2007 ao CP. Pelo menos, não em parte. Antes de 2007, alguns dos comportamentos abrangidos pelo atual art. 176.º do CP já se encontravam tipificados no crime de abuso sexual de crianças, art. 172.º, n.º 3, als. c) a e), do CP, pelo que, em bom rigor, não se tratou tanto de uma nova incriminação quanto de uma autonomização deste tipo legal.

A decisão do legislador em autonomizar este crime foi o reflexo de políticas de neocriminalização visando o combate das redes pedófilas dedicadas à exploração sexual de crianças, bem com a facilidade de acesso a este conteúdo através das TIC. Assim, para além das práticas que consistiam na verdadeira utilização de menores em espetáculos pornográficos, lesando a livre formação e desenvolvimento da sua personalidade na esfera sexual, criminalizaram-se também condutas de forma a atacar e travar as redes de pedofilia

⁴⁶ Figueiredo Dias, 2012, p. 709, assinala este período como o início da inversão da evolução trazida pela reforma de 1995 ao CP, talvez pela eliminação, naquela altura, da referência ao aproveitamento, pelo agente, de situação de abandono ou necessidade da vítima no crime de lenocínio. Ainda assim, as alterações introduzidas pela Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, foram importantes para a desmistificação de uma construção sexista segundo a qual era impossível, legalmente, um homem ser violado, eliminando-se a referência ao sexo feminino da vítima. A mesma revisão adjudicou, ainda, o coito oral às condutas subsumíveis ao crime de violação, prática que até então seria reconduzida ao conceito de “ato sexual de relevo”, para efeitos de preenchimento do crime de coação sexual. Já no domínio da criminalidade sexual contra menores, a revisão de 1998 acrescentou, no crime de “abuso sexual de crianças”, a punibilidade da conduta daquele que exibisse ou cedesse fotografia, filme ou gravação pornográficos envolvendo menores de 14 anos, por qualquer título ou meio, e suprimiu do crime de “abuso sexual de menores dependentes” a exigência do abuso de funções por parte do agente, bastando que o menor lhe tivesse sido confiado “para educação ou assistência”.

⁴⁷ A reforma de 2007 ao CP, a par da consagração da natureza maioritariamente pública dos crimes sexuais contra menores, viria a eliminar o tratamento diferenciado que a lei anterior fazia relativamente a atos homossexuais e heterossexuais (anteriores arts. 174.º e 175.º, do CP). A decisão de reverter a clara discriminação em relação aos atos sexuais de tipo homossexual, onde o preenchimento do facto típico era menos exigente comparativamente aos de tipo heterossexual, veio na sequência do Ac. TC n.º 247/2005, Processo n.º 891/03, relatora: Maria João Antunes, cuja decisão culminou na inconstitucionalidade do art. 175.º, do CP, por violação do disposto nos arts. 13.º, n.º 2, e 26.º, n.º 1, da CRP. Fruto da revisão de 2007 foi, também, a criação de um novo tipo legal de crime, sob a epígrafe “Recurso à prostituição de menores”, e a convalidação do crime de “Atos exibicionistas” para o crime de “Importunação sexual”, alargando o âmbito da punibilidade aos “contactos de natureza sexual”. Destarte, após a revisão de 2007 o CP possuía uma classificação tripartida de atos sexuais: (a) atos sexuais de relevo; (b) atos sexuais de especial relevo; (c) atos de natureza sexual ou exibicionista.

⁴⁸ Para uma visão holística de todos os antecedentes e evolução dos crimes sexuais, recomenda-se a obra Mouraz Lopes & Caiado Milheiro, 2019, pp. 47 e ss. Para os crimes sexuais contra menores em específico, veja-se Alfaiate, 2009, pp. 26 e ss.

que captam, mercantilizam e consomem esses mesmos espetáculos, lucrando mediante um aproveitamento de abusos sexuais de menores⁴⁹.

O art. 176.º do CP passou ainda a considerar que vítima do crime poderá ser qualquer menor de 18 anos, diferentemente do anterior art. 172.º do CP, em relação ao qual o âmbito subjetivo se destinava à tutela exclusiva de menores de 14 anos. Novas modalidades típicas foram também acrescentadas, ainda que, para alguns, excedendo os limites impostos pelos crivos constitucionais de legitimidade das incriminações. Falamos, resumidamente, da mera aquisição e detenção de pedopornografia, da utilização de material pornográfico envolvendo a representação realista de um menor⁵⁰ e, ainda, da equiparação do aliciamento à efetiva utilização de menores de 18 anos para efeitos de consumação e pena aplicável ao crime. Relativamente à simples posse de pornografia infantil, convém recordar que, até à sua consagração típica, só constituiria ilícito criminal a conduta do agente que, detendo material pornográfico de menor de 14 anos, tivesse a intenção de, posteriormente, o exhibir ou ceder⁵¹.

No entanto, a configuração do crime de pornografia de menores não se manteve imune às sucessivas alterações do CP em matéria de criminalidade sexual. Ulteriormente à revisão de 2007, a Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto⁵², introduziu novas modificações à incriminação. Assim, a punição do agente que recorra a material pornográfico com representação realista de menor está prevista no n.º 4 do art. 176.º do CP, uma vez que o n.º 3 é agora reservado à circunstância agravante do uso de violência ou ameaça grave, como meio para a prática dos atos descritos no n.º 1, als. a) e b) – convertendo um crime de execução livre num crime de execução vinculada. Já o antigo n.º 4, responsável pela tão discutida incriminação da mera posse de material pedopornográfico, passou a integrar o n.º 5, com o simultâneo alargamento das modalidades de ação (prevendo também o acesso, obtenção e facilitação do acesso). A mesma lei autonomizou, ainda, no n.º 6, a punição do agente maior de idade que, através de sistema informático ou qualquer outro meio, assista ou facilite o acesso a espetáculo pornográfico envolvendo menores de 16 anos. Na origem de todas estas inovações presidiu a necessidade de transpor para a ordem interna as obrigações comunitárias e internacionais a que Portugal se comprometeu, tais como a CL, de 25 de outubro de 2007⁵³, aprovada e

⁴⁹ Ferreira Leite, 2004, p. 13, admite que “face à proliferação das redes pedófilas e dos negócios que lhe estão associados, não podemos limitar a punição aos agentes que actuem motivados pelo desejo sexual por menores”.

⁵⁰ Ver *infra*, no nosso Capítulo IV.

⁵¹ Profetizando, na altura, a possível punição do autoconsumo de pornografia de crianças, cfr. Ferreira Leite, 2004, p. 60. Criticando esta opção de política criminal, dada a ligação longínqua ao bem jurídico da liberdade e autodeterminação sexual, Costa Andrade, 2009, pp. 34 e ss.

⁵² Para uma melhor descrição das alterações fruto desta lei, recomendamos a consulta de Mouraz Lopes & Caiado Milheiro, 2019, pp. 217-219.

⁵³ Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, de 25 de outubro de 2007, disponível em <https://rm.coe.int/168046e1d8>.

ratificada por Portugal em 2012, e a Diretiva 2011/93/UE, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil⁵⁴.

Em 2019, a Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro, incidiu sobre o art. 177.º do CP, relativo às disposições gerais de agravação da pena nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, com repercussões no crime de pedopornografia, estatuidando que a moldura penal do art. 176.º, n.º 1 do CP sofre um agravamento de um terço ou metade, nos seus limites mínimo e máximo, quando os factos forem praticados na presença de menor entre os 14 e os 16 anos ou na presença de menor de 14 anos, respetivamente.

A última alteração significativa ao CP em matéria de pornografia infantil ocorre por via da Lei n.º 40/2020, de 8 de agosto. Consequentemente, não só foi suprimida do art. 176.º, n.º 6 do CP a referência a “menores de 16 anos”, uniformizando-se toda a incidência subjetiva deste crime, como se procedeu, no n.º 8 do art. 176.º, a uma densificação daquilo que deve ser considerado material pedopornográfico: “considera-se pornográfico todo o material que, com fins sexuais, represente menores envolvidos em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou contenha qualquer representação dos seus órgãos sexuais ou de outra parte do seu corpo”⁵⁵.

Concluindo, a amalgama de situações previstas no atual art. 176.º do CP redundará nas seguintes práticas: o n.º 1, als. a) e b), pune a utilização direta de menor em espetáculo pornográfico, ocorrendo uma qualificação do crime nas situações em que o agente recorra aos modos de execução previstos no n.º 3 (violência ou ameaça grave). Em contrapartida, as als. c) e d) preveem condutas que envolvem a utilização indireta dos menores, tais como a produção, a distribuição, importação, exibição ou cedência de materiais pornográficos, e a sua aquisição ou detenção com aqueles propósitos⁵⁶. Nestas duas alíneas, a pena será atenuada quando o agente praticar os atos nelas descritos com recurso a “representação realista de menor” (n.º 4)⁵⁷. Quando o agente atuar profissionalmente ou com intenção lucrativa, a pena será entre 1 e 8 anos (n.º 2). Do ponto de vista do consumidor, a simples posse, sem qualquer intenção de partilha ou cedência, está prevista no n.º 5, estando o n.º 6 incumbido de punir o acesso ou facilitação do acesso, através de sistema informático⁵⁸ ou presencialmente, a

⁵⁴ Diretiva 2011/93/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32011L0093>. O diploma veio substituir a DQ 2004/68/JAI do Conselho, que nos termos do seu art. 3.º, n.º 1, al. d), impunha aos Estados-Membros a criminalização da aquisição ou detenção de pornografia infantil.

⁵⁵ O Partido Socialista, no Projeto de Lei n.º 772/XII/4.^a (2015), já previa a introdução de um tal conceito, idêntico ao art. 20.º, n.º 2, da CL. Esta definição não foi, no entanto, acolhida pela lei penal.

⁵⁶ Neste último caso, estamos na presença de um crime de intenção (de ato cortado) ou de “tendência interna transcendente”, por oposição aos crimes de dolo específico. O crime de aquisição ou detenção de pedopornografia, com intenção de partilha ou cedência, pressupõe um elemento subjetivo adicional de intenção de verificação de um resultado cuja concretização depende de uma ação ulterior, mas que não tem de se realizar efetivamente. Assim, Pinto de Albuquerque, 2015, p. 702.

⁵⁷ Figueiredo Dias, 2012, p. 883, fala, por isso, numa forma de “pedopornografia privilegiada”.

⁵⁸ Sobre o que deva entender-se por “sistema informático”, atente-se o art. 2.º, al. a), da LC, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1137&tabela=leis.

espetáculo pornográfico envolvendo a participação de menores. A moldura destes dois últimos preceitos pode, contudo, sofrer uma agravação em virtude da intenção lucrativa do agente (n.º 7). O n.º 8 carrega em si a materialização, na lei interna, do conceito de pornografia infantil.

Capítulo III – O crime de pornografia de menores

1. O conceito de pornografia infantil

O crime de pornografia de menores, tipificado no art. 176.º, do CP, alude a todo um conjunto de vocábulos, desde espetáculos, fotografias, filmes ou gravações. Assim, a questão central é determinar quando é que todos estes elementos devem ser considerados pornográficos.

O Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Crianças, relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil⁵⁹, define no art. 2.º, al. c), pornografia infantil como “qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais”.

A Recomendação Rec. (2001) 16 do Conselho da Europa, relativa à proteção das crianças contra a exploração sexual, entende-a como “todo o material que represente de forma visual uma criança envolvida num comportamento sexual explícito, uma pessoa que se apresente com uma criança envolvida num comportamento sexual explícito ou imagens realistas representando uma criança envolvida em comportamento sexual explícito”. Este novo instrumento constituiu, assim, uma novidade face ao anterior, na medida em que acrescentou a pornografia aparente e virtual ao leque de elementos considerados pedopornográficos, em paralelo com a pornografia que envolvesse a utilização real e efetiva de crianças.

Por sua vez, a DQ 2004/68/JAI do Conselho, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, no art. 1.º, al. b), define pornografia infantil como “qualquer material pornográfico que descreva ou represente visualmente: i) crianças reais envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou entregando-se a tais comportamentos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes púbicas, ou ii) pessoas reais com aspeto de crianças, envolvidas em comportamentos referidos na subalínea i) ou entregando-se aos mesmos, ou iii) imagens realistas de crianças não existentes envolvidas nos comportamentos referidos na subalínea i) ou entregando-se aos mesmos”.

Entretanto, esta DQ viria a ser substituída pela Diretiva 2011/93/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à luta contra o abuso sexual de crianças e a pornografia infantil, que no seu art. 2.º, al. c), entende pornografia infantil como “i) materiais que representem visualmente crianças envolvidas em comportamentos sexuais explícitos, reais ou simulados, ou ii) representações dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais, ou iii) materiais que representem visualmente uma pessoa que aparente ser uma

⁵⁹ Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Crianças, relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil, de 25 de maio de 2000, disponível em https://www.unicef.pt/media/2766/unicef_convenc-a-o_dos_direitos_da_crianca.pdf, pp. 43-54.

criança envolvida num comportamento sexualmente explícito, real ou simulado, ou representações dos órgãos sexuais de uma pessoa que aparente ser uma criança, para fins predominantemente sexuais, ou iv) imagens realistas de crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou imagens realistas dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais”.

Já a Convenção de Budapeste do Conselho da Europa sobre o cibercrime, de 23 de novembro de 2001⁶⁰, segue um entendimento bastante semelhante, no seu art. 9.º, n.º 2, considerando pornografia infantil “todo o material que represente visualmente: a) um menor envolvido em comportamentos sexualmente explícitos; b) uma pessoa com aspeto de menor envolvida em comportamentos sexualmente explícitos; c) imagens realistas de um menor envolvido em comportamentos sexualmente explícitos”.

Com a entrada do novo art. 176.º, n.º 8 do CP, a lei interna passou a considerar pornografia infantil como “todo o material que, com fins sexuais, represente menores envolvidos em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou contenha qualquer representação dos seus órgãos sexuais ou de outra parte do seu corpo”. Apesar de não ser a importação literal dos variados instrumentos internacionais⁶¹, o conceito deve ainda abranger os três tipos de pedopornografia: real, aparente e virtual. Caso assim não fosse, a previsão do art. 176.º, n.º 4 do CP tornar-se-ia supérflua e desnecessária.

O importante, na busca por um conceito de pornografia infantil, é que “este se afigurasse satisfatório à luz dos objetivos de política criminal, mas que não excedesse a medida do necessário à tutela da liberdade sexual do menor”⁶². Logo, qualquer tentativa de a caracterizar deve encontrar-se despida de qualquer moralismo ou caráter demasiado subjetivo. Também não deverá ser confundida, pensamos, com o erotismo⁶³.

2. Considerações gerais sobre o bem jurídico

O crime de pornografia de menores foi criado com o intuito de proteger de forma mais adequada e intensa todas as crianças, para o efeito menores de 18 anos. Em virtude da natureza pública do crime, incumbe ao MP o impulso da iniciativa processual no respeito pelos princípios da legalidade e oficialidade nos termos dos arts.º 48.º e 262.º, n.º 2 do CPP sendo

⁶⁰ Convenção do Conselho da Europa sobre o cibercrime, de 23 de novembro de 2001, disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdfisdir/2009/09/17900/0635406378.pdf>.

⁶¹ Como sucede em Espanha, onde o art. 189, n.º 1, do CP, define pornografia de menores seguindo uma cópia quase exata da Diretiva 2011/93/UE, excetuando a referência que faz à “pessoa com incapacidade necessitada de especial proteção”.

⁶² Ferreira Leite, 2004, p. 51.

⁶³ Como se pode ler em Miguez Garcia & Castela Rio, 2018, p. 834, “a pornografia constitui, talvez, a manifestação mais imediata da sexualidade, uma vez que, ao contrário do erotismo, não estabelece mediação entre o espectador e o objeto do seu desejo. Nada é sugerido, ou sequer revelado, tudo é exibido”.

que em nenhuma circunstância o procedimento criminal se extinguirá, por prescrição, antes de o ofendido ter perfazido 23 anos (art. 118.º, n.º 5 do CP)⁶⁴.

Como vimos, o capítulo dos crimes sexuais agrupa agora duas secções: os “crimes contra a liberdade sexual” e os “crimes contra a autodeterminação sexual”. Por esse motivo, ser-se-ia tentado a dizer que estamos perante não um, mas dois bens jurídicos distintos e autónomos. A leitura, na nossa opinião, não deve ser essa.

A liberdade sexual, enquanto concretização do direito fundamental à liberdade, “apresenta-se com uma natureza complexa”⁶⁵, sendo possível distinguir uma vertente negativa (ou estática) e uma vertente positiva (ou dinâmica). No primeiro sentido, corresponderá ao “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”⁶⁶; 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 sexualidade”⁶⁷.

Já o conceito de autodeterminação sexual, porque intimamente ligado à tutela dos menores, “parece significar um pouco mais que o de liberdade”⁶⁸. Traduz-se na capacidade do titular do bem jurídico de formar uma vontade livre e esclarecida, de poder optar pelos caminhos à sua disposição ou formar o seu próprio. Nestes casos, o que se pretende assegurar é o livre processo de formação da vontade do menor e de descoberta da sua sexualidade, garantindo um harmonioso desenvolvimento da sua personalidade na esfera sexual⁶⁹. No entanto, este conceito não deve ser, por via de uma interpretação literal, dissociado 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 “autodeterminação sexual” é ainda uma concretização da liberdade, neste caso, sexual, do menor⁷⁰. Se assim não fosse, seria incoerente os menores, à semelhança dos adultos, poderem ser vítimas de coação sexual ou violação, não obstante estes delitos estarem integrados na secção I, dos “crimes contra a liberdade sexual”. O bem jurídico, nestes casos, aferir-se-á atendendo às particulares características da vítima e não à inserção sistemática dos crimes⁷¹.

⁶⁴ Sobre a evolução histórica do menor no processo penal português, *vide* Alfaiate, 2009, pp. 42-67.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 86.

⁶⁶ Natscheradetz, 1985, pp. 141-142.

⁶⁷ Ferreira Leite, 2004, p. 26.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 28.

⁶⁹ No mesmo sentido, Pinto de Albuquerque, 2015, p. 639; Figueiredo Dias, 2012, p. 711, e Vera Raposo, 2003, p. 952.

⁷⁰ Alfaiate, 2009, p. 89. Afirmações convergentes encontramos em Ferreira Leite, 2011, p. 41, na qual é possível ler-se: “sem autodeterminação não poderá falar-se em verdadeira liberdade: a liberdade, nestes casos, reduzir-se-á a uma mera aparência”. Sobre isto já nos pronunciámos, subtilmente, na nota 43.

⁷¹ Discordamos, assim, da posição de Maria Silva Dias, 2008, p. 215, para quem seria mais correto a criação de uma nova secção, com a epígrafe “crimes contra menores”.

Sendo assim, haverá no art. 176.º do CP outro ou outros interesses em causa, para além da tutela da liberdade e autodeterminação sexual dos menores? Bem, depende.

A estrutura do crime de pornografia de menores, tal como os restantes que compõem a secção II do Capítulo V do CP, está pensada como um crime de perigo abstrato⁷², baseando-se na ideia de que as factuaisidades descritas são suscetíveis de lesar o bem jurídico “autodeterminação sexual”. Ou seja, a lei estabelece uma presunção quase *iuris et de iure* sobre a idoneidade, segundo as regras de experiência, dos comportamentos previstos para colocar em perigo aquele bem jurídico, dispensando a sua prova. De acordo com a técnica legislativa usada, é possível enumerar um conjunto de considerações.

Em primeiro lugar, quanto às condutas que pressupõem uma relação direta com o menor, como é o caso do art. 176.º, n.º 1, als. a) e b), do CP, entendemos estar em causa, de modo evidente, a liberdade e autodeterminação sexual do menor de 18 anos. Com efeito, a atividade do agente, seja pela sua intervenção direta nos factos ou pelo aliciamento para a sua participação, é especialmente nefasta por consistir num abuso sexual dos menores envolvidos. Arriscamos, por isso, em dizer que não só estas práticas colocarão em perigo (vertente prospetiva) a liberdade e autodeterminação sexual do menor, como raramente não ocorrerá a sua lesão (vertente retrospectiva)⁷³.

Em segundo lugar, questiona-se qual o bem jurídico tutelado pelas incriminações previstas no art. 176.º, n.º 1, als. c) e d), do CP. O que está em causa é a punição de comportamentos conexos com o tráfico de pornografia infantil. Pune-se a conduta daquele que produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder material pornográfico (fotografias, filmes ou gravações), bem como a do agente que adquira ou detenha esses materiais com os propósitos ora descritos. Sustenta-se que tais ações “não comportam uma violação direta do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual de um menor”⁷⁴. 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”⁷⁵. Por exemplo, Ana Alfiante outorga ao art. 176.º do CP a função de

⁷² Pronunciando-se sobre a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, cfr. o Ac. TC n.º 426/91, Processo n.º 183/90, relator: Sousa e Brito.

⁷³ De acordo com a nossa posição, Ferreira Leite, 2011, pp. 54-57. Contra, identificando o objeto de tutela como sendo a infância e a juventude, Alfiante, 2009, p. 113. As nossas dúvidas levantam-se relativamente a menores cuja maturidade sexual possa, em certa medida, ter atingido um nível onde a conduta consentida em registar práticas sexuais, nas quais participem, não configure uma colocação em perigo do livre desenvolvimento da sua personalidade, na esfera sexual. Questionando-se relativamente a menores entre os 14 e os 18 anos, Figueiredo Dias, 2012, p. 880. É de salientar que a Alemanha, no seu § 184 C, 4 do CP, exclui de modo incisivo a punibilidade destes comportamentos, quando praticados por menor de 18 anos com o consentimento de menor entre os 14 e os 18 anos.

⁷⁴ Mouraz Lopes & Caiado Milheiro, 2019, p. 220.

⁷⁵ Figueiredo Dias, 1999, p. 548, a propósito do então art. 172.º, n.º 3, al. d), do CP, o qual punia a exibição ou cedência de materiais pornográficos de crianças com idades abaixo dos 14 anos.

tutela da infância e juventude⁷⁶. Para Figueiredo Dias, consiste na “criminalização do comércio de material pornográfico (...) havendo uma tutela demasiado longínqua e indeterminada do livre desenvolvimento sexual do menor”⁷⁷. Destarte, muitas têm sido as vozes que se insurgiram a favor da submissão de alguns destes comportamentos no quadro das proibições contraordenacionais⁷⁸.

De facto, não nos parece nada despropositada a intenção do legislador em travar o comércio de fluxos de conteúdos pedopornográficos, especialmente numa altura em que o acesso às TIC permite uma extensão transnacional das redes dedicadas a este negócio, amparadas pelo anonimato conferido pelo ciberespaço e consequente dificuldade de identificação e perseguição destes agentes. Contudo, tratando-se de práticas altamente lucrativas, tememos que o Direito de mera ordenação social não corresponda, na maioria dos casos, a uma tutela eficaz ou suficiente⁷⁹. Para nós, o que está em causa no art. 176.º, n.º 1, al. c) e d), do CP é ainda a “autodeterminação sexual do menor de 18 anos”⁸⁰. A autodeterminação sexual, concluímos, é a capacidade de o menor descobrir livremente a sua sexualidade, sem interferências ou ingerências. Mas essas intromissões não se esgotam na utilização ou no aliciamento. Pelo contrário, qualquer conduta que viabilize a circulação de materiais contendo abusos sexuais de menores é uma incessante corrente de violações à autodeterminação sexual dos mesmos, pelo que só garantindo uma proteção face a estes comportamentos se logrará mitigar os “danos na esfera pessoal do menor, que decorrem da sua associação ao mercado pornográfico”⁸¹. 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.

Desde 2007, entre as modalidades de realização do tipo legal de pornografia de menores conta-se a sua mera aquisição e detenção. Simplificando, a ausência de intenção do agente em, posteriormente, difundir tais materiais⁸² configura a prática de um crime, previsto no art. 176.º, n.º 5, do CP, ainda que a finalidade seja o autoconsumo. A perseguição penal de quem,

⁷⁶ Alfaiate, 2009, p. 112. Seguindo o mesmo pensamento, Miguez Garcia & Castela Rio, 2018, p. 832. No plano jurisprudencial, o Ac. STJ, de 17/05/2017, Processo n.º 194/14.8TEL.SB.S1, relator: Pires da Graça, identificou esse bem supraindividual como sendo a “proteção e defesa da dignidade de menores”.

⁷⁷ Figueiredo Dias, 2012, p. 880.

⁷⁸ A título de exemplo, estando em causa menores com idade superior a 14 anos, cfr. Alfaiate, 2009, p. 115. Quanto à conduta de exibição de material pornográfico, encontramos Rui Pereira, 1996, p. 48.

⁷⁹ Em 2009, a ONU estimou que a produção/distribuição de pornografia infantil ascendia a valores entre 3 e 20 biliões de dólares americanos. ONU (2009). *Report of the special rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography*, disponível em <https://www.refworld.org/docid/4abod35a2.html>.

⁸⁰ Pinto de Albuquerque, 2015, p. 701.

⁸¹ Mouraz Lopes & Caiado Milheiro, 2019, p. 221. Identificando, de modo direto, a liberdade e autodeterminação sexual do menor nestes casos, ou a liberdade de dispor da sua imagem sexual, Ferreira Leite, 2011, p. 54. Entendendo que “com estas incriminações, não se configura uma violação direta do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual de um menor, ainda que, indiretamente, este ainda se possa entender aqui abrangido”, cfr. Ana Rodrigues, 2011, p. 271.

⁸² A intenção de divulgação e cedência resultará, entre outros, da instalação de programas de partilha de ficheiros como o *peer-to-peer* (P2P), bem como da frequência, pelo agente, de *chats* destinados à partilha de pedopornografia, nos quais já tenha divulgado algum material anteriormente.

intencionalmente, adquirir ou detiver material pornográfico de crianças é mais uma solução neo-criminalizadora condicionada pelos compromissos internacionais assumidos por Portugal, mas não se encontra isenta de críticas por parte da doutrina. Os crimes de detenção constituem, na realidade, 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 daqueles⁸³. Não obstante, há quem recuse a existência desse perigo no caso da simples posse de pornografia infantil.

De acordo com Costa Andrade, 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 de menores”⁸⁴. No mesmo sentido vai Maria João Antunes, para quem a mera detenção é uma incriminação onde “se perde a referência ao bem jurídico individual da liberdade e autodeterminação sexual dos menores”⁸⁵. Já Ana Alfaiate entende que a simples detenção não pode “justificar-se à luz, sequer, de um perigo de perigo para a infância e a juventude”⁸⁶. A montante destas opiniões reside a desconfiança de que a posse de pornografia infantil se insira num 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”⁸⁷.

Existe, contudo, quem seja a favor da incriminação, embora constituindo doutrina minoritária. Inês Ferreira Leite afirma que “quer os produtores não abusadores, quer os próprios consumidores, retiram para si benefícios, ainda que de natureza não económica, da prática dos crimes de abuso sexual de crianças”⁸⁸, enquanto Roxin defende, ancorando-se num certo pragmatismo, que “a procura pela pornografia infantil pode ser diminuída caso a sua aquisição seja criminalizada”⁸⁹.

Quanto a nós, partilhamos as dificuldades em vislumbrar a proteção de um bem jurídico estritamente individual na previsão do art. 176.º, n.º 5, do CP. É certo que, numa perspetiva meramente naturalista, os consumidores são os motores de toda a indústria pornográfica relativa a menores: “é porque existe quem esteja disposto a pagar para consumir material

⁸³ A detenção de coisas enquanto ilícito criminal não é exclusivo da pedopornografia. Sucede também com a detenção de explosivos (art. 275.º, do CP), instrumentos de escuta telefónica (art. 276.º, do CP), armas (no âmbito dos arts. 86.º a 89.º da Lei n.º 5/2006, de 23 de fevereiro), etc.

⁸⁴ Costa Andrade, 2009, p. 34.

⁸⁵ Antunes, 2010, p. 157.

⁸⁶ Alfaiate, 2009, p. 120.

⁸⁷ Albergaria & Lima, 2010, p. 198. Os autores, nas pp. 200-214, elaboram um excuro sobre todas as razões possíveis para a legitimação do crime de detenção de pornografia de menores, reconhecendo as dificuldades em legitimar o tipo legal de crime com exclusivo apelo a um bem jurídico individual.

⁸⁸ Ferreira Leite, 2004, p. 61. A autora afasta a presunção de que os consumidores de pedopornografia sejam sempre abusadores de menores, mas relata que “os possuidores de grandes quantidades deste material faziam parte de clubes ou associações secretas que promoviam o abuso sexual de menores”. Defendendo, também, que o bem jurídico aqui protegido é a autodeterminação sexual dos menores, “ainda que remotamente”, cfr. Pinto de Albuquerque, 2015, p. 701.

⁸⁹ Roxin, 2013, p. 24.

pornográfico (...) que surgem verdadeiras associações especializadas na produção e distribuição de tal material”⁹⁰. Contudo, a atuação individual do possuidor não é, por si só, perigosa para a autodeterminação sexual do menor, esta sim lesada no momento da produção e distribuição⁹¹. Um Direito Penal fundado no princípio da culpa não pode ser conivente com a punição de condutas que só fomentarão a indústria pedopornográfica quando massificadas. Por outro lado, é desejável que a criminalização diminua a procura, mas esse decréscimo constituirá um “benefício colateral da incriminação, não se pode erigir em fundamento material do ilícito”⁹².

Por fim, que dizer da pornografia em que não sejam utilizados menores de “carne e osso”, mas antes simulações ou representações de crianças não existentes?

⁹⁰ Ferreira Leite, 2004, p. 60.

⁹¹ Albergaria & Lima, 2010, p. 205. Sentir-se-ia tentado em esgrimir contra a nossa fundamentação o argumento da punição do consumo de estupefacientes. Porém, não só o consumo, em certas quantidades, já não é crime (constitui, hodiernamente, contraordenação – cfr. nota 28), como também há uma diferença significativa: a droga é um produto potencialmente danoso para terceiros, enquanto o material pornográfico de menores não é, evidentemente, uma substância perigosa.

⁹² *Ibidem*, p. 206. Em todo o caso, punir eventualmente com uma pena privativa de liberdade o consumidor de pedopornografia é, de acordo com a lógica inversa de mercado, cair no erro de responsabilizar alguém por potenciais atos de terceiros (neste caso, de quem alimenta a oferta).

Capítulo IV – Análise da pseudopedopornografia

1. A “representação realista de menor”. Caracterização e modalidades

Diz-nos o art. 176.º, n.º 4 do CP que “quem praticar os atos descritos nas alíneas c) e d) do n.º 1 utilizando material pornográfico com representação realista de menor é punido com pena de prisão até dois anos”. Falamos de todo o material pornográfico no qual não tenha intervindo qualquer criança para a sua produção, mas tenha sido utilizada uma “representação realista de menor”.

O uso desta expressão é complicado, desde logo, por colocar o intérprete na incerteza sobre o âmbito do art. 176.º, n.º 4 do CP. De facto, quando confrontamos a expressão utilizada na lei portuguesa com o instrumento internacional que lhe serviu de fonte, a DQ 2004/68/JAI do Conselho, percebemos que, para além da pornografia infantil real, integram ainda aquele conceito os materiais que representem visualmente “pessoas reais com aspeto de crianças” e as “imagens realistas de crianças não existentes”. No fundo, trata-se da pedopornografia aparente e virtual, respetivamente. A primeira consiste em qualquer material que represente uma pessoa adulta, cuja caracterização e aparência crie a impressão de se tratar de um menor. A segunda, podendo ser total ou parcial, será fruto da tecnologia gráfica e imaginação do autor, ou seja, é uma ficção/criação integral ou parcial da imagem de um menor⁹³.

Questiona-se, assim, o entendimento a dar à expressão “representação realista de menor”, i.e., se a pornografia infantil virtual e aparente se encontram inseridas no atual texto do art. 176.º, n.º 4 do CP ou, pelo contrário, se abrange apenas a pedopornografia virtual. Na realidade, tanto a supramencionada DQ como a Convenção sobre o Cibercrime reservam a expressão “realista” para a pedopornografia virtual, pelo que, em bom rigor, se diria ser essa a interpretação correta do tipo legal de crime⁹⁴. A nova estatuição do art. 176.º, n.º 8 do CP⁹⁵, que prevê agora uma definição de pornografia infantil, veio acentuar ainda mais o problema, pairando a dúvida sobre o sentido que o legislador pretendeu atribuir às expressões “represente” e “simulados”.

⁹³ Lê-se em *ibidem*, p. 214: a pedopornografia aparente é a “produção pornográfica com participação de adultos que pelos seus traços físicos ou caracterização aparentem ser menores”, e a pedopornografia virtual são “produções pornográficas em que os supostos menores participantes ou são uma pura criação de tecnologia gráfica (designadamente informática – imagens de geração computacional) ou o são pelo menos em parte (neste caso juntam imagens ou parte de imagens de menores – por exemplo colhidas de fotos de publicidade ou outros suportes – com criações de técnica gráfica: o chamado *morphing*)”.

⁹⁴ Assim, Alfaiate, 2009, pp. 120-121, e Figueiredo Dias, 2012, p. 884, que defende que a representação realista inclui apenas a pedopornografia virtual parcial. Parece ser este também o entendimento de Miguez Garcia & Castela Rio, 2018, pp. 835-836, ainda que surjam dúvidas sobre se não terão os autores um entendimento mais abrangente de pornografia infantil virtual.

⁹⁵ Ver o nosso Capítulo III, secção 1.

Não obstante, parece-nos que a norma abarca, também, a pornografia infantil aparente⁹⁶. Repare-se, a aludida Convenção, no seu art. 9.º, n.º 4, reservou aos Estados o direito de não punir a pseudopedopornografia, o que não sucedeu. Destarte, achamos que não se deverá distinguir aquilo que a lei não distingue⁹⁷. Adicionalmente, qualquer produção pornográfica na qual participem voluntariamente pessoas adultas (com mais de 18 anos), caracterizadas de forma a criar no consumidor a impressão de que se trata de um menor, é ainda uma “representação realista” de uma criança (menor de 18 anos). O vocábulo “realista” não deve ser, por isso, interpretado literalmente, sendo de efetuar uma interpretação teleológica de acordo com o fim da norma. O importante é a aptidão do material para iludir terceiros, levando-os a acreditar que se trata de um menor⁹⁸.

De forma a compaginar o art. 176.º, n.º 8 do CP com o seu n.º 4, parece que quando o legislador define como pornográfico o material que “represente menores envolvidos em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados”, quis referir-se ao material que utiliza, exhibe, ou pareça envolver a participação de crianças⁹⁹.

Mas, determinar a extensão do art. 176.º, n.º 4 do CP não é o mesmo que formar um juízo sobre a sua (i)legitimidade.

2. Pseudopedopornografia, a semente da discórdia

Bem jurídico, dignidade penal e necessidade de pena. Estes três elementos são, como vimos no início do nosso estudo, indispensáveis à intervenção de *ultima ratio* do Direito Penal¹⁰⁰. Por conseguinte, a incriminação da pseudopedopornografia, tal e qual como está prevista no CP, só será válida quando se ateste a sua danosidade social, ou seja, quando viole bens jurídicos vitais à conservação e desenvolvimento da sociedade.

Trata-se de uma criminalização pouco consensual, mas bastante complexa, pois se é verdade que uma corrente maioritária da doutrina defende a descriminalização destas condutas, também se têm invocado argumentos de peso a favor da sua manutenção.

Desde logo, convém lembrar que a opção de criminalizar a produção e a distribuição de pseudopedopornografia não foi exclusiva do ordenamento jurídico português. Aliás, esta era uma proibição há muito prevista nos EUA, onde o CPPA de 1996, ciente do crescente e vertiginoso desenvolvimento tecnológico, estendia o conceito de pornografia infantil às

⁹⁶ Também assim, Albergaria & Lima, 2010, p. 215; Pinto de Albuquerque, 2015, p. 702; Ana Rodrigues, 2011, p. 272; Vera Raposo, 2003, p. 953, e Mouraz Lopes & Caiado Milheiro, 2019, p. 225.

⁹⁷ Pensamos que o legislador ficou aquém de outros ordenamentos que seguiram uma terminologia mais clara e próxima dos instrumentos internacionais. Assim, o art. 189, n.º 1, do CP espanhol, que prevê expressamente, desde 2015, a criminalização da pedopornografia aparente e virtual. Também o art. 227-23, do CP francês, incrimina o recurso à pornografia de pessoa com aspeto de criança.

⁹⁸ De acordo, Mouraz Lopes & Caiado Milheiro, 2019, pp. 225-226, e Albergaria & Lima, 2010, p. 215.

⁹⁹ Com efeito, o vocábulo “representar”, in <https://dicionario.priberam.org/representar> assume significados como “revelar”, “mostrar”, “figurar”, “parecer ter”, entre outros.

¹⁰⁰ Recordar-se, aqui, o nosso Capítulo I.

representações visuais criadas ou alteradas virtualmente (*computer-generated* e *computer-enabled*) e, também, às representações visuais de pessoas que pareçam ser (*appear to be*) menores envolvidos em comportamentos sexuais explícitos. Uns anos mais tarde, o Supremo Tribunal dos EUA, em 2002, no caso *Aschroft v. Free Speech Coalition*¹⁰¹, declarou a inconstitucionalidade da previsão do diploma a respeito da pedopornografia virtual, por considerar que esta restringia a liberdade de expressão garantida pela Primeira Emenda – o designado *protected speech*.

Apesar da grande discussão que o tema originou naquele país, nem por isso agitou a elaboração da DQ 2004/68/JAI do Conselho, pelo que na Europa se começou a verificar um abrir de portas da legislação penal às modalidades de pseudopedopornografia. Assim ocorreu em Portugal, na reforma de 2007 ao CP, como viria a ocorrer em França, onde o art. 227-23 do CP pune a pornografia em que participem pessoas reais com aspeto de menores, a menos que se prove a maioridade dos participantes. Já Itália, antecipando-se a Portugal, prevê, desde 2006, no art. 600-quarter.1 do CP, a proibição de imagens virtuais realizadas a partir de imagens ou partes de imagens de menores de 18 anos¹⁰².

Reafirma-se, assim, a transversalidade e a complexidade de abordar este tema. Por um lado, não pretendemos que o alargamento do conceito de pornografia infantil às produções que não envolvam a utilização de menores reais seja um retrocesso e, com isso, um retorno à moral e às crenças sociais do que é certo e errado. Por outro lado, não podemos ser demasiado categóricos na apologia da descriminalização, uma vez que com isso podemos estar a obnubilar o superior interesse da criança e a deixá-la indefesa perante os perigos de viver numa sociedade cada vez mais digital.

A tese que mais tem sido invocada contra a tipificação do art. 176.º, n.º 4 do CP é a de que “não é identificável (...) o bem jurídico que se quer tutelar, sendo claro que não é, de todo, a liberdade ou autodeterminação sexual que está em causa porquanto no caso nem menores ou outras pessoas aparentando ser menores existem”¹⁰³. Se o crime de pornografia de menores se encontra, sistematicamente, no capítulo dos “crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, é de esperar que os delitos aí inseridos tenham uma ligação, uma qualquer ligação, com a tutela de concretos menores. Talvez por isso alguns autores defendam que o legislador apenas quis “mascarar uma intenção moralizante”¹⁰⁴, dada a dificuldade em justificar a

¹⁰¹ Supremo Tribunal Federal dos EUA, *Aschroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002), disponível em <https://www.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZO.html>.

¹⁰² Sobre a imprecisão da definição de “imagens virtuais” prevista no art. 600-quarter.1, do CP italiano, leia-se a sentença proferida pelo Tribunal de Milão, de 11/11/2010, disponível em <https://www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPag=933>.

¹⁰³ Mouraz Lopes & Caiado Milheiro, 2019, pp. 224-225. Bastante crítica é também Antunes, 2010, pp. 157 e ss. Utilizando esta incriminação como meio de justificar a emergência do bem jurídico supraindividual da infância e juventude nos crimes sexuais contra menores, vide Alfaiate, 2009, p. 123.

¹⁰⁴ Albergaria & Lima, 2010, p. 217. Este pendor moralista está também presente nas críticas feitas por Miguez Garcia & Castela Rio, 2018, p. 836, e Cocco, 2006, pp. 871 e ss., para quem só será admissível a tutela de menores de “carne e osso”.

proibição com apelo à autodeterminação sexual, quando nem crianças reais estão envolvidas na criação do material pornográfico, ou pelo menos não o estão em parte. Fazendo nossas as palavras de Vera Raposo, “por muito imorais que possam ser [as fantasias sexuais com crianças], não poderão ser criminalizadas, uma vez que o mero pensamento não lesa efetivamente ninguém”¹⁰⁵.

É também com o intuito de proteger o pensamento que alguns autores se insurgem contra a incriminação da pseudopornografia relativa a crianças. Na esteira do decidido pelo Supremo Tribunal dos EUA, no caso *Aschroft v. Free Speech Coalition*, existe o receio de que a norma do art. 176.º, n.º 4 do CP conflitue e limite, de modo intolerável, a liberdade de expressão (art. 37.º, da CRP) e criação artística (art. 42.º, da CRP) por causa da inexistência de vítimas diretas deste tipo de pornografia. Assim, estaríamos perante uma intromissão ilegítima do Direito Penal em decisões do foro íntimo e pessoal de cada indivíduo, “por mais repugnante que se mostre à luz das representações sociais amplamente dominantes”¹⁰⁶.

Um outro argumento favorável à descriminalização é, também, o que encontra na representação realista de menor a consolidação de um “Direito Penal contra o vício e promotor da virtude”¹⁰⁷. Os autores veem nestas situações um excesso de securitarismo e paternalismo estatal, pernicioso por conduzir a “um direito penal de autor, com declaração de guerra ao inimigo pedófilo”¹⁰⁸.

Resumindo, a “duvidosa legitimação material”¹⁰⁹ do art. 176.º, n.º 4 do CP nasce da dificuldade em assacar um bem jurídico digno de tutela penal, do regresso à moral sexual e consequente criação de crimes sem vítima, da restrição de formas de expressão lícitas apenas por contrariarem os padrões comportamentais interiorizados pela sociedade e, ainda, da subordinação do Estado ao clima de pânico moral fabricado e exacerbado pelos casos mediáticos envolvendo práticas abusivas em contexto de pedofilia¹¹⁰.

Esta é a opinião que, na sua maioria, entoa no nosso ordenamento jurídico. Porém, como já se disse, argumentos de peso levam a questionar se não fará sentido manter a incriminação prevista no art. 176.º, n.º 4 do CP.

¹⁰⁵ Vera Raposo, 2003, p. 953.

¹⁰⁶ Albergaria & Lima, 2010, p. 218. Entendimento que ficou visível também na decisão do Supremo Tribunal Federal dos EUA, no caso *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969), disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/394/557>, no qual ficou estabelecido que “um Estado não tem que dizer a um homem, sentado só na sua própria casa, que livros pode ler ou que filmes pode ver”.

¹⁰⁷ Albergaria & Lima, 2010, p. 217.

¹⁰⁸ Figueiredo Dias, 2012, p. 884. Visão também ela preconizada por Cadoppi, 2006, pp. 71 e ss.

¹⁰⁹ Lamas Leite, 2016, p. 69.

¹¹⁰ Não é novidade que o tratamento sensacionalista e emotivo levado a cabo pelos meios de comunicação social, aliado à hipersexualização dos discursos, propicia sensações de hostilidade e reprovação por parte da sociedade quanto aos crimes sexuais contra crianças. Criam-se assim tendências e políticas de tolerância zero no combate à pedofilia, que podem influenciar o poder legislativo na criação de crimes que se afastam da tendência liberal e moderna que se espera de um Estado de Direito democrático. Ilustrando a pseudopedopornografia como um destes exemplos, cfr. Albergaria & Lima, 2010, p. 219.

O primeiro está na diferente natureza dos interesses que a pseudopornografia quis tutelar, comparativamente com o bem jurídico protegido nas representações reais de abuso sexual de menores. Com efeito, sustenta o relatório explicativo da Convenção sobre o cibercrime, parágrafo 102, que os casos de pedopornografia real “focalizam-se mais diretamente na proteção das crianças relativamente a abusos sexuais”, ao passo que a pseudopedopornografia se destina a “proporcionar uma proteção contra um comportamento que (...) seja suscetível de incentivar ou seduzir as crianças a participarem de tais atos”¹¹¹. A legitimação da incriminação das representações realistas de menores assentaria, portanto, no perigo da utilização destas em processos de *grooming* (aliciamento de menores, por meios digitais, para a prática de atos de índole sexual) e no incentivo à prática de crimes sexuais contra crianças, coisificando o menor¹¹². Tudo isto conduziu, inclusive, o Supremo Tribunal do Canadá, no caso *R. v. Sharpe*, a pronunciar-se a favor da punição de qualquer tipo de pornografia infantil, independentemente da utilização efetiva de crianças¹¹³.

Em estreita conexão com o argumento que ora mencionámos, contesta-se que os avanços trazidos pelas TIC possibilitam, ou irão possibilitar num futuro próximo, a criação de imagens virtuais tão realistas que o homem médio seria incapaz de as diferenciar de imagens reais. De acordo com Vaz Pato, a impunidade deste tipo de material levaria a que a “falsa alegação de que estejam em causa imagens virtuais possa transformar-se em fácil estratégia para evitar quaisquer condenações”¹¹⁴.

Será talvez a questão da limitação das formas de expressão e criação artística que mais tenha causado furor. Para os defensores da previsão do art. 176.º, n.º 4 do CP, esta apresenta-se como uma “não-questão”, uma vez que “se estivesse em causa uma simples expressão de ideias (...) ou algum propósito de ordem estética, não estaríamos perante pornografia”¹¹⁵. Se a pornografia visa, exclusivamente, a excitação sexual dos seus consumidores, é impossível afirmar que se trata “da simples manifestação de uma opinião favorável ao relacionamento sexual entre crianças e adultos, que se situe no plano do debate abstrato e teórico de ideias”¹¹⁶.

¹¹¹ Relatório explicativo da Convenção sobre o Cibercrime, pp. 20-22, disponível em https://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Convention%20and%20Protocol/ETS_185_Portuguese-ExpRep.pdf.

¹¹² Afirmando que a criminalização só será legítima “na medida em que se considere que a visualização de pornografia com representação realista de criança potencia a criminalidade sexual”, cfr. Conceição Cunha, 2017, p. 366.

¹¹³ Supremo Tribunal do Canadá, *R. v. Sharpe* (2001), disponível em <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1837/index.do>.

¹¹⁴ Vaz Pato, 2010, p. 191.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 193. O autor estabelece aqui um paralelismo com os crimes de incitamento à guerra (art. 236.º, do CP), de incitamento à discriminação, ódio ou à violência racial e religiosa (art. 240.º, do CP), entre outros, isentos de qualquer contestação “na nossa como noutras ordens jurídicas da nossa área cultural”. Veja-se, neste aspeto, o art. 197.º, n.º 5, do CP suíço, que não considera pornográficos os objetos e imagens previstos no artigo sempre que lhes for atribuído um valor cultural ou científico digno de proteção. O nosso CP não incluiu expressamente esta exceção, mas, ainda assim, há doutrina que a estende à nossa lei, como é o caso de Mouraz Lopes & Caiado Milheiro, 2019, p. 225, e Miguez Garcia & Castela Rio, 2018, p. 834.

¹¹⁶ Vaz Pato, 2010, p. 193.

São estas as razões que abonam a favor e contra a proibição da pornografia com representação realista de menor. Estamos, então, em condições de tecer algumas considerações a este respeito.

3. A nossa posição

De tudo o que já foi dito, o certo é que a norma constante do art. 176.º, n.º 4 do CP pune o agente que produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir, ceder ou adquirir ou detiver com esses propósitos, material pornográfico com representação realista de menor, e que por esta se entende qualquer produção pornográfica que envolva a participação de pessoas reais com aspeto de menor ou, ainda, imagens virtuais representando, no todo ou em parte, crianças em comportamentos explícitos para fins predominantemente sexuais.

Quanto à pedopornografia aparente, temos para nós que só podemos ser favoráveis à sua descriminalização. Note-se que o relatório explicativo da Convenção sobre o Cibercrime, parágrafo 103, expressamente permitia “uma Parte a exonerar uma pessoa de responsabilidade criminal, no caso de a pessoa representada não ser um menor”. Só que isentar alguém de responsabilidade penal mediante a prova da maioridade seria tornar a incriminação redundante pois, por um lado, se a pessoa for um menor, estaremos perante um caso de pedopornografia real, já punida entre nós, e, por outro lado, tratando-se de uma pessoa de idade superior a 18 anos que livremente consentiu na produção do material, não estaremos na presença de qualquer crime, pois a pornografia constituída exclusivamente por pessoas adultas não é, e bem, uma ofensa a bens jurídicos. Por esse motivo, é-nos difícil desligar a pornografia infantil aparente da defesa “de um conceito de pureza que no imaginário social se associa à infância”¹¹⁷, o que viola claramente os cânones constitucionais da restrição legítima de direitos, *in casu*, o princípio da proporcionalidade do art. 18, n.º 2 da CRP¹¹⁸. Da mesma forma, para quem acha que a falta de responsabilização deste tipo de pornografia é uma forma de obstar à condenação, a verdade é que o princípio *in dubio pro reo* implicará, forçosamente, a absolvição do arguido caso se demonstre impossível provar a menoridade da vítima¹¹⁹.

Resta-nos, assim, apurar a legitimidade da intervenção penal nos casos das imagens virtualmente geradas ou manipuladas que representem, de modo realista, menores envolvidos em comportamentos sexualmente explícitos.

Vamos orientar-nos pelos argumentos que mais predominantemente têm sido erigidos a favor da incriminação da pornografia infantil virtual, total ou parcial. Vimos que certos autores procuram ver na pseudopedopornografia a sua perigosidade para a “reputação

¹¹⁷ Araújo, 2005, p. 370. Alfaiate, 2009, pp. 122-123, aludindo a esta mesma situação, diz que a punição resulta da “exigência de ponderação de cuidado de perigo relativamente à infância e juventude”.

¹¹⁸ Assim, Albergaria & Lima, 2010, pp. 216 e ss.

¹¹⁹ Maria Silva Dias, 2013, p. 95, menciona como meios de prova do elemento etário a junção da certidão de nascimento e o método da Escala de Tanner.

sexual”¹²⁰ dos menores. Alertam, ainda, para a utilização deste tipo de pornografia nos processos de diminuição das resistências do menor para a prática abusiva de atos sexuais (*grooming*), convencendo-o da aparente normalidade de tais práticas¹²¹.

Quanto à presunção do perigo que a pseudopedopornografia representa para processos de *grooming*, cabe dizer que este já é, desde 2015, um crime autónomo, previsto no art. 176.º-A do CP. Se fosse esta a razão para punir a pornografia infantil virtual, por que razão não eliminou o legislador a norma do art. 176.º, n.º 4 do CP? Adicionalmente, o crime de aliciamento de menores para fins sexuais apresenta já a natureza de crime de perigo abstrato, pelo que, nesse caso, a representação realista de menor significaria um crime de perigo de perigo abstrato, o que é evidentemente uma antecipação desmedida da tutela penal relativamente às exigências do art. 18.º, n.º 2 da CRP.

Por sua vez, o argumento da perniciosidade da pornografia relativa a crianças para a dignidade das mesmas só seria válido se houvesse uma qualquer ligação com a tutela de menores “de carne e osso”, o que não é o caso na pornografia totalmente virtual. Fora os riscos de converter a dignidade humana num bem jurídico¹²², estaríamos sempre fora do âmbito da liberdade e autodeterminação sexual dos menores¹²³.

Consequimos, até certa medida, concordar com a ideia de que o desenvolvimento das TIC permite o fabrico de imagens tão realistas que o homem médio não será capaz de distinguir a ficção da realidade. Resta, contudo, saber se será isso fundamento bastante para incriminar a pedopornografia totalmente virtual. Julgamos que não será. Ainda que se reconheça que possa desempenhar um forte fator de incentivo às tendências pedófilas, achamos que quando confrontada com a possível restrição da liberdade de expressão e criação artística¹²⁴, a conduta não reúne os requisitos de necessidade, adequação e proporcionalidade que a nossa Constituição demanda do Direito Penal¹²⁵. De facto, falamos de imagens que retratam menores envolvidos em práticas sexuais, mas cuja elaboração a ninguém lesou¹²⁶. Dizer que a distribuição de pornografia infantil totalmente virtual incentiva a prática de abusos sexuais é uma ligação tão arriscada como afirmar que a venda de brinquedos como as “pistolas de água” aumentam a procura por armas ou que “os filmes violentos contribuem para o aumento da violência”¹²⁷. Nestes casos, estaríamos a punir indivíduos e comportamentos que

¹²⁰ Albergaria & Lima, 2010, p. 207.

¹²¹ Ferreira Leite, 2004, pp. 61-63.

¹²² Albergaria & Lima, 2010, pp. 210 e ss.

¹²³ No mesmo sentido, Ferreira Leite, 2004, pp. 63 e ss.

¹²⁴ Considerando que não será admissível estender a representação realista de menor às “áreas tidas como expressão artística, como é o caso, por exemplo, de vários tipos de banda desenhada”, Mouraz Lopes & Caiado Milheiro, 2019, p. 225.

¹²⁵ Sobre a influência destes conceitos na regulação da intervenção penal, cfr. o nosso Capítulo I, secção 3.

¹²⁶ Nesse caso, a lei estaria a punir a produção das imagens com base no seu conteúdo e não com o horizonte de proteção das crianças. Seria apenas mais um instrumento de perseguição e inibição das fantasias sexuais dos indivíduos que não colocam, de forma imediata e clara, ninguém em perigo. Também assim, Hessick, 2016, p. 182.

¹²⁷ Ferreira Leite, 2004, p. 65.

sabíamos nunca violarem bens jurídicos, pois essas ofensas seriam sempre mediadas por condutas de terceiros.

Por conseguinte, de todas as modalidades já vistas, aquela a que se reconhece uma certa danosidade social é a pornografia resultante da adulteração de imagens ou partes de imagens de menores reais: a pedopornografia virtual parcial. Este é o único entendimento que se mostra conciliável com o bem jurídico que se pretende proteger, ou seja, a autodeterminação sexual do menor. Com isto, não queremos dizer que o crime de pornografia de menores, por via da sua inserção sistemática, protege apenas esse bem jurídico. Mas tem de estar, de alguma forma, envolvido na formulação desta categoria de crime. Caso contrário, não haverá forma de delinear a fronteira entre uma lei protetora das crianças e uma lei paternalista que pune as pessoas por aquilo que são, ou pior, por aquilo que podem eventualmente vir a ser.

Por tudo isto, mostramo-nos favoráveis à descriminalização da pedopornografia virtual total e aparente. O nexo causal entre o consumo desta pornografia e os abusos sexuais efetivamente cometidos é demasiado indeterminado, e socorrer-se do princípio jurídico da precaução, por ser mais fácil acreditar que o nexo existe, será “porventura justificável face a *atividades* perigosas, mas não, pelo menos quando nos queiramos afastar de um direito penal da suspeita, face a *sujeitos* eventualmente perigosos”¹²⁸.

¹²⁸ Albergaria & Lima, 2010, p. 204. Em sentido oposto, Vaz Patta, 2010, pp. 192 e ss.

Conclusão

Findo o presente estudo, acreditamos estar em condições de responder às questões por nós colocadas inicialmente.

1) *Serão as alterações fieis à função crítica do bem jurídico no Direito Penal?* Julgamos que a decisão de autonomizar o crime de pornografia de menores, alargando o seu espectro de proteção até aos menores de 18 anos, é de aplaudir e merece a nossa concordância. A liberdade e autodeterminação sexual é um bem jurídico-penal, cuja tutela apenas pode ser assegurada por via da incriminação das condutas que a lesem ou coloquem em perigo.

2) *Será o bem jurídico, ainda, a liberdade e autodeterminação sexual do menor?* A verdade é que a evolução do tempo e da tecnologia tornou a comissão deste crime mais fácil e, por inerência, a sua perseguição mais difícil. Manifestamos, porém, as nossas reservas em identificar um exclusivo bem jurídico individual na simples detenção de pedopornografia e nos casos onde esta envolva a representação realista de menor.

3) *Não se terá o legislador deixado influenciar por uma opinião pública que repulsa qualquer prática, desejo ou fantasia sexual envolvendo menores?* O legislador não é uma entidade metafísica e perfeita. São pessoas, eleitas democraticamente, que não estão imunes às suas próprias crenças, ainda que se espere que não as coloquem na base das suas decisões. Não cremos que o legislador se tenha deixado influenciar. Se é verdade que a opinião pública é cada vez mais chamada a legislar, a sua influência não terá sido maior do que a dos instrumentos europeus e internacionais nesta matéria.

4) *Será a pornografia com representação realista de menor um desses casos?* A resposta a este problema é, como vimos, complexa. A representação realista de menor engloba dois tipos diferentes de pornografia, uma delas suscetível de subdivisões. Como tal, a solução dependerá de uma avaliação casuística e, porventura, mais profunda do que a que aqui fizemos. Não obstante, achamos que a pedopornografia aparente não tutela, direta ou indiretamente, a autodeterminação sexual dos menores. O mesmo se passa nas criações totalmente virtuais. De um ponto de vista retrospectivo, não ocorreu qualquer lesão a um bem jurídico; de um ponto de vista prospetivo, é forçado presumir que os consumidores desta pornografia irão, com elevado grau de certeza, abusar sexualmente de menores.

Bibliografia

- ALBERGARIA, P.S. de & LIMA, P.M. (2010). O crime de detenção de pseudopornografia infantil – evolução ou involução? *Revista Julgar*, n.º 12 (especial), pp. 195-220.
- ALBUQUERQUE, P.P. de (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a Edição (atualizada). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ALFAIATE, A.R. (2009). *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANDRADE, M. da C. (2009). *Bruscamente no verão passado: A reforma do Código do Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANDRADE, M. da C. (2004). *Consentimento e acordo em Direito Penal: Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. 2.^a Edição (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora.
- ANTUNES, M.J. (2010). Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores. *Revista Julgar*, n.º 12 (especial), pp. 153-161.
- ARAÚJO, A. de (2005). *Crimes sexuais contra menores: Entre o Direito Penal e a Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora.
- BAPTISTA, E.C. (2006). *Os direitos de reunião e de manifestação no Direito Português*. S.l.: Edições Almedina.
- CADOPPI, A. (2006). *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4.^a Edição. Milano: CEDAM.
- CANOTILHO, J.J.G. & MOREIRA, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada*. vol. I, 4.^a Edição (revista). 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.
- COCCO, G. (2006). Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, anno XLIX, n.º 3, pp. 863-890.
- COSTA, J. de F. (2015). *Noções fundamentais de Direito Penal (fragmenta iuris poenalis)*, 4.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- CUNHA, M.C.F. da (1995). *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Editora.
- CUNHA, M.C.F. da (2017). Crimes sexuais contra crianças e adolescentes. *RJLB*, Ano 3, n.º 23.
- CUNHA, P.F. da (2020). *Crimes & penas: Filosofia penal*. S.l.: Edições Almedina.
- DIAS, J. de F. (1999). *Comentário conimbricense ao Código Penal*. Tomo I, 1.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J. de F. (2012). *Comentário conimbricense do Código Penal*. Tomo I, 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J. F. (2019). *Direito Penal, Parte geral: Questões fundamentais / A doutrina geral do crime*. Tomo I, 3.^a Edição. Coimbra: Gestlegal Editora.
- DIAS, M. do C.S.M.S. (2008). Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos crimes contra a liberdade sexual. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 8 (especial), pp. 213-279.

- DIAS, M. do C.S.M.S. (2013). Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. *Revista do MP*, ano 34, n.º 136, pp. 59-97.
- GARCIA, M. & RIO, J.M.C. (2018). *Código Penal: Parte geral e especial*, 3.ª Edição (atualizada). Coimbra: Edições Almedina.
- HESSICK, C.B. (2016). *Refining child pornography law: Crime, language, and social consequences*. S.L.: University of Michigan Press
- JESCHECK, H.H. (2002). *Tratado de Derecho Penal: Parte general* (trad. M.O. Cardenete), 5.ª Edição. Granada: Edições Comares.
- LEITE, A.L. (2016). As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas. *Revista Julgar*, n.º 26, pp. 61-74.
- LEITE, I.F. (2004). *Pedofilia: Repercussões das novas formas de criminalidade na Teoria Geral da Infracção*. Coimbra: Edições Almedina.
- LEITE, I.F. (2011). A tutela penal da liberdade sexual. *Revista Julgar*, ano 21, n.º 1, pp. 29-94.
- LOPES, J.M. & MILHEIRO, T.C. (2019). *Crimes sexuais: Análise substantiva e processual*, 2.ª Edição. Coimbra: Edições Almedina.
- MIRANDA, J. (1978). *A Constituição de 1976: Formação, estrutura e princípios fundamentais*. Lisboa: Edições Petrony.
- MIRANDA, J. & MEDEIROS, R. (2010). *Constituição Portuguesa anotada*. Tomo I, 2.ª Edição (revista). Coimbra: Wolters Kluwer Portugal.
- NATSCHERADETZ, K.P. (1985). *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e limites*. Coimbra: Edições Almedina.
- ONU (2009). *Report of the special rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography*, retirado de <https://www.refworld.org/docid/4abod35a2.html>.
- PATTO, P.V. (2010). Pornografia infantil virtual. *Revista Julgar*, n.º 12 (especial), pp. 183-194.
- PEREIRA, R.C. (1996). Liberdade sexual: A sua tutela na reforma do Código Penal. *Sub Iudice*, n.º 11, pp. 41-48.
- RAPOSO, V.L. (2003). Da moralidade à liberdade: O bem jurídico tutelado na criminalidade sexual. In *Liber discipulorum para Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 931-962.
- Relatório explicativo da Convenção sobre o Cibercrime, retirado de https://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Convention%20and%20protocol/ETS_185_Portuguese-ExpRep.pdf.
- RODRIGUES, A.P. (2011). Pornografia de menores: Novos desafios na investigação e recolha de prova digital. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 15, pp. 261-291.
- ROXIN, C. (2013). O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova (trad. S.A. de Sousa). *RPCC*, ano 23, n.º 1, pp. 7-43.
- SILVA, G.M. da (2020). *Direito Penal português: Introdução e teoria da lei penal*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- VENTURA, I. (2015). Um corpo que seja seu: Podem as mulheres (não) consentir? *Revista Ex Aequo*, n.º 31, pp. 75-89.

Legislação

Código Penal de 1886, retirado de <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>.

Código Penal de 1982, versão original, retirado de <https://dre.pt/application/conteudo/319744>.

Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, de 25 de outubro de 2007, retirado de <https://rm.coe.int/168046e1d8>.

Convenção do Conselho da Europa sobre o cibercrime, de 23 de novembro de 2001, retirado de <https://dre.pt/application/dir/pdfsdip/2009/09/17900/0635406378.pdf>.

Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, retirado de <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/185720/details/normal?l=1>.

Diretiva 2011/93/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, retirado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32011L0093>.

Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (Lei do Cibercrime), retirado de http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1137&tabela=leis.

Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Crianças, relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil, de 25 de maio de 2000, retirado de https://www.unicef.pt/media/2766/unicef_convenc-a-o_dos_direitos_da_crianca.pdf, pp. 43-54.

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/10/1989, Processo n.º 040268, relator: Vasco Tinoco.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17/05/2017, Processo n.º 194/14.8TEL.SB.S1, relator: Pires da Graça.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 24/84, Processo n.º 84-0038, relator: Joaquim Costa Aroso.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 373/91, Processo n.º 405/91, relator: Tavares da Costa.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 426/91, Processo n.º 183/90, relator: Sousa e Brito

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 329/99, Processo n.º 492/98, relator: Messias Bento.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 144/2004, Processo n.º 566/2003, relatora: Maria Fernanda Palma

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 247/2005, Processo n.º 891/03, relatora: Maria João Antunes.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 377/2015, Processo n.º 658/2015, relatora: Maria Lúcia Amaral.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 134/2020, Processo n.º 1458/17, relator: Lino Rodrigues Ribeiro.

Supremo Tribunal do Canadá, *R. v. Sharpe* (2001), disponível em <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1837/index.do> (consultado a 1 de abril de 2021).

Supremo Tribunal Federal dos EUA, *Aschroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002), disponível em <https://www.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZO.html> (consultado a 30 de março de 2021).

Supremo Tribunal Federal dos EUA, *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969), disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/394/557> (consultado a 30 de março de 2021).
Tribunal de Milão, de 11/11/2010, disponível em <https://www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPag=933> (consultado a 30 de março de 2021).

Uso da força, iminência e direito internacional

David Jonathan Dominguez Ramos

Sob a orientação do Professor
Doutor José Alberto Azeredo Lopes

Para o meu irmão Alex.

“Que é, pois, o tempo? Quem poderá explicá-lo clara e brevemente?
Quem o poderá apreender, mesmo só com o pensamento,
para depois nos traduzir por palavras, o seu conceito?
E que assunto mais familiar e mais batido nas nossas conversas do que o tempo?
Quando dele falamos, compreendemos o que dizemos.
Compreendemos também o que nos dizem quando dele nos falam.
O que é, por conseguinte, o tempo?
Se ninguém mo perguntar, eu sei;
se o quiser explicar a quem me fizer a pergunta, já não sei.
Porém, atrevo-me a declarar, sem receio de contestação que, se nada sobrevivesse,
não haveria tempo futuro, e se agora nada houvesse, não existia o tempo presente.”

- Santo Agostinho, Confissões, Livro XI

Agradecimentos

Aos meus pais, pelo amor e amparo incondicionais. Aos meus irmãos, pela alegria e companheirismo permanentes. À minha avó, por me ter demonstrado, a cada instante, que a disciplina é um valor inegociável.

Ao Professor Doutor Azeredo Lopes, por todas as críticas, orientações e ensinamentos, mas sobretudo pela forma entusiasmante como leciona o Direito Internacional.

À minha *alma mater*, a Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

A todos aqueles que, de algum modo, iluminaram este percurso, o meu sincero agradecimento.

Resumo

Cientes da importância que o tempo tem para o Direito Internacional, propusemo-nos, com a presente dissertação, a examinar a evolução do conceito de iminência no domínio normativo do uso da força.

Contrapondo a aceção clássica às invocações mais recentes, no panorama temático da legítima defesa, procurámos indagar a transformação conceptual da iminência. De tal análise, concluímos pela insustentabilidade da sua formulação quando exonerada de proximidade temporal.

Considerando o surgimento de novas ameaças e o desenvolvimento de novas tecnologias militares, reconhecemos a necessidade de reequilibrar a determinação da iminência. Nessa medida, caucionámos a flexibilização relativa da variável temporal, mediante a substanciação – pública, clara e convincente – do inerente juízo prospetivo.

Finalizámos o estudo enunciando uma solução para combater as invocações subversivas da iminência – ou, por outras palavras, para impedir a instrumentalização da imediatez do tempo –, materializada na adoção de uma presunção relativa sobre a ilicitude do uso unilateral da força contra ataques iminentes.

Palavras-chave: iminência; legítima defesa; uso da força.

Abstract

Aware of the importance of time for International Law, we propose, with this dissertation, to examine the evolution of the concept of imminence in the normative framework of the use of force.

By contrasting the classical understanding with more recent invocations in the thematic scenario of self-defence, we sought to inquire the conceptual transformation of imminence. From such analysis, we concluded that its conception is unsustainable when exempted from temporal proximity.

Considering the emergence of new threats and the development of new military technologies, we recognized the necessity to rebalance the determination of imminence. To this extent, we endorsed the relative flexibility of the time variable through the substantiation – public, clear and convincing – of the inherent prospective assessment. We concluded the study by setting out a solution to tackle subversive invocations of imminence – or, in other words, to prevent the instrumentalization of the immediacy of time –, materializing it with a relative presumption of the unlawfulness of the unilateral use of force against imminent attacks.

Keywords: Imminence; self-defence; use of force.

Lista de siglas e abreviaturas

Al.	Alínea
Art.	Artigo
Carta	Carta das Nações Unidas
CDI	Comissão de Direito Internacional
Cf.	Confrontar
Coord.	Coordenação
CS	Conselho de Segurança das Nações Unidas
ed.	Edição
N.º	Número
p.	Página
pp.	Páginas
para.	Parágrafo
paras.	Parágrafos
PARI	Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional
Ss.	Seguintes
TIJ	Tribunal Internacional de Justiça

Índice

Introdução	9
Capítulo I – Legítima defesa: da reação à antecipação	10
1. Legítima defesa: natureza e pressupostos	10
2. Artigo 51: da letra à prática	12
Capítulo II – Iminência: velhos conceitos, novos desafios	17
1. Terrorismo: da prevenção à preempção	17
2. Iraque: a rejeição do absurdo	20
3. Tecnologia e <i>jus ad bellum</i> : a (in)sustentável leveza do tempo	23
3.1. <i>Targeted killings</i> : da retórica à realidade	23
3.2. Ciberespaço: o paradoxo digital	26
Capítulo III – A instrumentalização da imediatez do tempo	31
Conclusão	36
Bibliografia	38

Introdução

A dialética entre o tempo e o Direito é um tema inexorável da ciência jurídica. Afinal, como enuncia François Ost: “o Direito afeta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que, em compensação, o tempo determina a força instituinte do Direito”.¹

Se tal é nossa convicção, num século marcado pela imprevisibilidade, o estudo dessa relação é indispensável para compreender a cadência normativa de uma ordem internacional em permanente mutação.

Com efeito, perante a proliferação frenética de novas ameaças, e em virtude do recurso a tecnologia bélica ainda pouco conhecida, a esfera temporal do regime jurídico do uso da força assume hoje especial acuidade. Aí se desvenda, circunscrito ao mote da legítima defesa, o objeto primacial desta dissertação: a metamorfose conceptual da iminência enquanto condição temporal legitimadora.

Em termos mais precisos, o presente estudo – *Uso da Força, Iminência e Direito Internacional* – visa decompor o processo de suavização das arestas temporais da legítima defesa, ancorado na progressiva subversão do conceito de iminência. Para tal, optámos por alicerçar a análise no acervo doutrinal e jurisprudencial subjacente ao tema trazendo à colação, sempre que possível, documentos estaduais oficiais. Além disso, procurámos incluir, pontualmente, exemplos recentes – e ainda pouco glosados – sobre as matérias controvertidas.

Resta-nos consignar ao leitor o itinerário programático da tese que pretendemos demonstrar. No âmbito dos conteúdos, no primeiro capítulo, principiámos a exposição desenvolvendo, à luz do Artigo 51 da Carta das Nações Unidas, os traços essenciais da legítima defesa. De seguida, alvitando a admissibilidade da legítima defesa antecipatória, e como condição fulcral desta, discorremos sobre a iminência, procurando demarcar as suas linhas orientadoras.

Posteriormente, no segundo capítulo, indigitando como principais catalisadores o terrorismo transnacional e as armas de destruição massiva, analisámos a génese da tentativa, empreendida pelos Estados Unidos, de despojar a iminência do seu coeficiente temporal. Por consequência, dilucidámos a rejeição generalizada dessa enunciação, confirmada pela guerra do Iraque em 2003. Ainda nesta parte, analisámos o impacto da revolução tecnológica militar nas invocações mais contemporâneas da iminência.

¹ Ost, 1999, p. 14.

Capítulo I – Legítima defesa: da reação à antecipação

1. Legítima defesa: natureza e pressupostos

O princípio da proibição do uso da força culmina o desfecho de um paulatino percurso evolutivo – moral, jurídico e social – trilhado pela Comunidade Internacional ao longo de largas dezenas de anos.

Convencionalmente instituído na Carta das Nações Unidas, no Artigo 2, n.º 4¹, o cânone da renúncia à ameaça ou ao uso da força representa um dos vértices estruturais do polígono normativo do Direito Internacional contemporâneo.

Uma vez que as exceções confirmam a regra, importa sublinhar que este princípio admite dois desvios inelutáveis, positivamente inscritos na Carta: o primeiro diz respeito ao sistema de segurança coletiva, no qual o Conselho de Segurança surge como protagonista *sui generis*, detentor de um alargado poder de diagnose, institucionalmente legitimado a receitar a adoção de medidas militares² – Artigo 42; o segundo corresponde ao direito de legítima defesa, individual ou coletiva – Artigo 51.³

Sem desprimor pelo sistema de segurança coletiva, corolário último da publicização do uso da força nas relações internacionais, principiaremos este Capítulo enunciando, à *vol d’oiseau*, a natureza e os pressupostos medulares da segunda – e principal – exceção, a única que admite o uso unilateral da força: o direito inerente de legítima defesa.

O Artigo 51 revela que o direito de legítima defesa é, antes de mais, um direito inerente; isto é, um direito incindivelmente ligado ao conceito de Estado, consequência impreterível da ideia de soberania. Juridicamente, a tradução do termo é elementar: trata-se de um direito de natureza consuetudinária, não estando a sua existência exclusivamente subordinada à Carta.⁴

Encetando o desenvolvimento dos pressupostos, a letra do artigo destaca, de forma cristalina, o facto constitutivo essencial: a existência de um ataque armado contra um Estado. Desta formulação cumpre realçar dois aspetos. Primeiro, não existindo uma prescrição concretizadora do conceito de ataque armado, dificilmente se encontrarão delimitações unívocas da sua composição⁵; não obstante, a determinação sempre exigirá

¹ A natureza consuetudinária – e *jus cogens* – desta norma ficou firmada pelo Tribunal Internacional de Justiça no caso *Actividades militares e paramilitares na Nicarágua e contra esta* (Nicarágua c. Estados Unidos da América), acórdão, 27 de junho 1986, ICJ Reports 1986, para. 190.

² Em virtude, desde logo, da determinação da existência de uma qualquer “ameaça à paz, rutura da paz ou ato de agressão” – Artigo 39 da Carta.

³ “Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais”.

⁴ Cf. Shaw, 2017, pp. 816 e ss.

⁵ Com uma valiosa sùmula da evolução do debate doutrinal e jurisprudencial em torno deste conceito, sublinhando a sua importância na determinação da legalidade do início do exercício da legítima defesa: Alder, 2013, pp. 109-113.

uma leitura integrada dos conceitos de ameaça ou uso da força, agressão⁶ e ataque armado. De facto, se outrora não gerava excessiva controvérsia a conceção gradativa dos três conceitos, sob um padrão de gravidade⁷, ultimamente tem vindo a testemunhar-se uma progressiva aproximação desta trilogia terminológica.⁸ Assim, as duas faces do preceito são contrastantes: por um lado, permite acolher os galopantes progressos tecnológicos que a Humanidade tem vindo a testemunhar no domínio militar; por outro, concede uma delicada subjetividade analítica, tornando-se refém do condão argumentativo – e demasiadas vezes criativo – de quem o invoca.⁹ *Secundus*, fazendo justiça aos princípios hermenêuticos apropriados¹⁰, outorgando especial relevo ao elemento literal, resulta patente a natureza reativa do direito: a expressão “no caso de ocorrer um ataque armado” aponta, inequivocamente, para a existência prévia de um ataque armado.¹¹

De seguida, dissecando os restantes pressupostos, compete ressaltar que estes evidenciam o carácter inerente da legítima defesa. De facto, apesar de não estarem expressamente vertidos na Carta, a sua natureza consuetudinária encontra-se sobejamente certificada pelo Tribunal Internacional de Justiça.¹² Referimo-nos, claro está, à necessidade, à adequação e à proporcionalidade. Destarte, sem espaço para minudenciar cada um dos requisitos, não podemos deixar de transcrever os esclarecimentos de Azeredo Lopes:

[a necessidade impõe que ao] Estado que invoca a legítima defesa cabe demonstrar que já não tinha ao seu dispor, como opção razoável, senão o recurso à força armada”; [a adequação sugere que] a ação em legítima defesa deverá estar objetivamente vocacionada para a realização desse objetivo; [e, finalmente, a proporcionalidade] refere-se a um problema que não é fácil de resolver sem atender ao caso concreto: como medir os meios e o impacto da legítima defesa.¹³

⁶ Como se referiu, este termo encontra-se inscrito no Artigo 39 da Carta, tendo sido transportado para o centro do debate com a Resolução (XXIX) 3314 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 17 de dezembro de 1974.

⁷ Representando o ataque armado a forma mais grave do uso da força e existindo uma identificação relativa entre ataque armado e agressão (não assimilando o primeiro todas as demonstrações que compõem o segundo).

⁸ Cf. Lopes, 2020, pp. 83-94.

⁹ Idealmente mitigado pela faculdade avaliativa *ex post facto* remetida ao CS.

¹⁰ Cf. Artigo 31 e ss. da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

¹¹ Sufragando a natureza puramente reativa da legítima defesa (Brownlie, 1963, p. 278).

¹² *Actividades militares e paramilitares na Nicarágua e contra esta*, para. 194; *Plataformas Petrolíferas* (República Islâmica do Irão c. Estados Unidos da América), acórdão, 6 de novembro de 2003, ICJ Reports 2003, para. 74; *Legalidade da ameaça ou uso de armas nucleares*, parecer consultivo, 8 de julho de 1996, ICJ Reports 1996, para. 41; *Actividades armadas no território do Congo* (República Democrática do Congo c. Uganda), acórdão, 19 de dezembro de 2005, ICJ Reports 2005, para. 147.

¹³ Lopes, 2020, pp. 95, 97 e 102.

Por último, para encerrar este telegráfico enquadramento introdutório, resta aludir ao elemento procedimental exarado na parte final do Artigo 51: o dever de comunicar imediatamente ao CS as medidas tomadas a título de legítima defesa. Resistindo à tentação de o considerar um detalhe de cariz formal, a sua relevância prática também não deve ser exacerbada. Paralelizando, se a invocação da legítima defesa se realizasse num usual processo civil, concebendo o CS como o juiz da causa¹⁴, encarregado de decidir o mérito do exercício do direito, o dever de comunicar constituiria um autêntico ónus processual – indiciário, na pior das hipóteses, da boa-fé no exercício do direito. Assim, integrando o raciocínio, o Estado que não cumpra o dever de comunicação, além de violar uma obrigação assumida ao abrigo da Carta, enfrentará dificuldades acrescidas na justificação da legalidade da sua atuação.¹⁵

Isto posto, rememorando os indícios extraídos sobre a dimensão temporal do Artigo 51, a legítima defesa apresenta-se como resultado lógico e, aparentemente, cronológico de um pré-existente ataque armado. Ora, a interrogação que se impõe é objetiva: constituirá a letra do Artigo 51 trincheira intransponível deste direito inerente? Melhor dizendo, a existência prévia de um ataque armado é condição insubstituível do exercício da legítima defesa?

2. Artigo 51: da letra à prática

A resposta à indagação anterior está longe de ser axiomática. Bem pelo contrário, continua a motivar acesos debates doutrinários, sendo absolutamente indissociável da questão da inerência¹⁶. Para descortinar a eventual solução, mais do que compilar posições inscritas em pergaminhos redigidos por superlativos jusinternacionalistas¹⁷, torna-se crucial adotar a posição do espectador comprometido¹⁸ de forma a apreciar criticamente as práticas estaduais – e jurisprudenciais – paradigmáticas. Por conseguinte, por razões de comodidade discursiva, dividiremos a análise em dois momentos: o primeiro, referente ao período pré-Carta; o segundo, ao período pós-Carta.

Primeiramente, retrocedendo ao epílogo do ano 1837, avistamos o célebre caso *Caroline*. Traçando rapidamente o quadro fáctico, o Reino Unido, ao ver-se a braços com uma revolta interna no Canadá¹⁹, atacou *Caroline*, um navio privado americano que

¹⁴ Aqui atingindo o pendor metafórico, já que a imparcialidade e a independência estão longe de matizar as “judicaturas” do CS.

¹⁵ Cf. *Actividades armadas no território do Congo*, paras. 145 e 146.

¹⁶ Para uma análise aprofundada das diferentes correntes de pensamento (positivistas, realistas e neutralistas), cf. Alder, 2013, pp. 96-108.

¹⁷ Com uma revisão histórica e doutrinal, Totten, 2007, pp. 95 e ss.

¹⁸ No sentido *aroniano* do termo, quer dizer, tendo em mente as construções abstratas sem nunca olvidar a realidade.

¹⁹ Nessa altura o Canadá era ainda uma colónia britânica.

fornecia assistência material – e moral – aos insurgentes canadenses. Durante a noite, as tropas britânicas, tendo penetrado em território norte-americano, surpreenderam os tripulantes do barco, ferindo e matando vários cidadãos americanos. A incursão terminou com o navio em chamas e à deriva, desaparecendo, fatalmente, no fundo das cataratas do Niágara.²⁰ Não obstante, e sem demora, o Reino Unido reivindicou ter atuado em legítima defesa.

Naturalmente, o acontecimento provocou um incidente diplomático, tendo motivado uma troca de cartas entre o Secretário de Estado Daniel Webster e o ministro britânico *Lord Ashburton*. Dessa correspondência acabaria por surgir a famigerada fórmula *Webster*, enunciadora das condições de admissibilidade da legítima defesa antecipatória “confinada aos casos em que a necessidade de legítima defesa seja imediata, avassaladora, não permitindo qualquer escolha de meios ou momento para deliberar”.²¹

Sobre este caso, duas observações breves. Primeiro, sublinhemos o facto de este evento ser recorrentemente evocado como Santo Graal da legítima defesa antecipatória, suficientemente revelador da sua natureza consuetudinária. Ora, tal entendimento não pode deixar de ser interpretado *cum grano salis*, inevitavelmente atenuado pelo circunstancialismo histórico – desde logo, à data, a proibição do uso da força era um princípio desconhecido. Segundo, vale a pena acrescentar que as raízes consuetudinárias dos requisitos substantivos de aplicação da legítima defesa – qualquer que seja a sua formulação temporal – são comumente lavradas neste episódio.²²

Em suma, sem fazer extrapolações categóricas, o caso *Caroline* representa o vestígio incipiente de uma limitada perceção estadual sobre a admissibilidade da legítima defesa antecipatória, cujas linhas temporais se materializaram na fórmula *Webster*.

De seguida, transitando para o segundo compasso histórico, os dois exemplos preliminares – nem sempre consignados pela doutrina – reportam-se ao advento da criação da Carta. Finda a II Guerra Mundial, na hora de julgar os derrotados, o Tribunal Militar Internacional de Nuremberga foi chamado a pronunciar-se sobre a legalidade da invasão da Dinamarca e da Noruega levada a cabo pela Alemanha nazi. Contrariando a argumentação germânica, suportada no instituto da legítima defesa antecipatória, o Tribunal fundou o sentido do veredicto no caso *Caroline*:

²⁰ *The Caroline Case*, Introductory Notes by Hunter Miller, The Avalon Project, *Documents in Law, History and Diplomacy*, Yale Law School, https://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp.

²¹ *Ibidem*. Na versão original: “necessity of that self-defence is instant, overwhelming, and leaving no choice of means, and no moment for deliberation”.

²² Cf. Lopes, 2020, pp. 95-96.

A atuação preventiva em território estrangeiro só se justifica em caso de necessidade imediata, avassaladora, não permitindo qualquer escolha de meios e nenhum momento para deliberar.²³

Demais, alicerçando a sua posição numa referência expressa à (inexistência da) iminência do ataque:

De tudo isto resulta que quando o planeamento para atacar a Noruega estava a ser realizado, não tinha como objetivo impedir um desembarque iminente dos Aliados, mas, no limite, poderia impedir uma ocupação Aliada numa data futura.²⁴

Sem atribuir um alcance desmedido a uma judicatura de suspeita imparcialidade, cremos estar em causa um sinal indicativo, logo após a adoção da Carta, do reconhecimento dos requisitos substanciais para o exercício preventivo do direito inerente de legítima defesa.

Ato contínuo, em 1948, a declaração de independência de Israel resultou na mobilização das forças militares dos Estados árabes vizinhos, escalando vertiginosamente a ameaça do recurso à força. O (novo) Estado israelita, sem aguardar a concretização física de um ataque armado, reagiu preventivamente – invocando o direito inerente de legítima defesa –, inaugurando aquela que viria a ficar conhecida como primeira guerra Israelo-Árabe.²⁵ Embora este exemplo não seja usualmente trazido à colação pela doutrina, a iminência do ataque não assoma exageradamente controvertida – reforçada, desde logo, pelo não reconhecimento do Estado de Israel – e, acima de tudo, o silêncio da Comunidade Internacional terá deixado patente a transigência com a atuação israelita.²⁶

Posteriormente, avançando pouco mais de uma década, alcançamos a crise dos mísseis cubanos. Em 1962, a instalação de mísseis balísticos soviéticos em Cuba, capazes de atingir os Estados Unidos, originou uma crise internacional sem precedentes.²⁷ A resposta americana – o embargo naval absoluto –, prévia à ocorrência de qualquer disparo, apesar de não ter sido categoricamente fundada no Artigo 51, apontou conceptualmente nesse sentido. Refiram-se, confirmativas desta perceção, as declarações do Presidente Kennedy a 22 de outubro de 1963:

Já não vivemos num mundo onde o disparo efetivo de armas representa um desafio suficiente para a segurança de uma Nação para constituir um

²³ International Military Tribunal (Nuremberg), *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, 14 November 1945 – 1 October 1946, Nuremberg 1947, p. 207. https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf.

²⁴ Ibidem, p. 271.

²⁵ Kurzman, 1970.

²⁶ Sobre a reação do CS, cf. Resolução 42 (1948), Resolução 46 (1948) e Resolução 49 (1948), Resolução 50 (1948) Resolução 54 (1948).

²⁷ De forma detalhada, Alder, 2013, pp. 129-134.

perigo máximo. As armas nucleares são tão destrutivas e os mísseis balísticos tão rápidos que qualquer possibilidade substancialmente aumentada da sua utilização ou qualquer mudança súbita no seu lançamento pode muito bem ser considerada como uma ameaça à paz.²⁸

A reação dos Estados representados no CS acabaria por certificar, aparentemente, a aceitação da legítima defesa antecipatória²⁹: o debate, longe de versar na ilegalidade do caráter preventivo das medidas adotadas, centrou-se no cumprimento dos limites consuetudinários da necessidade e da proporcionalidade.³⁰

Para encerrar o período pós-Carta, cumpre divisar dois episódios com especial patrocínio israelita. O primeiro remonta a 5 de junho de 1967, quando, perante a aliança estabelecida entre vários Estados árabes limítrofes³¹ e o circunstancialismo fáctico dos dias precedentes³², Israel atacou preventivamente a força aérea egípcia – iniciando assim a Guerra dos Seis Dias. *A posteriori*, nas discussões levadas a cabo no CS, Israel declarou ter agido em antecipação a um ataque iminente. Tal alegação, tendo em conta o quadro factual, não se afigurou extravagante³³; todavia, as reações estaduais, reféns dos ventos geopolíticos da época, não permitiram retirar um entendimento unânime sobre a legalidade da legítima defesa antecipatória.³⁴

O segundo episódio diz respeito ao bombardeamento do Reator de *Osiraq*. Em 1981, novamente reclamando ter agido em legítima defesa contra um ataque iminente, Israel usou a força para destruir um reator nuclear iraquiano – alegadamente destinado à produção de material nuclear para aprovisionar armas que seriam usadas contra o Estado israelita. Desta vez, a invocação da iminência surgiu associada não só à ameaça existencial causada pelo reator nuclear do Iraque, mas também ao cômputo dos danos colaterais da operação preventiva³⁵. Se o segundo argumento não provoca especial ceticismo, o mesmo não se pode afiançar do primeiro: o CS, face à fragilidade probatória do elemento volitivo – isto é, da intenção iraquiana de lançar um ataque sobre Israel,

²⁸ John F. Kennedy, *Radio and Television Report to the American People on the Soviet Arms Build-up in Cuba* White House, Washington DC, 22 October 1963, <https://www.jfklibrary.org/archives/other-resources/john-f-kennedy-speeches/cuba-radio-and-television-report-19621022>.

²⁹ Arend, 2003, p.94.

³⁰ “Nesse sentido, é correcto considerar que, aparentemente, a maioria dos membros do CS reconheceria o direito de legítima defesa antecipatória, se o critério da necessidade estivesse também preenchido, o que, no caso concreto, não teria acontecido” (Tavares, 2015, pp. 151-152).

³¹ Entre os quais, assumidamente, o Egipto, a Síria e a Jordânia.

³² Especialmente, o bloqueio do Estreito de *Tiran*, as movimentações militares do exército egípcio em zonas fronteiriças, os inflamados discursos dos seus líderes políticos e militares e, finalmente, a expulsão da Força de Emergência das Nações Unidas (UNEF), concebida para garantir a manutenção da paz na região. Cf. Dinstein, 2017, p. 212.

³³ Franck, 1970, p. 821.

³⁴ A União Soviética, Síria e Marrocos pronunciaram-se contra a atuação israelita; por sua vez, os Estados Unidos e o Reino Unido manifestaram-se em sentido favorável, cf. Arend, 2003, p. 95.

³⁵ Lopes, 2020, pp. 112-113; Tavares, 2015, pp. 152 e ss.

num curto espaço de tempo, com recurso a armas nucleares – acabaria por condenar unissonamente a atuação israelita.³⁶

Ainda assim, à data, algumas declarações dos representantes presentes no CS parecem ter ilustrado uma aceitação condicionada da legítima defesa antecipatória³⁷, cujas condições não se teriam verificado *in casu*. De particular relevância, o representante britânico, *Sir Anthony Parsons*, considerou “não ter existido uma necessidade imediata ou avassaladora de legítima defesa”³⁸, referindo-se, *ipsis verbis*, à fórmula *Webster*. Ora, apesar de o CS ter condenado o comportamento israelita, terá ficado estribada uma superior tolerância à legítima defesa antecipatória, umbilicalmente ligada à demonstração dos requisitos estabelecidos no caso *Caroline*.

Por último, entre nós, e como apontamento suplementar, nos termos do artigo 135.º, al. c), da Constituição da República Portuguesa, nas relações internacionais, compete ao Presidente da República “declarar a guerra em caso de agressão efetiva ou iminente”. Dessa forma, desvalorizando a falta de correspondência dos termos, não só a ideia da legítima defesa antecipatória parece ter ficado estatuída na Lei Fundamental portuguesa, como também emerge vinculada ao requisito da iminência.³⁹

Aqui chegados, tendo em conta a falta de consistência das práticas estaduais aludidas, a cautela recomenda constatar a ausência de uma norma consuetudinária instituidora da legítima defesa preventiva.⁴⁰ Todavia, ponderando os vários exemplos trazidos à liça, a proposição anterior não invalida a existência de um conjunto convincente de amostras caucionadoras de uma interpretação temporalmente alargada do Artigo 51. Nesse sentido, a leitura vanguardista da Carta deriva na admissão do direito inerente de legítima defesa contra um ataque iminente.⁴¹

Paralelamente, a respeito dos eventos mencionados, duas conclusões intermédias. Primeiro, cabe sobrelevar o elo incindível de ligação entre a iminência e a necessidade. A bem dizer, a iminência sugere uma necessidade urgente – imediata e avassaladora –, conformadora da instantaneidade da resposta militar. Significa isto que a probabilidade de um ataque armado se vir a concretizar num hiato temporal relativamente curto carece de demonstração. Afinal, aí se localiza a fronteira que separa ameaças iminentes de ameaças latentes, prescrevendo a Carta, para estas, um leque distinto de resoluções. Depois, numa apreciação global, para lá da falta de coerência de algumas práticas,

³⁶ CS, resolução 487 (1981).

³⁷ Cf. Declarações do representante da Sierra Leoa. Mr. *Koroma*, UN Doc. No. S/PV.2283:56 (1981).

³⁸ Declaração de *Sir Anthony Parsons*, UN Doc. No. S/PV.2282:42 (1981).

³⁹ Aludindo expressamente à “*guerra de legítima defesa*”, Canotilho & Moreira, 2010, p. 199.

⁴⁰ Tavares, 2015, p. 154.

⁴¹ Como apontou Koffi Annan, à data Secretário Geral das Nações Unidas, no Relatório *In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All*, (21 March 2005), para. 124: “[a]s ameaças iminentes estão plenamente cobertas pelo Artigo 51, que salvaguarda o direito inerente dos Estados se defenderem contra ataques armados. Os advogados há muito que reconhecem que isto cobre um ataque iminente, assim como um ataque que já tenha ocorrido”.

distingue-se facilmente um denominador comum: a consubstancialização pela negativa do critério temporal; por outras palavras, a *praxis* essencial reduz-se à circunscrição daquilo que não constitui um ataque iminente.

Até agora, a perspetiva apresentada é, perdoe-se o gracejo etimológico, eminentemente tradicional – sustenta-se, em bom rigor, nos tradicionais usos da força interestaduais. Ora, a questão que se segue é delicada: resistirá a iminência aos novos protagonistas e às novas ameaças que polvilham a cena internacional contemporânea? Melhor dizendo, de que forma se adaptarão os “velhos” conceitos aos novos desafios colocados pelo século XXI?

Capítulo II – Iminência: velhos conceitos, novos desafios

1. Terrorismo: da prevenção à preempção

Os ataques suicidas perpetrados pela *Al-Qaeda* nos Estados Unidos no dia 11 de setembro de 2001 dificilmente se apagarão da memória coletiva da Humanidade. O cenário dantesco de destruição e sofrimento carimbou irremediavelmente a dimensão global do terrorismo, tornando-o, desde então, numa das principais ameaças à paz e segurança internacionais. A magnitude do fenómeno suscitou diversos desafios ao património jurídico existente, testando, em particular, o regime do uso da força instituído na Carta. Nesta sede, compete avaliar a evolução do critério temporal das respostas militares adotadas – a título preventivo – para combater as ameaças provocadas pelas organizações terroristas internacionais.

Não poderíamos principiar a análise sem justificar o título do presente Capítulo. Na verdade, seria certamente mais simples reconduzir o uso da força contra organizações terroristas⁴² à figura da legítima defesa contra atores não estaduais (ou, de forma hiperbólica, à legítima defesa contra o terrorismo⁴³). Contudo, assumir a identificação jurídica sem que esta se encontre cabalmente perenizada revelaria uma inadmissível veleidade metodológica. Ora, por um lado, convém recordar que o CS, com a finalidade de validar a reação armada aos ataques terroristas do 11 de setembro, convocou o Artigo 51 da Carta, reconhecendo – de forma *sui generis* – o direito inerente de legítima defesa dos Estados Unidos⁴⁴; por outro lado, mais tarde, o TIJ abraçou – por ação⁴⁵ e por omissão⁴⁶ – uma interpretação puramente interestadual da legítima defesa.

Atualmente, apesar de a solução ainda não se encontrar totalmente deslindada, a prática⁴⁷ e a doutrina⁴⁸ parecem reenviar, pelo menos tendencialmente, o uso da força

⁴² As organizações terroristas integram o conceito mais abrangente de “atores não estaduais”.

⁴³ *Infra*, Nota 91.

⁴⁴ CS, Resolução 1368 (2001). Em particular, no Preâmbulo: “Reconhecendo o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva em conformidade com a Carta”. Ainda a propósito dos ataques terroristas do 11 de setembro, cf. CS, Resolução 1373 (2001). Sobre a “inovação” jurídica protagonizada pelo CS, cf. Lopes, 2003, pp. 1035-1050.

⁴⁵ *Consequências jurídicas da construção de um muro no território ocupado da Palestina*, parecer consultivo, 9 de julho de 2004, ICJ Reports 2004, para. 139.

⁴⁶ Com a “demissão” de pronúncia no caso das *Atividades armadas no território do Congo*. Sobre isto, cf. Ramos in Duarte & Lanceiro, 2018.

⁴⁷ Cf., por exemplo, a Carta de 23 de setembro de 2014 do Representante Permanente dos EUA endereçada ao Secretário-Geral das Nações Unidas (Documento S/2014/695). No mesmo sentido, em relação à adoção de medidas militares contra o Estado Islâmico na Síria, embora sem referir expressamente o *standard* da “vontade ou da capacidade” (*unable or unwilling*), cf. Comunicações ao CS da França (Documento S/2015/745), Alemanha (Documento S/2015/946), Dinamarca (Documento S/2016/34), Holanda (Documento S/2016/132), Noruega (Documento S/2016/513) e da Bélgica (Documento S/2016/523). Em sentido contrário, de forma crítica quanto à interpretação alargada do Artigo 51, as declarações do Irão em representação do Movimento dos Não-Alinhados, cf. Documento S/PV.7316, 19 novembro 2014 e Documento S/PV.7621, 15 de fevereiro 2016.

⁴⁸ *Institut de Droit International*, 10 A Resolution EN, Present Problems of the Use of Armed Force in International Law, Self-Defense, 27 de outubro de 2007, para. 10. Na literatura, entre outros, Dinstein, 2017, pp. 241-245. Depois, a respeito da jurisprudência anteriormente citada, particularmente ilustrativas desta tendência, Declarações de Voto da juíza Rosalyn Higgins (para. 33) e do juiz Kooijmans (p. 219) no caso das

contra organizações terroristas para o instituto da legítima defesa – mesmo que as construções justificativas sejam ainda bastante ambíguas.⁴⁹ Enfim, não almejando tomar parte na destrinça, e sendo nosso intento dissecar o traço temporal das respostas, a prudência recomenda a identificação (lata) como uso da força respaldado na iminência, onde se integrará – ou não – a legítima defesa contra organizações terroristas.

Ultrapassado o ponto prévio, cumpre frisar que os Estados Unidos, e os seus aliados, por razões óbvias, assumiram um papel preponderante no combate ao terrorismo transnacional. Consumada a resposta aos ataques do 11 de setembro⁵⁰, o ímpeto securitário proporcionou a edificação de uma construção doutrinal destinada a evitar novas tragédias. Assim, a 17 de setembro de 2002, o Governo norte-americano apresentou o insólito Conceito Estratégico de Segurança Nacional.⁵¹

Examinando o referido documento, descortinam-se múltiplos indícios que comprovam a diluição do traço temporal das respostas. Da necessidade de adaptar o conceito de ameaça iminente⁵² à delineação de uma política de atuação puramente preventiva, o declínio do critério temporal ficou firmado categoricamente:

Quanto maior for a ameaça, maior é o risco de inação – e mais convincente é a necessidade de tomar medidas preventivas para nos defendermos, mesmo que subsistam incertezas quanto ao tempo e local do ataque do inimigo. Para prevenir ou impedir tais atos hostis por parte dos nossos adversários, os Estados Unidos agirão, se necessário, preemptivamente.⁵³

Deste modo, o caráter imprevisível e potencialmente devastador das ameaças contemporâneas – do terrorismo às armas de destruição massiva – teria possibilitado a eclosão de uma nova espécie justificativa: a legítima defesa preemptiva.⁵⁴

Em boa verdade, o racional subjacente a esta formulação – correntemente batizada como doutrina *Bush* – funda-se no divórcio entre a iminência e a necessidade; quer dizer, um ataque iminente deixa de reclamar uma necessidade imediata e avassaladora para

Consequências Jurídicas da construção de um muro no território palestino ocupado; ou ainda, reforçando esta posição, as Declarações de Voto do juiz Simma (para. 26 e ss) e do juiz Kooijmans (para. 8 e ss.) no caso das *Atividades armadas no território do Congo*.

⁴⁹ Com uma resenha da evolução deste debate, apreciando criticamente a Resolução 2249 (2015) do CS, Lehto, 2018, pp. 1-25; ver também, Müllerson, 2019, pp. 751-775.

⁵⁰ Para a explanação do caráter multifacetado da intervenção militar no Afeganistão (simultaneamente punitiva e preventiva) e da excecionalidade da Operação *Enduring Freedom*, cf. Rockefeller, 2004, pp. 137-138.

⁵¹ *The National Security Strategy of the United States of America*, White House, Washington, setembro 2002.

⁵² “Temos de adaptar o conceito de ameaça iminente às capacidades e objetivos dos adversários de hoje. Os Estados párias e os terroristas não procuram atacar-nos utilizando os meios convencionais. Eles sabem que tais ataques fracassariam. Em vez disso, recorrem a atos de terror e, potencialmente, ao uso de armas de destruição maciça – armas que podem ser facilmente escondidas, entregues dissimuladamente e utilizadas sem aviso prévio” [italico nosso]. Ibidem, p. 15.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ “E, por uma questão de bom senso e de legítima defesa, os EUA atuarão contra tais ameaças emergentes antes de elas estarem totalmente formadas”. Ibidem.

passar a admitir uma necessidade vaga e indefinida.⁵⁵ Como assinala Maria Isabel Tavares:

Numa acção preemptiva, o Estado arroga-se o direito de legítima defesa perante uma ameaça não iminente e necessariamente difusa de ocorrência de um ataque, que não se sabe quando e onde vai acontecer, embora se sustente que irá acontecer algures no futuro.⁵⁶

Curiosamente, a formulação da iminência como um standard temporalmente volátil não é inusitada. De facto, em 1997, dirimindo um diferendo entre a Eslováquia e a Hungria, o TIJ discorreu sobre a iminência.⁵⁷ *In casu*, pronunciando-se no quadro temático do estado de necessidade ambiental⁵⁸, o Tribunal preconizou uma interpretação temporal bastante extensiva:

isso não exclui, no entender do Tribunal, que um perigo que se venha a concretizar no longo prazo não se possa considerar iminente assim que se demonstre, num determinado momento, que a realização desse perigo, por afastada que possa estar, é, não obstante, certa e inevitável.⁵⁹

Ora, a discriminação temporal do risco ambiental, parece-nos, do ponto de vista empírico, bastante plausível. Todavia, nem as ameaças bélicas são cientificamente distinguíveis, nem da pronúncia deriva a aceitação desta tese no domínio do *jus ad bellum*. Importa por isso suster o impulso analógico.

Admitindo a conveniência metafísica deste entendimento, arredar a proximidade temporal em prol da demonstração da certeza e da inevitabilidade de determinada ameaça causará, necessariamente, algum embaraço.⁶⁰ Ainda assim, a transposição desta perspetiva para o plano da legítima defesa parece ter ganho algum beneplácito na literatura, temperada, contudo, por uma delimitação dos requisitos que fundamentam a elasticidade temporal.⁶¹

Enfim, advogar a iminência como um critério destituído de proximidade temporal, além de constituir um paradoxo terminológico irresolúvel, revela uma transfiguração profunda da fórmula *Webster*. Ademais, a legítima defesa preemptiva – cuja fronteira temporal se situa algures no infinito – amplia copiosamente a subjetividade apreciativa de quem a invoca, potenciando sobremaneira eventuais abusos.⁶² Com efeito, o silêncio

⁵⁵ Henderson, 2004, p. 6, nota 18.

⁵⁶ Tavares, 2015, pp. 314-315.

⁵⁷ *Gabcíkovo-Nagymaros*, (Hungria c. Eslováquia), acórdão, 25 de setembro de 1997, ICJ Reports 1997.

⁵⁸ Apoiando-se, para o efeito, no Artigo 25 do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional (PARI).

⁵⁹ *Gabcíkovo-Nagymaros*, para. 54.

⁶⁰ Subscrevemos por isso, na íntegra, as críticas de Azeredo Lopes ao caráter determinista dos termos utilizados para justificar a quase dispensabilidade da demonstração da iminência temporal, cf. Lopes, 2020, p. 110.

⁶¹ Rockefeller, 2004, pp. 139-145. No mesmo sentido, e com referência expressa à interpretação caucionada pelo TIJ no caso do *Projeto Gabcíkovo-Nagymaros*, Akande & Lieflander, 2013, pp. 565 e ss.

⁶² Rockefeller, 2004, p. 146.

sobre os elementos objetivos que legitimam a atuação preemptiva é ensurdecador⁶³, convertendo a avaliação da necessidade militar num processo inextricavelmente confessional.

Professemos, para fins exclusivamente especulativos, a figura da legítima defesa preemptiva.⁶⁴ A interrogação que se sucede é óbvia: será o uso “preemptivo” da força militar aceite pela Comunidade Internacional? Melhor dizendo, haverá lugar no Direito Internacional para uma interpretação tão alargada da iminência?

2. Iraque: a rejeição do absurdo

Como facilmente se adivinhará pelo título, a resposta é redondamente negativa. Trataremos de enunciar, em traços gerais, os fundamentos da reprovação, refletidos na guerra contra o Iraque – chefiada pelos Estados Unidos e pelo Reino Unido – iniciada a 19 de março de 2003.

Furtando-nos a uma análise pormenorizada da construção justificativa sobre a qual se suportou a intervenção militar no Iraque, o primeiro ponto a ressaltar é a multiplicidade dos argumentos apresentados. Os Estados Unidos procuraram extrair, até ao último momento – e sem qualquer êxito, sublinhe-se –, uma legitimação institucional do CS, quer através da adoção de uma resolução que autorizasse o uso da força, quer através de um esdrúxulo processo interpretativo de resoluções anteriores. Assim, da ressurreição da Resolução 678 à autorização tácita contida na Resolução 1441, a juridicidade das propostas revelou-se inversamente proporcional à criatividade – e variedade – argumentativa.⁶⁵

Fracassados os esforços institucionais, restava ancorar o uso da força na legitimidade unilateral. Sobre este tópico, não será despropositado enfatizar que a confeção da intervenção militar no Iraque se principiou, ainda em lume brando, no Conceito Estratégico de Segurança Nacional de 2002. Ali se atribui, com relativa nitidez, um elenco de pecados capitais ao regime iraquiano⁶⁶ – mormente, a posse de armas de destruição massiva, nucleares e biológicas, associada ao patrocínio do terrorismo internacional –, suficientemente revelador da necessidade de travar preventivamente a malevolência do regime (leia-se, a ameaça do seu líder, Saddam Hussein).⁶⁷

⁶³ Neste sentido e com críticas contundentes à falta de objetividade, cf. Wheeler, 2003, p. 198.

⁶⁴ Sofaer, 2003, pp. 209-226.

⁶⁵ Com uma análise crítica e aprofundada sobre a inadmissibilidade dos dois argumentos (e de todos os outros), Tavares, 2015, pp. 373-398.

⁶⁶ *The National Security Strategy*, p. 14.

⁶⁷ “Tendo em conta os objectivos dos Estados párias e dos terroristas, os Estados Unidos já não podem adotar apenas uma postura reativa, como no passado. A incapacidade de dissuadir um potencial atacante, a iminência das ameaças actuais e a magnitude dos danos potenciais que podem ser causados pela escolha de armas por parte dos nossos adversários, não permitem essa opção. Não podemos deixar que os nossos inimigos ataquem primeiro”. Ibidem, p. 15.

Assim, a 17 de março de 2003, reforçando a resenha de violações e comportamentos agressivos perpetrados pelo Iraque – agora com “provas” da existência de um arsenal de armas de destruição massiva⁶⁸ – o Presidente Bush estabeleceu como inquestionável a concretização futura de um ataque contra os Estados Unidos ou os seus aliados⁶⁹ – por conseguinte, iminente.

Ora, a demonstração da insustentabilidade desta doutrina não é especialmente custosa. Primeiro, tanto a tentativa (infrutífera) de obter um mandato expresso do CS para usar a força – com a aprovação de uma nova Resolução –, como a leitura inaceitável da Resolução 1441 e da Resolução 678 denotam a necessidade de os Estados Unidos (e, particularmente, do Reino Unido) justificarem a intervenção militar no quadro de funcionamento do CS.⁷⁰ Aliás, o fundamento institucional nunca foi verdadeiramente abandonado, deixando patente a fragilidade da legitimação unilateral.⁷¹ Depois, a reprovação generalizada da guerra, quer no momento pré-intervenção⁷², quer no momento pós-intervenção⁷³, constitui reflexo límpido da inadmissibilidade da intervenção militar nos termos *supra* ensaiados.⁷⁴

Em suma, a invasão do Iraque em 2003, além de ter desferido um duro golpe – jurídico e político – ao sistema onusiano, solidificou a rejeição da interpretação norte-americana – temporalmente ilimitada – da iminência. Fazendo nossas as palavras de Azeredo Lopes:

o direito internacional não integra a legítima defesa preemptiva, e o uso da força com esse tipo de argumento terá que se considerar violação do princípio que proíbe o uso da força e, eventualmente, como acto de agressão dirigido contra um ou mais Estados.⁷⁵

Para finalizar, cumpre dar nota do alastramento da doutrina *Bush* ao plano militar individual. Estranhamente, como se não bastasse pleitear a legitimidade absurdamente preventiva – isto é, preemptiva – para iniciar um conflito armado, os Estados Unidos procederam à transposição desse entendimento para a regulamentação do uso da força letal durante o próprio conflito armado.

⁶⁸ Maddox, 2020 (<https://www.nytimes.com/2020/01/29/magazine/iraq-weapons-mass-destruction.html>).

⁶⁹ President George W. Bush addresses the Nation on Iraq, NBC News, 17-03-2003, <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2003/03/20030319-17.html>.

⁷⁰ Declarações de Sir Jeremy Greenstock, representante britânico, CS, 4726th Meet., S/PV.4726 (Resumption 1), p. 25.

⁷¹ Henderson, 2004, pp. 13 e ss.

⁷² Com críticas ruidosas da França, Bélgica, Alemanha, Rússia e da China. Sobre isto tudo, cf. Buzan, 2005, pp. 31-52.

⁷³ Entre tantos, mas particularmente relevante, Koffi Annan asseverou de forma expressa – e insólita – a ilegalidade da intervenção militar no Iraque, cf. *Excerpts: Annan Interview*, 16 de setembro de 2004, BBC News UK, http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/3661640.stm. Mais recentemente, quanto à participação do Reino Unido (com uma avaliação absolutamente arrasadora), cf. *Report of the Iraq Inquiry 2016 (Chilcot Report)*.

⁷⁴ Bordelon, 2005, pp. 111-146.

⁷⁵ Lopes, 2020, p. 117.

Esquadrinhando as *Standing Rules of Engagement*⁷⁶ instituídas em 2005, desvendamos a inclusão do direito (inerente) de legítima defesa individual contra “demonstrados intentos hostis”.⁷⁷ Surpreendentemente, a concretização desse termo não é especialmente elucidativa: por um lado, compreende “a ameaça do uso iminente da força contra os Estados Unidos, as forças militares norte-americanas ou determinadas pessoas ou bens”⁷⁸; por outro lado, perfaz-se com a metamorfose conceptual da iminência – isto é, apartada, ostensivamente, da proximidade temporal.⁷⁹

Veja-se, a propósito da guerra no Iraque, o angustiante relato da subsunção ao conceito de ameaça iminente o facto de um indivíduo estar “a cavar um buraco, durante a noite, nas proximidades de uma estrada”.⁸⁰ Concretamente:

Se um indivíduo estivesse a cavar o solo, estaria com toda a probabilidade a preparar-se para colocar explosivos no solo para atacar as forças militares. Nessas situações, as tropas norte-americanas não necessitavam de ter provas do planeamento efetivo da colocação da bomba e da imediatez dessa ameaça. Para recorrer ao uso antecipatório da força era suficiente as forças militares especularem que a ameaça se poderia materializar num momento incerto no futuro.⁸¹

Em síntese, também as regras norte-americanas estabelecidas para governar o comportamento dos soldados durante as operações militares parecem brotar do questionável solo preemptivo. Destarte, o uso da força letal em legítima defesa (individual) contra uma ameaça iminente não fica subordinado à imediatez do “intento hostil”; pelo contrário, integra ameaças emergentes num futuro – mais ou menos – distante.

Se a aplicação desta tese num conflito armado de cariz tradicional não suscita particular apreensão⁸², a tendência (tática) dos membros das organizações terroristas se confundirem com a população civil multiplicada pelo carácter presuntivo da doutrina preemptiva coloca em crise, de forma irremediável, os princípios fundamentais de Direito Internacional Humanitário.⁸³

Ora, com o virar do século, a par das novas ameaças, o avanço da tecnologia bélica veio estirar fronteiras que se supunham estabelecidas. Por conseguinte, a questão

⁷⁶ *Standing Rules of Engagement/ Standing Rules for the Use of Force for US Forces*, Chairman of the Joint Chiefs of Staff, Instruction No. 3121.01B, 2005.

⁷⁷ “Os comandantes de unidade detêm sempre o direito inerente e a obrigação de agir em legítima defesa da unidade contra um ato hostil ou uma demonstrada intenção hostil”. Ibidem, p. A-3.

⁷⁸ Integrando igualmente “a ameaça do uso da força para precluir ou impedir a missão e/ou os deveres das forças militares dos EUA, incluindo a recuperação de pessoal dos EUA ou a recuperação de bens vitais do Governo dos Estados Unidos”. Ibidem, p. A-4.

⁷⁹ “Iminente não significa necessariamente imediato ou instantâneo”. Ibidem.

⁸⁰ Badalić, 2020, pp. 7-8.

⁸¹ Ibidem.

⁸² A temporalidade da atuação torna-se juridicamente irrelevante quando tem como alvo militar um combatente, nos termos do Artigo 4.º A da II Convenção de Genebra de 1949.

⁸³ Desde logo, o princípio da distinção, cf. Artigo 48.º do Protocolo Adicional I da Convenções de Genebra.

subsequente é elementar: terá a revolução tecnológica dificultado a demarcação temporal da legítima defesa preventiva? Melhor dizendo, sobreviverá a iminência às novas armas e aos novos domínios operacionais?

3. Tecnologia e *jus ad bellum*: a (in)sustentável leveza do tempo

3.1. *Targeted killings*: da retórica à realidade

Não sendo particularmente hodierna, a utilização de drones⁸⁴ para identificar e eliminar membros de organizações terroristas em Estados terceiros – isto é, para a prática de assassinatos seletivos (*targeted killings*) – tem vindo a aumentar vertiginosamente ao longo dos últimos anos.⁸⁵ Obviando o exame dos aspetos mais viscerais desta tecnologia militar – da alegada precisão à diluição dos obstáculos políticos e psicológicos ao uso da força letal⁸⁶ –, compete apreciar os desafios colocados ao parâmetro temporal do *jus ad bellum*.⁸⁷

Tomando, uma vez mais, os Estados Unidos⁸⁸ como principal amostra, importa dar conta do embaraço justificativo atinente à legitimação deste padrão procedimental. Se, por um lado, a existência de consentimento para a realização de operações militares com recurso a drones no território de um Estado terceiro não provoca especial relutância, por outro lado, a sua ausência retoma e agrava dilemas conhecidos.

Com efeito, sabendo que os alvos selecionados são frequentemente elementos de organizações terroristas, as dificuldades referentes à legítima defesa contra atores não estaduais persistem na íntegra. Outrossim, não se perfilhando a tese da guerra contra o terrorismo – isto é, da existência de um conflito armado contínuo e espacialmente ilimitado contra organizações terroristas⁸⁹ –, onde, presumivelmente, o *jus in bello* se aplicaria *ab initio*, a proposição asseveradora da legitimidade destes ataques carece forçosamente de elucidação.

Isto posto, evitando politizar um discurso que se exige jurídico, não será absurdo afirmar que a política de *targeted killings* abraçada pela Administração Obama transformou drasticamente a bitola temporal do combate ao terrorismo.

⁸⁴ Commumente denominados por UAV (*unmanned aerial vehicles*) ou UCV (*unmanned combat vehicles*). Para uma análise “tecnologicamente” promenorizada cf. Qaisrani, 2016, pp. 243-256.

⁸⁵ Tendo como principais “admiradores” os Estados Unidos, o Reino Unido e Israel (ou, mais recentemente, o Paquistão e a Nigéria). Afeganistão, Paquistão, Iémen, Líbia, Iraque, Somália, Síria e Gaza são alguns dos territórios (conhecidos) onde frequentemente se executam operações militares com recurso a drones, cf. Heyns, Akande *et al.*, 2016, p. 792.

⁸⁶ O’Connell, 2011.

⁸⁷ Para além do *jus ad bellum*, a aplicação do *jus in bello* e do direito internacional dos direitos humanos exige particular indagação. Cf. Heyns, Akande *et al.*, 2016, pp. 805-827.

⁸⁸ Para uma descrição minuciosa do tipo de operações levadas a cabo pelos Estados Unidos (com referência também a Israel), sublinhando o papel predominante da CIA na eliminação de “suspeitos” fora das “zonas de guerra”, distinguindo entre “*personality strikes*” (alvos individualizados) e “*signature strikes*” (alvos de caráter grupal), cf. Meisels, 2018, pp. 3-16.

⁸⁹ A famigerada “*War on Terror*”, cunhada por George W. Bush no advento dos ataques do 11 de Setembro. Internamente, sustentou-se na Autorização do Congresso para Usar a Força contra a Al-Qaeda (AUMF), Resolution 23, 107th Congress (2001). Sobre a utilização de drones ao abrigo desta doutrina, cf. Sterio, 2012, pp. 203-205.

Em 2011, após a eliminação de Anwar Al-Awlaki⁹⁰ – cidadão americano e membro destacado da Al-Qaeda –, a divulgação de um Memorando confidencial do Departamento de Justiça norte-americano⁹¹ pôs a nu, entre outros aspetos, os eixos fundamentais do referencial temporal da política de assassinatos seletivos.

Ali se decreta, com meridiana clareza, a dissociação – cada vez mais profunda – entre iminência e proximidade temporal:

pela sua natureza, a ameaça causada pela Al-Qaeda e pelas suas forças associadas exige um conceito amplo de iminência destinado a avaliar a existência de uma ameaça iminente provocada por uma pessoa continuamente envolvida no planeamento de ataques, tornando o uso da força apropriado.⁹²

Ademais, prioriza-se a obtenção de uma limitada “janela de oportunidade” para atuar – determinada pelo potencial sucesso da operação, pela possibilidade de reduzir danos colaterais e pela probabilidade de evitar ataques futuros – em detrimento da exigência de “provas claras” sobre “ataques concretos”.⁹³

Efetivamente, a vinculação da necessidade (leia-se, do clique fatal) ao caráter estatutário da ameaça (isto é, da pertença à Al-Qaeda ou a forças associadas), complementada por considerações de teor exclusivamente não-temporal, torna a iminência num estado perpétuo.⁹⁴ Assim, a pedra de toque da estratégia reside na agregação da iminência à “janela de oportunidade”⁹⁵; isto é, na conversão da proximidade temporal em eficácia militar.⁹⁶

De igual modo, a 21 de Agosto de 2015, o assassinato de Reyaad Khan⁹⁷, cidadão britânico pertencente ao *Daesh*, através de um drone pilotado pela *Royal Air Force*, despoletou a realização de um inquérito à política de *targeted killings* adotada pelo Governo britânico.⁹⁸ Perscrutando o Relatório Final, entre as várias problemáticas glosadas, assume especial relevância a discussão sobre o significado de ataque iminente.

⁹⁰ The Guardian, *Anwar al-Awlaki*, Al-Qaida cleric and top US target, killed in Yemen, 30/09/2011, <https://www.theguardian.com/world/2011/sep/30/anwar-al-awlaki-killed-yemen>.

⁹¹ *Department of Justice White Paper*, Lawfulness of a Lethal Operation Directed Against a U.S. Citizen Who Is a Senior Operational Leader of Al-Qaida or An Associated Force, Drafted 8 November 2011.

⁹² Ibidem, p. 7.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Erakat, 2014, p. 224.

⁹⁵ Veja-se, entre outras afirmações públicas da importância deste termo: *Remarks at Northwestern University School of Law*, 5 March 2012, Attorney General Eric Holder, <https://www.justice.gov/opa/speech/attorney-general-eric-holder-speaks-northwestern-university-school-law>. Mais tarde, pela voz do próprio Presidente: *Remarks by the President at the National Defense University*, 23 May 2013, <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2013/05/23/remarks-president-national-defense-university>.

⁹⁶ A eliminação de Anwar Al-Awlaki constitui o reflexo mais visível dessa premissa: da autorização presidencial ao disparo do míssil pelo drone que liquidou o operacional da Al-Qaeda decorreram (pasmese!) 18 meses. Cf. Erakat, 2014, pp. 225 e ss.

⁹⁷ The Guardian, UK forces kill British Isis fighters in targeted drone strike on Syrian city, 7-09-2015, <https://www.theguardian.com/uk-news/2015/sep/07/uk-forces-airstrike-killed-isis-briton-reyaad-khan-syria>.

⁹⁸ *The Government's policy on the use of drones for targeted killing*, Joint Committee on Human Rights, Second Report of Sessions 2015-2016, HL Paper 141, HC 574.

A posição oficial do Governo, avançada pelo Procurador-Geral, à luz dos novos tempos, aponta, inequivocamente, para a flexibilização do termo:

O caso *Caroline*, como certamente compreenderão, remonta ao século XIX, e estamos agora a falar de circunstâncias muito diferentes. [...] Uma das coisas na qual provavelmente temos de pensar impreterivelmente como sociedade é o que significa a iminência no contexto de uma ameaça terrorista, em comparação com o que acontecia em 1890, quando se podia avaliar a iminência pela quantidade de tropas que se podia ver no horizonte.⁹⁹

Além disso, o Secretário de Estado da Defesa acabaria por concretizar esse entendimento:

A avaliação depende dos factos de cada caso, através de considerações suscetíveis de incluir aspetos como a natureza e a imediatez da ameaça, a probabilidade do ataque, a sua escala e efeitos e a possibilidade de ser evitado sem recurso à força.¹⁰⁰

Ora, apesar de muitas das interrogações levantadas no inquérito não terem ficado cabalmente esclarecidas, este Relatório permitiu dilucidar dois pontos fundamentais: primeiro, a apreciação da iminência – não obstante a flexibilidade interpretativa – requer uma análise casuística, adstrita aos fatores mencionados pelo Secretário da Defesa; depois, a satisfação do “teste da iminência” impõe a verificação de uma ameaça “genuína”, quer quanto à intenção, quer quanto à capacidade para esta se materializar num ataque efetivo.¹⁰¹

Comparativamente, a retórica temporal britânica distancia-se bastante daquela inscrita na política de *targeted killings* norte-americana¹⁰²; contudo, as incongruências justificativas referentes à eliminação de Reyaad Khan parecem ter encurtado esse afastamento.¹⁰³ Seja como for, oficialmente, para o Reino Unido, o uso da força letal num território onde não esteja envolvido num conflito armado apresenta uma índole (r)estritamente excecional.¹⁰⁴

Aqui chegados, sopesando os aspetos enunciados, testemunha-se a nítida aproximação entre esta “nova” iminência e a iminência professada na doutrina *Bush*.¹⁰⁵ Em termos mais precisos, as *targeted killings* fundam-se na dilatação temporal da atuação preventiva, subordinando a legitimidade do uso da força à presunção da ocorrência futura incerta – temporal e espacialmente – de determinado ataque.

⁹⁹ Ibidem, p. 46.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 47.

¹⁰¹ Ibidem, p. 46.

¹⁰² Aliás, contrariamente a Israel e aos Estados Unidos, o Reino Unido recusa a existência (formal) de uma política de *targeted killings*. Ibidem, p. 36.

¹⁰³ Ilustrativamente, o ataque que vitimou *Reyaad Khan* a 21 de agosto de 2015 tinha sido autorizado pelo menos três meses antes, Ibidem, p. 47. Cf., a propósito desta tendência aproximativa, Gray, 2016, pp. 198-204.

¹⁰⁴ *The Government's policy on the use of drones for targeted killing*, p. 37.

¹⁰⁵ Cf. Schuller, 2014, pp. 177 e ss.

Na verdade, a finalidade da inclusão da iminência na narrativa jurídica oficial resulta manifesta: cobrir com a veste lexical da legalidade um conjunto de operações letais manifestamente discutíveis à luz da Carta.¹⁰⁶ Consequentemente, por trás da cortina proclamativa da obediência casta ao Direito Internacional, o expansionismo conceptual da imediatez do tempo resultou num aumento colossal do número de ataques com alarmantes parcelas de danos colaterais.¹⁰⁷

Para terminar, duas notas sobre factos mais recentes. Primeiro, esmiuçando a presidência Trump, destaca-se – entre tantos episódios polémicos – a eliminação do general iraniano Qassem Soleimani. Resultado direto de uma operação militar análoga a um assassinato seletivo – com a diferença substancial de se tratar de um alvo pertencente a uma organização estadual –, a justificação avançada pelos Estados Unidos fundou-se diretamente no Artigo 51¹⁰⁸: o (alegado) padrão comportamental do comandante da força de elite *Al-Quds* configurava uma ameaça iminente.¹⁰⁹ Curiosamente, a exiguidade do circunstancialismo probatório acabaria por revelar-se um tanto ou quanto confrangedora, fazendo lembrar, inevitavelmente, uma profissão de fé.¹¹⁰ Segundo, há pouco tempo, a revogação das sanções impostas ao Tribunal Internacional Criminal¹¹¹ e o anúncio da limitação (hierárquica) da política de *targeted killings*¹¹² denotam bem a pretensão da Administração Biden virar definitivamente a página Trump. Ainda assim, a primeira ação militar ordenada pelo novo Presidente suscita já algum ceticismo. De facto, o bombardeamento de milícias armadas fixadas na Síria, “necessário para a proteção dos interesses americanos contra ataques futuros” e sustentado expressamente no Artigo 51 da Carta, evoca tempos – e argumentos – antigos.¹¹³ Enfim, o ensaio da conceção temporalmente ilimitada da iminência parece constituir incumbência irremissível do cargo presidencial norte-americano. Apetece questionar: água mole em pedra dura tanto bate até que fura?

¹⁰⁶ European Parliament, *Resolution on the Use of Armed Drones* (2014/2567(RSP)), 22 de fevereiro de 2014; Heyns, 2013; Trenta, 2018, pp. 69-93. Com a análise de mais de 900 documentos do CS e do Conselho de Direitos Humanos, estabelecendo a falta de aquiescência em relação à política de *targeted killings* norte-americana (e à contestação expressa da política israelita), cf. Schweiger, 2019, pp. 745 e ss.

¹⁰⁷ Cf. Emmerson, 2014; Boyle, 2013, pp. 1-29.

¹⁰⁸ Carta do Representante Permanente dos Estados Unidos endereçada ao Presidente do CS a 8 de janeiro de 2020, <https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2020/01/united-states-article-51-letter-soleimani.pdf>.

¹⁰⁹ Sobre este episódio, Lopes, 2020, pp. 136-139.

¹¹⁰ The Guardian, *Pompeo scrambles to defend Trump claim killing Suleimani will save US lives*, 5/01/2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/jan/05/mike-pompeo-qassem-suleimani-killing-trump>.

¹¹¹ Antony J. Blinken, Secretary of State, *Ending Sanctions and Visa Restrictions against Personnel of the International Criminal Court*, Press Statement, April 2, 2021.

¹¹² The New York Times, *Biden secretly limits counterterrorism drone strikes*, 03/03/2021, <https://www.nytimes.com/2021/03/03/us/politics/biden-drones.html>.

¹¹³ CNBC, *Biden tells Congress Syria strikes are consistent with U.S. right to self-defense*, 27/02/2021, <https://www.cnbc.com/2021/02/27/biden-tells-congress-syria-strikes-are-consistent-with-us-right-to-self-defense.html>.

3.2. Ciberespaço: o paradoxo digital

A Internet continua a sublimar-se no “oxigénio” do século XXI: dos hospitais ao sistema financeiro, passando pelos programas nucleares, o funcionamento de infraestruturas físicas vitais respira ao ritmo inelutável da rede digital global. Ao longo dos últimos anos, tanto a multiplicação de ataques cibernéticos como o investimento generalizado em redes e programas militares confirmam a suspeita: o ciberespaço protagoniza hoje um papel privilegiado enquanto domínio operacional.

Em Portugal, o Relatório Anual de Segurança Interna de 2020 identificou as operações cibernéticas ofensivas como ameaças globais à segurança, registando a ocorrência de “novos ciberataques contra infraestruturas críticas nacionais, com a finalidade de aceder a informação classificada, com valor político e económico”.¹¹⁴

Juridicamente, as particularidades tecnológicas que conformam o espaço ciber complexificam sobremaneira a aplicação do regime normativo do uso da força.¹¹⁵ Impedidos de tratar todas as interrogações suscitadas, importa deslindar as condições *ratione temporis* para um ataque armado ciber legitimar a invocação preventiva do Artigo 51 da Carta.

Antes de mais, é bom ter em conta que as operações ciber podem assumir uma variabilidade substancial de formas e de efeitos.¹¹⁶ Veja-se, a título ilustrativo, dois episódios emblemáticos. Primeiro, o ataque informático sofrido pela Estónia em 2007, efetivado mediante a interrupção temporária de vários *websites* bancários e governamentais, gerou, entre outros prejuízos, perdas económicas avultadas.¹¹⁷ Mais tarde, a sabotagem cibernética do programa nuclear iraniano, através da introdução do vírus *Stuxnet* nos servidores informáticos das centrais de enriquecimento de urânio, afetou irreversivelmente o funcionamento das centrífugas nucleares.¹¹⁸

Deste modo, rememorando o diagnóstico efetuado no Capítulo I, no plano ciber, as dificuldades inerentes à concretização do termo ataque armado tornam-se especialmente acentuadas. Convém por isso perscrutar o aprofundado trabalho realizado por um grupo internacional de especialistas a respeito do direito internacional aplicável às operações ciber, cujos frutos mais recentes se encontram compilados no Manual de Tallin 2.0.¹¹⁹ Ali

¹¹⁴ Relatório Anual de Segurança Interna (2020), Gabinete do Secretário-Geral, Sistema de Segurança Interna, pp. 98 e ss.

¹¹⁵ Sobre a aplicação do regime do uso da força ao plano cibernético, cf. Schmitt, 2014, pp. 269 e ss.; ver também Dong, 2019, pp. 43 e ss.

¹¹⁶ Com uma bifurcação geral – e tecnologicamente detalhada – assente em “ataques de penetração” (que envolvem a intrusão em sistemas informáticos) e ataques “DoS” (*denial-of-services*, isto é, interruptivos dos serviços de determinado sistema), Nguyen, 2013, pp. 1093-1098.

¹¹⁷ Imputado (alegadamente) a um conjunto de “hacktivistas” russos, exemplificativo de um ataque “DoS”. Sobre o ataque, cf. Remus, 2013, pp. 185 e ss.

¹¹⁸ Este caso é comumente identificado como um ataque de “penetração”, sendo também apontado como o exemplo mais próximo de um ataque armado ciber, cf. Hayward, 2017, pp. 424-425. Contra esta qualificação, Gill & Ducheine, 2013, p. 459.

¹¹⁹ Schmitt, 2017.

se encontra, além da definição de ataque armado ciber¹²⁰, a admissão da legítima defesa contra um ataque armado ciber iminente.¹²¹

Curiosamente, apesar da falta de consenso, o critério temporal ensaiado pelo Grupo Internacional encontra-se arquitetado sobre os pilares do Memorando confidencial do Departamento de Justiça norte-americano. Estabelece-se assim que:

um Estado pode agir em legítima defesa antecipatória contra um ataque armado, seja este ciber ou cinético, quando o agressor está claramente empenhado em lançar um ataque armado e o Estado vítima poderá perder a oportunidade de se defender de forma efetiva se não atuar.¹²²

Ora, ficando a iminência vinculada à “última janela de oportunidade”, cujos vitrais temporais apresentam uma flexibilidade de geometria variável¹²³, não causaria especial surpresa terminar este Capítulo com a repetição das críticas sobre a excessiva subjetividade – e consequente propensão para o abuso – deste parâmetro.¹²⁴

Todavia, as idiossincrasias do espaço ciber merecem três considerações adicionais. Em primeiro lugar, não podemos ignorar o esforço contestativo levado a cabo pelo Grupo Internacional: por um lado, através do afastamento do caráter exclusivamente potencial – e estatutário – das ameaças, repudiando justificações puramente confessionais¹²⁵; por outro lado, trazendo à colação exemplos palpáveis e procurando distinguir as frações temporais que precedem a ocorrência do ataque armado ciber, de forma a facilitar o processo decisório.¹²⁶ Em segundo lugar, a avaliação da iminência cibernética, contrariamente ao que seria de esperar, pode suscitar menor embaraço determinativo. Efetivamente, as operações ciber de especial gravidade apresentam um conjunto de atributos diferenciadores – do caráter altamente personalizado dos *softwares* (e dos alvos escolhidos) à demorada preparação deste tipo de operações – que tornam a apreciação do caráter iminente da ameaça tanto mais sustentada quanto mais esta

¹²⁰ Ibidem, Regra 71. Em suma, uma operação cibernética de especial gravidade; cuja definição se desenha em torno da “escala e dos efeitos” do ataque – com arrimo expresso na pronúncia do TIJ no caso *Actividades militares e paramilitares na Nicarágua e contra esta* (para. 195); quer dizer, operando uma construção analógica entre ataque armado convencional (isto é, não cinético) e ataque armado ciber. Não obstante o reconhecimento da ambiguidade do parâmetro acolhido, o Grupo Internacional de Especialistas enunciou um conjunto de exemplos destinados a materializar a destrinça: por um lado, “os atos de recolha de informações e de roubo cibernéticos, assim como as operações que envolvem a interrupção breve ou periódica de serviços cibernéticos não essenciais” não constituem um ataque armado (geralmente associados a ataques “DoS”, referindo aliás o exemplo do ataque sofrido pela Estónia em 2007); por outro, “uma operação ciber que mata ou fere gravemente várias pessoas, ou que causa danos ou destruição de propriedade” preenche o requisito da “escala e dos efeitos” (avocando como exemplo, ainda que não consensual, o caso *Stuxnet*). Com um critério distinto, assente na natureza “informacional” dos danos, Dong, 2019, p. 61. De forma diversa, desta feita com um critério assente no caráter intencional do dano infligido nos sistemas físicos e cibernéticos, Nguyen, 2013, pp. 124 e ss.

¹²¹ *Tallin Manual 2.0 on the International Law applicable to cyber operations*, Regra 73.

¹²² Ibidem, para. 4.

¹²³ Apesar do critério apresentado ser bastante amplo, o Grupo Internacional assevera que este não representa “uma licença para dispensar totalmente o elemento temporal”. Ibidem, para. 5.

¹²⁴ Ceticismo expressamente partilhado por alguns dos Especialistas do Grupo. Ibidem, para. 9.

¹²⁵ Ibidem, para. 10.

¹²⁶ Ibidem, para. 6.

preencha virtualmente o conceito de ataque armado.¹²⁷ Por último, considerando a crescente proliferação de conflitos híbridos, nos quais as operações cibernéticas se conjugam com operações militares tradicionais¹²⁸, a detecção preliminar daquelas, ainda que não legitime *per se* o exercício da legítima defesa, pode constituir um relevante fator para o cômputo da iminência do ataque convencional.

Ainda na esfera cibernética do Artigo 51, não se afigura despropositada uma referência à doutrina da acumulação dos eventos. Como aponta Azeredo Lopes, trata-se de justificar a invocação da legítima defesa não tendo apenas por referência

um comportamento, mas, antes, uma sucessão de comportamentos coerentes e espalhados no tempo, todos a constituírem uso ilícito da força. Por isso, é a sua consideração como conjunto que reforça a sua gravidade acumulada, equivalente à de um ataque armado.¹²⁹

Significa isto que, se a apreciação unitária de cada um dos comportamentos dificilmente permite justificar a invocação do Artigo 51, o mesmo não se pode dizer da apreciação dos comportamentos como um todo.¹³⁰

Aplicada ao plano ciber, a doutrina da acumulação de eventos assume especial significância.¹³¹ Com efeito, resulta muito mais plausível a ocorrência de incidentes cibernéticos que, individualmente considerados, não satisfaçam a gravidade necessária para constituírem ataques armados. Porém, avaliados de forma global e, naturalmente, atribuíveis ao mesmo autor, a potencial legitimação da resposta em legítima defesa sai substancialmente reforçada.

Recentemente, as instalações nucleares iranianas de *Natanz* foram de novo alvo de um ataque cibernético e, desta feita, as centrifugadoras de enriquecimento de urânio terão ficado – pelo menos parcialmente – destruídas.¹³² Classificando o ataque como um “ato de terrorismo estadual” e imputando-o diretamente a Israel¹³³, o Estado iraniano

¹²⁷ Hayward, 2017, pp. 413 e ss.

¹²⁸ Sobre esta tendência, dois exemplos ilustrativos. Em 2007, Israel bombardeou as instalações nucleares de *Al-Kibar*, localizadas no Norte da Síria. O sucesso da operação deveu-se, entre outros fatores, à prévia neutralização cibernética do sistema de defesa antiaéreo sírio. Um ano depois, a Rússia, durante o conflito armado que travou com a Geórgia, também lançou mão de operações militares cibernéticas. Cf., Gill & Ducheine, 2013, pp. 461-463; *Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia*, vol. II, September 2009, pp. 217-219.

¹²⁹ Lopes, 2020, pp. 91-93. Sobre a aparente inclinação do TIJ para a aceitação desta doutrina cf. *Actividades militares e paramilitares na Nicarágua e contra esta*, para. 231; *Plataformas Petrolíferas*, para. 64; *Atividades Armadas no território do Congo*, para. 146.

¹³⁰ Como clarifica Yoram Dinstein: “Este é um caso em que o todo (a série de actos que totalizam o ataque armado) é maior do que a soma das suas partes (actos isolados, nenhum dos quais por si só constitui um ataque armado)” (Dinstein, 2017, p. 211).

¹³¹ *Tallin Manual 2.0 on the International Law applicable to cyber operations*, Regra 71, para. 11.

¹³² The Guardian, *Natanz nuclear plant attack “will set back Iran’s programme by nine months”*, 12/04/2021, <https://www.theguardian.com/world/2021/apr/12/iran-blames-israel-attack-natanz-nuclear-plant>.

¹³³ Carta de *Javad Zarif*, Ministro dos Negócios Estrangeiros Iraniano, dirigida ao Secretário-Geral das Nações Unidas, 12-04-21. Para a resposta do Primeiro-Ministro israelita, sem aceitar a autoria do referido ataque, <https://www.defense.gov/Newsroom/Transcripts/Transcript/Article/2569480/secretary-of-defense-austinremarks-with-israeli-prime-minister-netanyahu-in-je/>. Cf. também, sobre o episódio, Comunicado conjunto da França, Alemanha e Reino, a 14 de abril de 2021,

declarou – de forma inusitada – reservar “o direito de responder ao abrigo do Artigo 51 da Carta”.¹³⁴ Terá o Irão invocado, pela primeira vez, ter sido vítima de um ataque armado ciber?

Supondo que o ataque foi perpetrado por Israel, a eventual resposta admite dois juízos diferenciados. Primeiro, não repugna, à luz do Manual de Tallin, conceber a destruição de centrifugadoras nucleares, por si só, como um ataque de especial gravidade. Depois, olhando para o passado mais hodierno, se acrescentarmos o carimbo israelita ao ataque do vírus *Stuxnet* e ao recente assassinato do cientista chefe do programa nuclear iraniano¹³⁵, a invocação do Artigo 51 sugere ainda duas leituras não excludentes: por um lado, a gravidade acumulada desta sequência de eventos, analisada como um todo, parece aproximar-se do patamar do ataque armado¹³⁶; por outro lado, perante a frequência e a gravidade progressiva desta série de episódios, não soa absurda a previsão da ocorrência futura de um novo ataque, quiçá iminente, legitimador de uma atuação antecipatória.¹³⁷

Enfim, na arena ciber, onde as operações se pautam ao ritmo de pulsações temporais ínfimas, a afinação da iminência pode tornar-se antagonicamente mais simples. Não obstante a falta de sintonia em torno de um critério marcado pela falta de temporalidade – subordinado, essencialmente, à eficácia da atuação preventiva –, as ameaças cibernéticas de especial gravidade – quando detetadas – tendem a sobressair de forma mais conspícua, facilitando a corroboração do juízo de prognose póstuma. Em todo o caso, só o tempo e a vontade prática estadual poderão amadurecer juridicamente este “novo” domínio operacional.

<https://basedoc.diplomatie.gouv.fr/vues/Kiosque/FranceDiplomatie/kiosque.php?fichier=baen2021-04-14.html#Chapitre2>.

¹³⁴ Declarações do porta-voz do ministério dos Negócios Estrangeiros Iraniano, 12-04-21, <https://en.mfa.ir/portal/playvideos/15775>.

¹³⁵ O físico nuclear terá sido assassinado por uma metralhadora equipada com um sistema inteligente controlado por satélite. Sobre a insólita operação cf. <https://www.theguardian.com/world/2020/dec/07/mohsen-fakhrizadeh-iran-says-ai-and-satellite-controlled-gun-used-to-kill-nuclear-scientist>.

¹³⁶ Cf., confirmativa desta tese, Carta enviada pelo MNE iraniano ao Secretário-Geral das Nações Unidas a 12 de abril de 2021. De facto, nessa comunicação aborda-se expressamente o conjunto de operações levadas a cabo pelo regime israelita contra o Irão ao longo dos últimos anos.

¹³⁷ Gill & Ducheine, 2013, p. 467.

Capítulo III – A instrumentalização da imediatez do tempo

Aqui chegados, resulta indubitável o lugar da iminência na legitimação do uso unilateral da força. Sem embargo, a sua tradução jurídica continua a representar um processo nebuloso, cujo único aspeto consensual é tão somente a falta de consenso. Neste último Capítulo, mais do que descortinar uma definição universal, compete reformular a célebre interrogação de Shakespeare, indagando: *What is not in a name?*

Ora, antes de mais, aceitando-se a legítima defesa antecipatória, a iminência surge como bússola temporal legitimadora. Quer isto dizer que o uso unilateral da força contra um putativo ataque armado apenas se considera lícito a partir do momento em que esse ataque se torna iminente. Independentemente da falta de concertação, os pontos cardeais desse momento fundam-se no caso *Caroline*, materializando-se em dois elementos interdependentes: por um lado, o fator temporal, construído sobre a imediatez da ameaça do ataque; por outro, a natureza avassaladora da ameaça, subordinada à acentuada probabilidade da sua concretização.

Daqui se extraem dois vetores essenciais, continuamente densificados pelas práticas e reações estaduais ao longo do tempo: primeiro, a imediatez da ameaça, não sendo quantitativamente distinguível, reporta-se a um futuro relativamente próximo; depois, apesar da probabilidade da concretização não se confundir com a certeza, aquela será tanto mais próxima desta quanto mais se tratar de uma ameaça específica e reconhecível. Portanto, *a contrario*, o reduto tradicional da iminência não se compadece nem com a flexibilidade ilimitada do fator temporal, nem com a exoneração do fator probabilístico do ataque.

Mais adiante, o século XXI veio complexificar a aferição casuística da iminência, quer graças à imprevisibilidade das novas ameaças, à clandestinidade dos seus protagonistas e, sobretudo, à gravidade das suas consequências, quer em virtude da trivialização da projeção territorial do uso da força, consequência primacial do acesso a tecnologia militar que outrora se imaginava impensável. Perante a nova conjuntura, já não bastava reagir ativamente,urgia atuar antecipadamente.

Partindo desse postulado, e de forma a conservar legítimas as respostas militares de pendor preventivo, os Estados Unidos envidaram esforços para alargar o pressuposto temporal legitimador. Nessa aceção, a imediatez deu lugar ao futuro mais ou menos distante e a natureza avassaladora converteu-se em natureza vaga e difusa. Como se procurou demonstrar, essa versão irrestrita do termo está longe de reunir o aval da Comunidade Internacional. De facto, exonerado o fator temporal e enfraquecido o cálculo probabilístico, dificilmente se distinguem os traços nucleares da iminência.

Veja-se, demonstrativa dessa premissa, a posição inscrita no Relatório Final da Missão de Inquérito Internacional Independente sobre o Conflito na Geórgia em 2008, a propósito das alegações recíprocas sobre a iminência dos ataques:

Há consenso que o critério decisivo é a realidade objetiva da ameaça por oposição a uma ameaça meramente presumida de um ataque armado. Nesta base, devem distinguir-se duas situações: primeiro, a existência de um ataque objetivamente verificável, concretamente iminente. A segunda situação é aquela em que não existe um ataque iminente objetivamente verificável, mas uma ameaça potencial ou abstrata que pode corresponder a um ataque iminente pela determinação subjetiva do Estado que se sente ameaçado.¹³⁸

De outra forma, como condensa Noam Lubell:

A noção de iminência constrói-se em torno da necessidade de responder com urgência a uma ameaça concreta e conhecida que, na ausência de atuação imediata, se vai materializar num ataque específico e identificável. A ideia de agir para evitar uma ameaça vaga e indeterminada não pode, portanto, ser abrangida pelo conceito de iminência.¹³⁹

Ora, considerando que a iminência representa um juízo de prognose póstuma, o busílis da questão desagua na corroboração desse juízo. Outrora, as movimentações transfronteiriças de exércitos – e de barcos ou aviões militares – constituíam indícios decisivos para identificar um ataque iminente; hoje, como se foi constatando, o processo prospetivo resulta bem mais intrincado.

Assim, sendo impraticável a instituição de um critério probatório categórico¹⁴⁰ – o que aliás tornaria inócuo o conceito de iminência –, o cálculo probabilístico deve sustentar-se em provas “claras e convincentes”.¹⁴¹ Tal entendimento sai reforçado não só pela pronúncia do TIJ em 1997¹⁴², mas sobretudo pelo Comentário (posterior) da CDI ao artigo 25.º do PARI a propósito da iminência.¹⁴³ Aí se reafirma, na esteira do que tinha sido fixado pelo Tribunal:

o perigo deve ser objetivamente estabelecido e não meramente apreendido como possível. Além de ser grave, o perigo deve ser iminente no sentido de próximo. [...] uma dose de incerteza sobre o futuro não desqualifica necessariamente um Estado para invocar o estado de necessidade, se o perigo for estabelecido claramente com base nas provas razoavelmente disponíveis na altura.¹⁴⁴

¹³⁸ *Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia*, pp. 254 e ss.

¹³⁹ Lubell in Weller, 2015, p. 11.

¹⁴⁰ Ibidem, pp. 21 e ss.

¹⁴¹ O’Connell, 2002, pp. 19-36.

¹⁴² *Supra* Nota 61.

¹⁴³ Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts, with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, Part Two, 2001.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 83.

Abstraindo-nos, por ora, da variável temporal, ponderemos o parâmetro probatório. Se a avaliação da iminência insertada no estado de necessidade requer um juízo de razoabilidade, por maioria de razão, não menos razoável pode ser o critério designado para avaliar a iminência no plano do uso da força. Com efeito, ainda que se admita algum grau de incerteza, a determinação de um ataque iminente deve ser feita a partir de um juízo claro e coerente, suportado pelo conjunto de provas objetivas à data razoavelmente disponíveis.

Por esse motivo, também aqui a “nova” iminência abre o flanco a incongruências: quanto mais se expande a escala temporal e se prioriza o caráter presuntivo das ameaças, mais portas se abrem para a realidade desmentir a previsão. De facto, as decisões militares estaduais, cronicamente escudadas em argumentos de segurança nacional, pautam-se pela falta de escrutínio e transparência. Permitam-nos a provocação: será que o debate sobre a iminência se colocaria hoje nos mesmos moldes se em 2003 tivessem sido encontradas armas de destruição massiva no Iraque?

Enfim, a metamorfose conceptual da iminência tem servido de álibi terminológico para escusar usos diferenciados da força que transpõem os limites temporais comumente reconhecidos pela maioria dos Estados. Melhor dizendo, a convocação da imediatez do tempo tem sido instrumentalizada em prol de atuações preventivas dificilmente toleráveis.

Naturalmente, não se pretende propugnar uma visão conservadora ou petrificada da iminência. Aquilo que se sugere é imaginar a iminência como uma balança constituída por dois pratos interligados: de um lado, o prato da imediatez do tempo, do outro, o prato do caráter avassalador da ameaça. A bem dizer, cada um dos pratos fica subordinado à massa probatória, cujo peso exigível se situa na ordem de grandeza das provas claras e convincentes. Virtualmente, o ponto de equilíbrio entre os dois pratos representa o momento temporal a partir do qual a atuação militar preventiva se considera legítima.

Ora, à luz das novas ameaças e da revolução tecnológica, a interpretação desse ponto de equilíbrio exige alguma atualização, sob pena de converter a iminência num requisito absolutamente arcaico. De qualquer forma, tal não significa trocar – e muito menos abandonar – a balança, antes flexibilizar a articulação entre os seus dois pratos.

Por conseguinte, sempre que se pretenda retirar algum peso à imediatez do tempo terá de adicionar-se massa probatória ao prato da ameaça. Tal enunciação implicaria decompor a ameaça em critérios objetiváveis, provando que, contempladas todas as suas circunstâncias – natureza, gravidade, capacidade de quem a gera e eventual

impossibilidade de lhe pôr termo em momento subsequente¹⁴⁵ –, procede demonstrável, de forma pública e convincente, a satisfação do ponto de equilíbrio.

De facto, em última instância, tudo se reduz ao dilema probatório:

A determinação da “iminência” cabe em primeiro lugar ao Estado relevante, mas deve ser feita de boa-fé e com base em razões objetivas [...] Quanto mais abrangente, e quanto mais irreversíveis forem as suas ações externas, mais um Estado deve aceitar (tanto interna como externamente) o fardo de mostrar que as suas ações eram justificáveis com base nos factos. E deveriam existir procedimentos internos adequados para a avaliação das informações e salvaguardas processuais adequadas.¹⁴⁶

Na sequência deste repto, cumpre ressaltar a proposta avançada por Thomas R. Anderson, assente na criação do Tribunal Internacional de Avaliação de Ameaças.¹⁴⁷ Em bom rigor, tratar-se-ia de instituir, sob os auspícios do CS, um fórum judicial com vocação militar – quer dizer, um painel internacional de juristas especializados. Concretamente, nesse órgão, os processos desenvolver-se-iam à porta fechada e sem contraditório, cabendo aos Estados peticionários apresentar indícios sobre a iminência das ameaças contra as quais pretendam atuar preventivamente. Sem delonga, e em função da *intelligence* examinada¹⁴⁸, o Tribunal emitiria – preferencialmente *ex ante* – um parecer não vinculativo sobre a legitimidade do uso unilateral da força.¹⁴⁹

Reconhecendo o carácter ímpar desta sugestão, não podemos deixar de lhe apontar algumas brechas. Primeiro, tendo em conta que o painel se estabeleceria por intervenção do CS, seria praticamente impossível impedir a politização da escolha dos seus membros. Depois, e sem embargo do seu meritório modo de funcionamento, fica por decifrar a conformação desta abordagem às políticas de *targeted killings*: um parecer para cada alvo ou uma licença ininterrupta? E, paradoxalmente, não será a primeira alternativa pouco praticável e a segunda pouco sustentável?

De todo modo, a longo prazo, independentemente das suas lacunas, esta solução teria o considerável benefício de permitir gerar um pergaminho jurisprudencial sobre a iminência.

Quanto a nós, consideramos que o caminho pode residir no estabelecimento de uma presunção *juris tantum* sobre a ilicitude do uso da força contra ataques iminentes. Na prática, a legítima defesa preventiva considerar-se-ia ilegal até prova em contrário,

¹⁴⁵ Bethlehem, 2012; Wilmschurst, 2006, p. 967; Leiden Policy Recommendations on Counter-Terrorism and International Law, *Netherlands International Law Review*, vol. 57, no. 3, December 2010, p. 13.

¹⁴⁶ Wilmschurst, 2006, p. 968.

¹⁴⁷ Anderson, 2010, pp. 261-294.

¹⁴⁸ Particularmente ilustrativo do *modus operandi* deste órgão: “Imagine o Tribunal a avaliar a ameaça do Iraque no final de 2002, após uma petição dos EUA e do Reino Unido – os juízes teriam de examinar as imagens de satélite e intercetar as transmissões e os relatórios dos inspetores das Nações Unidas. Este é um trabalho altamente especializado e exigirá juízes competentes nesta prática”. Ibidem, p. 287.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 288.

cabendo ao Estado “agressor” demonstrar – de forma clara e convincente – o caráter iminente da ameaça. Tal proposição, porventura inscrita numa Resolução do CS, representaria a colocação de uma espada de Dâmocles sobre as cabeças estaduais.

Embora constituindo uma medida politicamente mais exigente, permitiria desenvolver um triplo propósito. Primeiro, o risco de não ver a presunção elidida refrearia decisões militares pouco sustentadas. De facto, idealmente, o uso unilateral da força ficaria limitado aos casos em que fosse possível aduzir indícios credíveis e substanciados a respeito da iminência da ameaça. Ao mesmo tempo, sairia reforçado o cumprimento do requisito da necessidade, já que os Estados se sentiriam compelidos a intensificar meios não coercivos antes de recorrer preventivamente à força.

Depois, operacionalizando-se na esfera do Artigo 51, fortaleceria o escrutínio e a transparência das decisões estaduais. Na verdade, os Estados ficariam obrigados a comunicar não só as medidas militares adotadas em legítima defesa, mas também as provas legitimadoras da atuação preventiva, cabendo ao CS, sopesando a solidez dos argumentos evocados, ajuizar *ex post facto* a (i)licitude do uso unilateral da força. Desse modo, não tolerando uma postura estadual passiva, deixaria de ser admissível, por definição, transportar a iminência para limites insindicáveis.

Por último, e ainda na senda do propósito anterior, serviria fundamentalmente para restaurar o papel nevralgico do CS no sistema de segurança coletiva: por um lado, forçando os Estados a remeter ao CS a função de enfrentar ameaças menos imediatas¹⁵⁰; por outro, favorecendo a adoção de respostas preventivas de pendor multilateral, em detrimento de respostas puramente unilaterais passíveis de desencadear o regime da responsabilidade internacional.

Enfim, entre a constância e a rutura, o metamorfismo da normatividade temporal representa hoje um dos desafios mais complexos ao princípio da proibição do uso da força. Ironicamente, muito para lá da querela etimológica, o futuro da iminência é também o futuro da paz e da segurança internacionais. Afinal, só impedindo que o requisito legitimador se transforme em pretexto justificativo se cumprirá o espírito da Carta.

¹⁵⁰ Cf. *A more secure world: Our shared responsibility*, Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change, 2004, p. 55.

Conclusão

Segundo o Grande Dicionário da Língua Portuguesa, a iminência, na sua derivação adjetival, traduz “o que está quase a cair sobre alguém ou alguma coisa; que ameaça acontecer brevemente”.¹⁵¹ Do ponto de vista jurídico-internacional, enquanto pressuposto medular da legítima defesa preventiva, exprime uma necessidade “imediate, avassaladora, não permitindo qualquer escolha de meios ou momento para deliberar”.¹⁵² É justamente na interseção entre estas duas significações que emerge o reduto mais esgrimido deste conceito: a proximidade temporal (ou, noutros termos, a imediatez do tempo).

Procurámos demonstrar, com o desenvolver da investigação, a progressiva mutação desse reduto. Com efeito, formalmente iniciada pelos Estados Unidos no pós-11 de setembro, e pese embora a sua rejeição na guerra do Iraque em 2003, a erosão do elemento temporal foi-se desenhando à imagem das ameaças terroristas e das armas de destruição massiva. Concomitantemente, a revolução tecnológica militar, máxime a prática de assassinatos seletivos com recurso a drones, veio aprofundar o fosso entre as atuações preventivas e a proximidade temporal das ameaças. Demais, complexificada pela eclosão de novos domínios operacionais, mormente o espaço ciber, a determinação da iminência tem-se distanciado cada vez mais das suas raízes tradicionais. Resumindo numa frase o seu trajeto invocativo: outrora circunstância imperiosa de caráter excecional, hoje em regra nem sempre distinguível da simples oportunidade.

Sob outra perspetiva, no quadro global do *jus ad bellum*, as invocações contemporâneas da iminência remetem-nos para as teses medievais da guerra justa.¹⁵³ Realmente, como procurámos evidenciar, a iminência desempenha hoje um papel muito mais próximo de “causa justa da guerra” do que de exceção necessária da legítima defesa. Da autotutela de direitos à proteção de interesses soberanos, a cobertura da proximidade temporal tem servido para quase tudo nas entorses ao princípio do Artigo 2, n.º 4 da Carta.

Sublinhamos, pelo exposto, a necessidade de salvaguardar os pilares cardinais da iminência. Advogamos ainda que, ante o fluir da realidade, apenas a apresentação de provas claras e convincentes sobre a natureza avassaladora da ameaça pode justificar a flexibilização relativa do seu elemento temporal. Nessa lógica, propusemos a adoção de uma presunção relativa de ilicitude, através do CS, sancionatória do uso unilateral da força contra ataques iminentes. De facto, perante a tendência da autolegitimação

¹⁵¹ Morais Silva, 1948-1959, p. 849.

¹⁵² *Supra*, Nota 22.

¹⁵³ Pureza, 1995, pp. 67-75.

insindicável, obrigar os Estados a “prestar contas” representaria um passo importante na limitação do recurso individual à força nas relações internacionais.

Sendo a iminência um conceito tão caro ao Direito Internacional, ficaram por percorrer vários dos seus caminhos. Por exemplo: como delinear o requisito do perigo iminente na apreciação do estado de necessidade? Que dizer das ameaças iminentes aos Direitos Humanos, particularmente aquelas provocadas pelas alterações climáticas? Poderá considerar-se iminente o risco de nova pandemia global?¹⁵⁴ Ou, quase utopicamente, de que forma se harmonizarão todas estas variações jurídico-internacionais do conceito de iminência?

Enfim, para terminar, regressemos ao começo. Como lembra François Ost: “o verdadeiro detentor do poder é aquele que está em condições de impor aos outros componentes sociais a sua construção temporal”.¹⁵⁵ Talvez aqui resida um dos desígnios mais prementes do Direito Internacional: a construção coletiva do tempo.

¹⁵⁴ *The Global Risks Report*, 16th Edition, Insight Report, World Economic Forum, 2021, p. 7. Curiosamente, neste relatório atribui-se um lapso temporal de 2 anos para a concretização das ameaças indicadas como iminentes.

¹⁵⁵ Ost, 1999, p. 26.

Bibliografia

- AKANDE, D. & LIEFLANDER, T. (2013). Clarifying necessity, imminence, and proportionality in the Law of Self-Defense, *The American Journal of International Law*, vol. 107, no. 3, pp. 563-570.
- ALDER, M.C. (2013). *The inherent right of self-defence in International Law*. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice Series, book 19. Springer.
- ANDERSON, T.R. (2010). Legitimizing the new imminence: Bridging the gap between the just war and the Bush doctrine. *Georgetown Journal of Law and Public Policy*, vol. 8, no. 1, pp. 262-293.
- AREND, A.C. (2003). International Law and the preemptive use of military force. *The Washington Quarterly*, Spring 2003, pp. 89-103.
- BADALIČ, V. (2020). *The war against vague threats: The redefinitions of imminent threat and anticipatory use of force*. Security Dialogue Blog. <https://blogs.prio.org/SecurityDialogue/2020/09/the-war-against-vague-threats-the-redefinitions-of-imminent-threat-and-their-impact-on-anticipatory-use-of-force-in-the-war-on-terror/>.
- BETHLEHEM, D. (2012). Self-defense against an imminent or actual armed attack by non-State actors. *American Journal of International Law*, vol. 106, no. 4, pp. 770-777.
- BORDELON, C. (2005). The illegality of the U.S. Policy of preemptive self-defense under International Law. *Chapman Law Review*, vol. 9, pp. 111-146.
- BOYLE, M.J. (2013). The costs and consequences of drone warfare. *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944-)*, vol. 89, pp. 1-29.
- BROWNLIE, I. (1963). *International Law and the use of force by States*. New York: Oxford University Press.
- BUZAN, B. & GONZALEZ-PELAEZ, A. (2005). "International community" after Iraq. *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944)*, vol. 81, no. 1, pp. 31-52.
- CANOTILHO, J.J.G. & MOREIRA, V. (2010). *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, 4.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- DINSTEIN, Y. (2017). *War, aggression and self-defense*, Sixth Edition. Cambridge: Cambridge University Press.
- DONG, Y. (2019). The jus ad bellum in cyberspace: Where are we now and what next? *New Zealand Journal of Public International Law*, vol. 17, no. 1, pp. 41-67.
- ERAKAT, N. (2014). New imminence in time of Obama: The impact of targeted killings on the law of self-defense. *Arizona Law Review*, vol. 56, pp. 195-247.
- FRANCK, T.M. (1970). Who killed article 2(4)? Or: changing norms governing the use of force by states. *The American Journal of International Law*, vol. 64, no. 5, pp. 809-837.

- GILL, T.D. & DUCHEINE, A.L. (2013). Anticipatory self-defense in the cyber context. *International Law Studies (Naval War College)*, vol. 89, pp. 438-471.
- GRAY, C. (2016). Targeted killings outside armed conflict: A new departure for the UK? *Journal on the Use of Force and International Law*, vol. 3, no. 2, pp. 198-204.
- GUEDES, A.M. (1982). *Direito Internacional público*, Lições do 4.º ano jurídico. Faculdade de Direito de Lisboa.
- HAYWARD, R.J. (2017). Evaluating the “imminence” of a cyber attack for purposes of anticipatory self-defense. *Columbia Law Review*, vol. 117, pp. 399-434.
- HENDERSON, C. (2004). The Bush doctrine: From theory to practice. *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 9, no. 1, pp. 3-24.
- HEYNS, C., AKANDE, D., *et al.* (2016). The International Law framework regulating the use of armed drones. *International and Comparative Law Quarterly*, October 2016, pp. 791-827.
- KURZMAN, D. (1970). *Genesis 1948: The first Arab-Israel war*. World Publishing Company.
- LEHTO, M. (2018). The fight against ISIL in Syria. Comments on the recent discussion of the right of self-defence against non-State actors. *Nordic Journal of International Law*, vol. 87, pp. 1-25.
- LESAFFER, R. (2015). Too much history: From war as sanction to the sanctioning of war. In Weller, M. (ed.). *The Oxford handbook of the use of force in International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- LOPES, J.A.A. (2003). *Entre solidão e intervencionismo: Direito de autodeterminação dos povos e reacções de estados terceiros*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2003.
- LOPES, J.A.A. (2020). Uso da força e Direito Internacional: Direito em tempos de cólera. In Lopes, J.A.A. (coord.) *Regimes jurídicos internacionais*, vol. I. Porto: Universidade Católica Editora.
- LUBELL, N. (2015). The problem of imminence in a uncertain world. In Weller, M. (ed.). *The Oxford handbook of the use of force in International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- MEISELS, T. (2018). Targeted killing with drones? Old arguments, new technologies? *Journal of Philosophy & Society*, vol. 29, pp. 3-16.
- MORAIS SILVA, A. (1948-1959). *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, vol. V, 10.^a Edição. Lisboa: Editorial Confluência.
- MÜLLERSON, R. (2019). Self-defence against armed attacks by non-State actors. *Chinese Journal of International Law*, pp. 751-775.
- NGUYEN, R. (2013). Navigating *jus ad bellum* in the age of cyber warfare. *California Law Review*, vol. 101, pp. 1079-1129.
- O’CONNELL, M.E. (2011). *Seductive drones: Learning from a decade of lethal operations*. *Journal of Law, Information and Science and Faculty of Law*, Notre Dame Law School.

- O'CONNELL, M.Y. (2002). Evidence of terror. *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 7, no. 1, pp. 19-36.
- OST, F. (1999). *O tempo do Direito*. Instituto Piaget.
- PUREZA, J.M. (1994-1995). Da guerra justa à guerra justificada? *Política Internacional*, vol. 1, n.º 10, pp. 67-92.
- QAISRANI, I.H., *et al.* (2016). *Unmanned aerial vehicles: A revolution in the making*. *Journal of South Asian Studies*, vol. 31, no. 2, pp. 243-256.
- RAMOS, P.S. (2018). O artigo 51 da Carta das Nações Unidas e os agentes não-estatais: Breve reflexão conceitual à luz das atividades armadas no território do Congo. In Duarte, M.L., & Lencio, R.T. (coords.). *Direito Internacional e o uso da força no século XXI*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa Editora.
- REMUS, T. (2013). Cyber-attacks and International Law of armed conflicts: A “jus ad bellum” perspective. *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 8, no. 3, pp. 179-189.
- ROCKEFELLER, M.L. (2004). The imminent threat requirement for the use of preemptive military force: is it time for a non-temporal standard. *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 33, pp. 131-149.
- SCHMITT, M.N. (ed.) (2017). *Tallin manual 2.0 on the International Law applicable to cyber operations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SCHMITT, M.N. (2014). The law of cyber warfare: *Quo vadis?* *Stanford Law and Policy Review*, vol. 25, pp. 269-299.
- SCHULLER, A.L. (2014). Inimical inceptions of imminence, new approach to anticipatory self-defense under the law of armed conflict. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 18, no. 2, pp. 161-206.
- SCHWEIGER, E. (2019). “Targeted killing” and the lack of acquiescence. *Leiden Journal of International Law*, vol. 32, pp. 741-757.
- SHAW, M. (2017). *International Law*, Eighth Edition. Cambridge University Press.
- SOFAER, A.D. (2003). On the necessity of pre-emption. *European Journal of International Law*, vol. 14, no. 2, pp. 29-226.
- STERIO, M. (2012). The United States use of drones in the war on terror: The (il)legality of targeted killings under international law. *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 45, pp. 197-214.
- TAVARES, M.I. (2015). *Guerras e responsabilidade, a intervenção militar no Iraque em 2003*. Porto: Universidade Católica Editora.
- TOTTEN, M. (2007). Using force first: Moral tradition and the case for revision. *Stanford Journal of International Law*, vol. 43, pp. 95-126.

- TRENTA, L. (2018). The Obama administration's conceptual change: Imminence and the legitimization of targeted killings. *European Journal of International Security*, vol. 3, pp. 69-93.
- WHEELER, N.J. (2003). The Bush doctrine: The dangers of exceptionalism in a revolutionary age, *Asian Perspective*, vol. 27, no. 4: Special Issue on the Bush Doctrine and Asia, pp. 183-216.
- WILMSHURST, E. (2006). The Chatham House principles of International Law on the use of force in self-defence. *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, no. 4, pp. 963-972.
- WOOD, M. (2013). International Law and the use of force: What happens in practice? *Indian Journal of International Law*, vol. 53, pp. 345-367.

Relatórios e documentos oficiais

- A more secure world: Our shared responsibility*, Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change, 2004.
- Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts, with commentaries*, Yearbook of the International Law Commission, vol. II, Part Two, 2001.
- In larger freedom: Towards development, security and human rights for all*, Report of the Secretary-General, Koffi Annan, 21 March 2005.
- Independent international fact-finding mission on the conflict in Georgia*, vol. II, September 2009.
- Lawfulness of a lethal operation directed against a U.S. citizen who is a senior operational leader of Al-Qaida or an associated force, *Department of Justice White Paper*, Drafted 8 November 2011.
- Leiden Policy recommendations on counter-terrorism and International Law, *Netherlands International Law Review*, vol. 57, no. 3, December 2010.
- Present problems of the use of armed force in International Law*, Institut de Droit International, 10 A Resolution EN, Self-Defence, 27 October 2007.
- Relatório anual de segurança interna*, Gabinete do Secretário-Geral, Sistema de Segurança, 2020.
- Report of the special rapporteur on extra-judicial, summary or arbitrary executions*, A/68/382, 13 September 2013.
- Report of the special rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, A/HRC/25/59, 11 March 2014.
- Standing rules of engagement/standing rules for the use of force for US forces*, Chairman of the Joint Chiefs of Staff, Instruction No. 3121.01B, 13 June 2005.

The global risks report, 16th Edition, Insight Report, World Economic Forum, 19 January 2021.

The Government's policy on the use of drones for targeted killing, Joint Committee on Human Rights, Second Report of Sessions 2015-2016, HL Paper 141, HC 574.

The national security strategy of the United States of America, White House, Washington, September 2002.

The report of the Iraq inquiry, Executive Summary, Report of a Committee of Privy Counsellors, HC 264, 6 July 2016.

Jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça

Actividades armadas no território do Congo (República Democrática do Congo c. Uganda), acórdão, 19 de dezembro de 2005, ICJ Reports 2005.

Actividades militares e paramilitares na Nicarágua e contra esta (Nicarágua c. Estados Unidos da América), acórdão, 27 de junho 1986, ICJ Reports 1986.

Consequências jurídicas da construção de um muro no território ocupado da Palestina, parecer consultivo, 9 de julho de 2004, ICJ Reports 2004.

Gabcíkovo-Nagymaros, (Hungria c. Eslováquia), acórdão, 25 de setembro de 1997, ICJ Reports 1997.

Legalidade da ameaça ou uso de armas nucleares, parecer consultivo, 8 de julho de 1996, ICJ Reports 1996.

Plataformas petrolíferas (República Islâmica do Irão c. Estados Unidos da América), acórdão, 6 de novembro de 2003, ICJ Reports 2003.

A responsabilidade civil decorrente de acidentes
causados por veículos autónomos

Gonçalo Maria Brito e Faro de Almeida Garrett

Sob a orientação do Professor
Doutor Nuno Sousa e Silva

Agradecimentos

Agradeço a Deus por ser a minha força na fraqueza, a minha calma no desespero, a certeza nos momentos de dúvida.

Agradeço também aos meus pais e irmãos pela compreensão da ausência, pelo apoio nos momentos de desânimo e pela exigência com que sempre me ensinaram a pautar a minha vida.

Agradeço ainda ao meu orientador, o Exmo. Sr. Professor Doutor Nuno Sousa e Silva, pela disponibilidade e dedicação sempre demonstrada, pelas indicações generosas ao longo de todo o estudo e por incentivar-me a ir mais longe.

Agradeço à Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto, a todos os professores que me acompanharam ao longo da licenciatura e do mestrado, pela mestria com que me ensinaram, e pelo gosto que me incutiram pelo Direito.

À Machado, Sarmento – Sociedade de Advogados, na pessoa dos seus sócios e advogados, pela oportunidade concedida de experimentar o Direito na sua vertente prática, pela simpatia e disponibilidade em ensinarem-me o dia a dia do Direito, e pela compreensão neste ano de dissertação, o meu muito obrigado.

À Rosário por acreditar tanto em mim, e por ser o apoio certo na hora incerta.

Aos meus amigos por tornarem mais fácil este caminho longo.

Resumo

Vivemos o advento de uma nova era marcada pela transformação digital do mundo como o conhecemos. Os veículos autónomos são uma manifestação dessa transformação, e não são mais um sonho de ficção científica, mas uma realidade eminente.

Com a entrada em cena dos veículos autónomos, cabe ao Direito uma tarefa fundamental: a regulação desta tecnologia, garantindo que dela é feita a melhor utilização possível, por forma a gerar na população a confiança necessária para a sua utilização.

Tal confiança da população está intimamente ligada com reparação dos danos que possam ser causados por esses veículos autónomos.

Com o presente trabalho pretendemos demonstrar de que maneira é que o atual sistema de responsabilidade civil está preparado para acautelar a responsabilidade civil decorrente de acidente provocado por veículo autónomo, pelo que testaremos as diversas vias de responsabilização que o nosso ordenamento jurídico nos oferece.

Palavras-chave: responsabilidade civil; Inteligência Artificial; veículos autónomos.

Abstract

We are living the advent of a new era marked by the digital transformation of the world as we know it. Autonomous vehicles are a manifestation of this transformation, and are no longer a science fiction dream, but an imminent reality.

With the advent of autonomous vehicles, the Law has a fundamental task: to regulate this technology, ensuring that the best possible use is made of it, in order to generate the necessary confidence to promote its use.

This is closely linked to the liability for damage that can be caused by these autonomous vehicles.

With this dissertation, we consider how the current civil liability system is prepared to cover liability arising from an accident caused by an autonomous vehicle, exploring the various grounds of liability that the Portuguese legal system establishes.

Keywords: civil liability; Artificial Intelligence; autonomous vehicles.

Lista de siglas e abreviaturas

al.	Alínea
Art(s).	Artigo(s)
CA	Condução Autónoma
CC	Código Civil
Cfr.	Confronte
DL	Decreto-Lei
IA	Inteligência Artificial
n.	nota de rodapé
n.º	número
p.	página
pp.	páginas
proc.	Processo
ResPe	Resolução do Parlamento Europeu, que contém disposições de Direito Civil sobre Robótica, de 16 de fevereiro de 2017
ResPe'20	Resolução do Parlamento Europeu, que contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial, de 20 de outubro de 2020
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRP	Tribunal da Relação do Porto
VA	Veículo Autónomo
VAs	Veículos Autónomos
Vol.	Volume

Índice

1. Introdução	6
2. Delimitação negativa do tema	7
3. Especificidades e dificuldades no Regime da Responsabilidade Civil por acidentes de veículos autónomos	7
3.1. A condução autónoma	7
3.2. Os múltiplos sujeitos na cadeia de responsabilidade	9
3.3. Atribuição de personalidade jurídica ou criação de estatuto específico?	10
3.4. A imprevisibilidade e opacidade do dano	12
4. O Regime de Responsabilidade Civil relativo a acidentes de viação	14
4.1. Responsabilidade pelo risco (objetiva) – Regime de responsabilidade civil dos veículos de circulação terrestre – arts. 503.º a 506.º, e ponderação de seguro obrigatório	14
4.2. Responsabilidade civil por factos ilícitos – aplicação dos pressupostos do art. 483.º do CC aos acidentes provocados por veículos autónomos	21
4.3. Outros regimes de responsabilidade civil no CC	24
4.3.1. O regime da responsabilidade do comitente e comissário	24
4.3.2. Danos causados por animais	25
4.4. Regime da responsabilidade civil do produtor – DL n.º 383/89, de 6 de novembro	26
Conclusões	33
Bibliografia	36
Jurisprudência	38

1. Introdução

A Inteligência Artificial (IA) tem vindo a ganhar cada vez mais relevância no desenvolvimento tecnológico. Vivemos o advento de uma nova era, impondo-se a sua preparação, de forma a regular a mudança que se perspetiva¹.

Neste advento, o Direito tem um papel fundamental: por um lado, cabe-lhe prevenir os malefícios que possam estar associados à IA, tais como prevenir a incorreta indicação de valores éticos subjacentes à aprendizagem do software de IA; a criação de mecanismos que repartam o risco da sua utilização; ou, e no que à presente dissertação diz respeito, antecipar um regime de responsabilidade civil pelos danos causados por esta tecnologia². Por outro lado, caberá ao Direito potenciar a utilização da IA, fundamentalmente se tivermos em conta a premissa de que as tarefas desempenhadas por um *software* inteligente serão, as mais das vezes, mais bem executadas do que por humanos.

Com o presente trabalho pretendemos ajudar ao cumprimento desta missão que cabe ao Direito e que se nos afigura fundamental.

Restringiremos o presente trabalho à Condução Autónoma (CA), uma das vertentes (porventura a mais palpável) da Inteligência Artificial. E, dentro das questões que a CA possa levantar, limitaremos a nossa abordagem à análise da responsabilidade civil decorrente de danos provocados por veículos autónomos (VAs).

Assim, procuraremos analisar as diversas vias de responsabilização que o atual regime de responsabilidade civil oferece, averiguando, em concreto, se cada via está preparada para abarcar a realidade introduzida por estes veículos.

Passando, em primeiro lugar, pelo regime preconizado para os acidentes de viação, não nos imiscuiremos de analisar o regime geral de responsabilidade civil aquiliana, partindo ainda em busca de outros regimes de responsabilidade civil (sobretudo o que tange à responsabilidade civil do produtor), concluindo, a final, que a elasticidade e diversidade do regime de responsabilidade civil não exigem, neste estágio de evolução, mudanças significativas para abarcar a nova realidade que se aproxima a passos largos.

¹ Veja-se as recentes declarações do CEO da Tesla, em que aquele refere que o sistema de full self driving está quase pronto para utilização – vide <https://observador.pt/2021/04/11/musk-diz-que-full-self-driving-beta-esta-quase-ai/amp/>.

² Questão considerada “crucial” no Considerando Z, da Resolução do Parlamento Europeu, que contém disposições de Direito Civil sobre robótica, de 16 de fevereiro de 2017, adiante designada por ResPe.

2. Delimitação negativa do tema

Como se disse, a regulação da IA, de uma forma geral, e da CA, em específico, compreende várias áreas do Direito.

No entanto, por limitações de espaço, deixaremos de fora da presente análise (salvo breves apontamentos que possam auxiliar no estudo da questão proposta) a regulação dos valores éticos subjacentes às escolhas dos mecanismos de IA; deixaremos igualmente por tratar a relevante vertente da proteção e utilização de dados pessoais; e também não será objeto do presente estudo a regulação das normas de segurança de produção.

Como veremos de seguida, existem diferentes níveis de automação na condução, sendo que apenas teremos condução autónoma naquele em que o veículo realiza a totalidade das funções, excluindo totalmente a função do condutor humano.

Nos níveis 3 e 4, o veículo poderá conduzir de forma autónoma, mas só em algumas situações. Nesse caso, caberá averiguar se o condutor humano estava a controlar o veículo, ou se aquele estava em modo autónomo, aplicando-se, no primeiro caso, as regras de responsabilidade que conhecemos, pois que na verdade estaremos perante um acidente entre dois veículos não autónomos, já que aquela opção não estava a ser utilizada. Igual solução se encontrará quando a responsabilidade pelo acidente em que esteja envolvido apenas um veículo autónomo recair sobre um veículo não autónomo³.

Para o presente trabalho interessar-nos-á, sobretudo, escrutinar os casos em que é interveniente num acidente rodoviário um veículo autónomo com esse modo de condução ativo.

Em suma, trataremos de analisar se, e como, o atual sistema de responsabilidade civil pode responder aos desafios despoletados pela introdução de veículos autónomos na circulação rodoviária⁴.

³ No mesmo sentido, Grieman, 2018, p. 299.

⁴ Restringiremos a nossa abordagem essencialmente aos carros autónomos, e já não aos barcos, aviões ou comboios.

3. Especificidades e dificuldades no Regime de Responsabilidade Civil por acidentes de veículos autónomos

3.1. A condução autónoma

Atualmente, grande parte dos carros fabricados possuem elementos de condução autónoma (como é o exemplo do *cruise control*, ou do *Lane Keeping Assist System*)⁵. Porém, a verdade é que só estaremos perante um veículo autónomo quando o próprio veículo realizar todas as tarefas de condução, limitando-se o “condutor” a indicar o destino, ou a intervir quando indicado pelo veículo.

Esclarecedora é a categorização realizada pela Autoridade Estadunidense para a Segurança Rodoviária, complementada, posteriormente, pelas recomendações da Sociedade de Engenheiros da Mobilidade⁶, que identifica 6 níveis de automação⁷:

- Nível 0: cabe ao condutor o controlo total do veículo, ainda que o mesmo possa contar com mecanismos de segurança, tal como o ABS;

- Nível 1 – o veículo poderá encarregar-se da movimentação longitudinal (ex: *cruise control*) ou lateral (ex: *Lane Keeping Assist System*), cabendo ao condutor todas as restantes tarefas e a monitorização das tarefas realizadas pelo veículo;

- Nível 2 – neste caso, o veículo consegue controlar a movimentação longitudinal e lateral, cabendo ao condutor, sobretudo, a vigilância do sistema, intervindo se o veículo assim o indicar;

- Nível 3 – frequentemente referido como nível de automação condicionada, uma vez que o veículo já é capaz de executar todas as tarefas da condução. Porém, só será capaz de o fazer em certas circunstâncias, sendo necessário um condutor capaz de tomar o controlo quando o veículo esteja fora dessas circunstâncias ou quando exista alguma falha de *software*;

- Nível 4 – a diferença para o nível anterior é que, neste caso, o veículo só não conseguirá executar todas as tarefas da condução em casos de condições climatéricas especialmente adversas para as quais não tenha sido preparado, sendo nesses casos necessária a intervenção do condutor humano;

- Nível 5 – neste nível atingimos a automação total: o veículo é capaz de realizar todas as tarefas da condução independentemente das circunstâncias, local ou condições climatéricas, não sendo expectável a intervenção do condutor humano.⁸

⁵ Viana da Silva, 2020, pp. 10-11; Felício, 2019, p. 494; e Sousa e Silva, 2017, p. 495.

⁶ Cfr. Felício, 2019, p. 497.

⁷ Cfr. SAE International, *Taxonomy and definitions for terms related to driving automation systems for on-road motor vehicles*, retirado de https://saemobilus.sae.org/content/J3016_201806, p. 19, tabela 1.

⁸ A categorização exposta é utilizada frequentemente na abordagem ao tema. Vide, entre outros, Mota Pinto, 2020, pp. 96-97; Felício, 2019, p. 497; Viana da Silva, 2020, pp. 12-13.

Como nota, e bem, Paulo Mota Pinto, apenas poderemos “considerar que existe um ‘veículo autónomo’ a partir do nível 3 (...) e, claramente, nos níveis 4 e 5”⁹, já que apenas estes níveis comportam a possibilidade de o veículo realizar todas as tarefas da condução e, por isso, serão essencialmente os veículos a partir do Nível 3 que terão especial relevância para o problema tratado no presente estudo.

Por outro lado, um veículo autónomo será sempre constituído por *hardware* (sensores, radares, GPS, câmaras) e *software* (que permita ler a informação captada pelo *hardware*, e atuar com base na informação captada e nos algoritmos criados pelo produtor), prevendo-se “que os sistemas de condução automatizada cumpram um processo complexo (...) composto por três fases: *Sense, Plan, Act*”¹⁰.

Para maior captação de informação, prevê-se a possibilidade de os veículos autónomos comunicarem com outros veículos autónomos – *Communication Vehicle to Vehicle (V2V)* – e comunicarem com infraestruturas – *Communication Vehicle to Infrastructure (V2I)*.¹¹

Por fim, diga-se ainda que seria vantajoso o equipamento de “caixas negras”¹² nos veículos autónomos que permitissem proceder ao registo de “dados de localização e de movimento do veículo, bem como [ao] registo das mudanças de controlo do veículo e das suas solicitações de assunção de controlo ao utilizador”¹³.

3.2. Os múltiplos sujeitos na cadeia de responsabilidade

A principal questão que surge no âmbito da responsabilidade civil decorrente de acidente provocado por veículo autónomo, tema da nossa dissertação, é a averiguação da imputação da responsabilidade ou, de forma mais simples, quem irá pagar os danos resultantes de acidente provocado por um VA¹⁴.

Tradicionalmente, e fora casos especiais¹⁵, a responsabilidade civil decorrente de acidente de viação é, em grande medida, imputada ao condutor (no caso da responsabilidade civil aquiliana) ou ao detentor¹⁶ do veículo (no caso da responsabilidade civil objetiva). Na primeira hipótese, é ao condutor que se dirige o juízo

⁹ Mota Pinto, 2020, p. 97.

¹⁰ Felício, 2019, pp. 497-498.

¹¹ Felício, 2019, p. 498; para maior aprofundamento sobre o funcionamento e utilidade destes sistemas de comunicação *vide* Moreia Lousa, 2018, pp. 31 e ss.

¹² Igualmente aconselhado no ponto 12, dos princípios gerais elencados na ResPe.

¹³ Mota Pinto, 2020, p. 104.

¹⁴ A questão é igualmente proposta, com formulação semelhante, por diversos autores. A título de exemplo, *vide* Felício, 2019, p. 499, e Grieman, 2018, p. 298; Mota Pinto, 2020, p. 107.

¹⁵ Pensamos, entre outros, em casos de força maior ou de intervenção de terceiro.

¹⁶ Entendido como aquele que tem “poder de facto sobre ele [o veículo], acompanhado ou não de legitimação jurídica, e o utilize em proveito próprio, mesmo através de comissário”, Almeida Costa, 2008, p. 629; ou, nas palavras do STJ, em Acórdão de 09/03/2010, proferido no âmbito do proc. 698/09.4YRLSB.S1, “Tem, pois, a direcção efectiva aquele que, de facto, goza ou usufrui as vantagens dele, e a quem, por essa razão, especialmente cabe controlar o seu funcionamento”.

ético-jurídico de censura por um comportamento doloso ou negligente; na segunda, o detentor é responsável independentemente de culpa.

Ora, com a entrada em cena dos veículos autónomos, as figuras do condutor e do detentor diluem-se entre radares, sensores, *softwares*, algoritmos, etc. – mas também em múltiplos intervenientes suscetíveis de imputação¹⁷. A figura do condutor – centro de imputação por excelência na responsabilidade aquiliana – deixará de existir, e a do detentor carecerá de reanálise¹⁸, sendo por isso legítimo perguntar a quem deverá ser imputada a responsabilidade.

Keri Grieman aponta como possíveis responsáveis “o proprietário, o fabricante, o fabricante de componentes de veículos autónomos, ou uma entidade pública”¹⁹, sendo ainda aventado por outros autores a possibilidade de imputação ao próprio veículo.²⁰

É esta a especificidade que explica a relevância do tema: a responsabilidade civil decorrente de acidente provocado por um VA conhece uma dificuldade de imputação, já que a figura tradicionalmente responsável perde relevância e surgem tantas outras às quais poderão ser assacadas responsabilidades.

Ponderaremos a atribuição de responsabilidade ao produtor final ou de componentes (*software* e *hardware*) do VA (sobretudo quando nos debruçarmos sobre o regime da responsabilidade do produtor), ao utilizador ou proprietário do veículo (sobretudo quando abordarmos a responsabilidade pelo risco), e ao condutor (quando ponderarmos a responsabilidade civil por factos ilícitos).

3.3. Atribuição de personalidade jurídica ou criação de estatuto específico?

A questão que ora ponderamos surge mais bem identificada no Considerando AC da ResPe, o qual dispõe: “Considerando que, em última instância, a autonomia dos robôs suscita a questão da sua natureza à luz das categorias jurídicas existentes, ou se deve ser criada uma nova categoria, com características e implicações próprias”²¹.

Segundo alguns autores, o próprio veículo, porque capaz de interagir com o meio e com as pessoas, de tomar decisões independentes com base na sua própria experiência e até, por vezes, modificar as instruções do programador²², e pela capacidade de

¹⁷ Mota Pinto, 2020, p. 108.

¹⁸ Pois que é questionável o controlo do utilizador do veículo sobre os sistemas de IA instalados naquele.

¹⁹ Grieman, 2018, p. 298 – tradução nossa.

²⁰ Neste sentido parece ir Turner, 2019, p. 205.

²¹ Na mesma resolução, o Parlamento Europeu insta a Comissão a explorar, analisar e ponderar a criação de “um estatuto jurídico específico para os robôs a longo prazo, de modo a que, pelo menos, os robôs autónomos mais sofisticados possam ser determinados como detentores do estatuto de pessoas eletrónicas responsáveis por sanar quaisquer danos que possam causar e, eventualmente, aplicar a personalidade eletrónica a casos em que os robôs tomam decisões autónomas”, cfr. ponto 59, al. f) da ResPe.

²² E, portanto, dotado de autonomia, tal como definido pelo considerando AA da ResPe.

estabelecer uma relação empática com humanos, poderia tornar-se num centro de imputação jurídica, de direitos e deveres, vindo assim ser-lhe atribuída personalidade jurídica²³.

Os principais argumentos a favor desta tese prendem-se com o pragmatismo e facilidade da solução proporcionada pela atribuição de personalidade jurídica, considerando redutora a primazia dada à moral humana²⁴. Por outro lado, é afirmado pelos defensores desta hipótese que, mais cedo ou mais tarde, e consoante a maior autonomia dos robots, encontrar o “humano” responsável pelo dano será cada vez mais difícil, se não impossível²⁵. Advogam ainda a possibilidade de a atribuição de personalidade jurídica ser um incentivo à inovação e não um obstáculo, atuando, além de mais, como complemento da responsabilidade limitada dos sócios das pessoas coletivas, que com a personalidade jurídica dos robots se veem protegidos relativamente a eventuais danos por aqueles causados²⁶. Contra o argumento de que não sendo pessoas “humanas” não poderão ter personalidade jurídica, relembram que também as pessoas coletivas são detentoras de personalidade jurídica, mesmo não sendo humanas²⁷.

Com essa atribuição, o veículo autónomo ganharia um estatuto jurídico próprio, podendo imputar-se a responsabilidade de um acidente por ele causado.

Por nosso lado, temos por prematura a atribuição de personalidade jurídica aos robots equipados com IA, em geral, e aos veículos autónomos, em particular. Posicionamo-nos com os que são contra esta solução, reconhecendo mérito aos seus argumentos: os robots inteligentes não são equiparáveis aos seres humanos, mesmo no expoente máximo da sua autonomia, pois não possuem consciência nem há um sentido ético nas suas escolhas²⁸; não são equiparáveis às pessoas coletivas, pois aquelas existem com substrato exclusivamente humano, e no seu interesse, o que não acontece nos robots²⁹. Por outro lado, para que a atribuição de personalidade tivesse relevo no plano da responsabilidade civil, seria necessário reconhecer a possibilidade de os robots terem um património³⁰. Se por um lado tal realidade é inverosímil, por outro tal facto poderia

²³ Elencando e detalhando os argumentos apresentados, *vide* Miranda Barbosa, 2020, p. 59; Sousa e Silva, 2017, p. 506; Felício, 2019b, pp. 14-15; Eidenmüller, 2017, retirado de <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/03/robots%E2%80%99-legal-personality>; e Turner, 2019, pp. 183 e ss.; para uma exposição detalhada *vide* B. Solum, 1992 – o autor apresenta vários argumentos contra a atribuição de personalidade jurídica a sistemas de IA e procura refutá-los.

²⁴ Neste sentido, aproveitamos a exposição feita por Turner, 2019, pp. 183 e ss.

²⁵ Turner, 2019, p. 186.

²⁶ Turner, 2019, p. 187.

²⁷ Miranda Barbosa, 2020, pp. 64-65.

²⁸ Miranda Barbosa, 2020, p. 65; Nevejans, 2016, p. 14; e Eidenmüller, 2017; embora procurando refutar estes argumentos, *vide* B. Solum, 1992, pp. 1262 e ss.

²⁹ Miranda Barbosa, 2020, p. 70; Nevejans, 2016, pp. 14-15; Eidenmüller, 2017, e Felício, 2019b, pp. 17-18.

³⁰ Nas palavras de Sousa e Silva, 2017, p. 527: “Contudo, uma personalidade sem património (relevante) dificilmente servirá os interesses do lesado”.

contribuir para que houvesse um aproveitamento desses robots como escudos de responsabilidade em que o humano se escudaria no robot para tomar certos riscos³¹.

Por tudo isto, não nos parece viável a opção de atribuir personalidade jurídica ao veículo autónomo³² e, consequentemente, imputar ao próprio VA os danos que aquele venha a causar, pelo que fica afastada, pelo menos por ora, tal hipótese.

De outra banda, com a alteração ao Código Civil promovida pela Lei n.º 8/2017 de 3 de março, os animais deixaram o estatuto de coisas móveis para passarem a ser um *tertium genus* entre as pessoas e as coisas.

Se analisarmos a reforma introduzida pela lei referida, vemos que no Capítulo relativo às relações jurídicas do Código Civil, passaram a constar 3 subtítulos: Subtítulo I – Das pessoas; Subtítulo I-A – Dos animais; Subtítulo II – Das coisas.

Assim, os animais deixam de ser considerados coisas para passarem a deter um estatuto específico e próprio, que não se confunde com o estatuto humano (caracterizado pela personalidade jurídica), nem com as coisas (puramente ao serviço do Homem).

Neste âmbito, é relevante ponderar a criação de um estatuto específico para os veículos autónomos, enquanto robots com IA. Acompanhamos Manuel Felício quando afirma que:

“Se é de afastar a possibilidade de reconhecimento de personalidade jurídica à classe mais avançada de robots, as características que levaram à colocação da possibilidade – crescente interatividade, autonomia, adaptabilidade e auto-aprendizagem – estão igualmente na génese de paralelos que vêm a ser traçados entre robots e seres biológicos de capacidade relativamente avançada, mas limitada”³³.

A relevância deste estatuto será mais notória noutros domínios que nos imiscuímos de comentar, como seja relativamente à criação dos robots autónomos, às relações contratuais que os envolvam, à proteção de dados, etc.

Mas não nos opomos, antes defendemos que os robots autónomos, em geral, e os veículos autónomos, em particular, deveriam deter um estatuto específico, não equiparável às pessoas, mas que acautelasse as especificidades decorrentes da inteligência artificial e da sua interação com o meio.

³¹ Turner, 2019, pp. 191-192.

³² A opção pela não atribuição de personalidade jurídica aos robots dotados de IA, onde se incluem os VA, ficou clara na Resolução do Parlamento Europeu de 20 de outubro de 2020, que contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial (doravante ResP’20), nomeadamente no ponto 6 e no considerando 6 da proposta de regulamento, onde se pode ler “Quaisquer alterações necessárias ao quadro jurídico existente deverão começar com a clarificação de que os sistemas de IA não têm personalidade jurídica nem consciência humana”.

³³ Felício, 2019, p. 510; dando nota da possível semelhança que se poderá estabelecer entre os robots e os animais *vide* Sousa e Silva, 2017, pp. 507-508.

3.4. A imprevisibilidade e opacidade do dano

Outra das dificuldades com que se depara o sistema de responsabilidade civil, sobretudo o decorrente do artigo 483.º do CC, é a imprevisibilidade do dano causado por um veículo autónomo e a opacidade na averiguação da ação ou omissão tomada por esse VA e que conduz ao dano.

A IA, que subjaz ao veículo autónomo, caracteriza-se, em grande medida, pela possibilidade de o robot (neste caso, o veículo) interagir com o meio ambiente e com as pessoas e, através dessa interação, adaptar e melhorar os seus padrões de atuação, modificar as suas decisões e, até mesmo, autonomizar-se e distanciar-se substancialmente da programação inicialmente realizada, embora tecnologicamente “preso” ao fim inicialmente estabelecido³⁴.

Este processo de adaptação, melhoria e decisão revela-se bastante opaco, sem que, muitas vezes, se compreenda como funciona, embora se reconheça o mérito das soluções alcançadas³⁵. Mesmo aquele que programa inicialmente o veículo autónomo poderá não conseguir controlar ou antever as decisões que aquele mesmo veículo irá tomar e, do mesmo modo, não as poderá precaver alterando a programação.

Por maioria de razão, o proprietário ou o utilizador muito menos. Na verdade, grande parte daqueles que utilizarão veículos autónomos não compreenderão as decisões do veículo, limitando-se a realizar um auto de fé na sua utilização (grandemente comprovada como benéfica³⁶). Por isso mesmo, também não poderão adotar uma postura preventiva, ou antecipadora do dano, pois não o perspetivam.

É verdade que tais veículos e *softwares* são pensados e desenhados para evitar acidentes e prevenir riscos dispensáveis. Porém, como em qualquer evolução, há sempre o risco de desenvolvimento³⁷ que não é possível antecipar, cujos reflexos podem ser sentidos em grande escala, e cuja regulação pelo Estado terá de ser especialmente equilibrada.

Como nota Nuno Sousa e Silva,
um padrão muito elevado de segurança relevar-se-á demasiado oneroso,
quando não impossível de satisfazer. Uma concepção muito exigente dos

³⁴ Considerando Z e AA da ResPe; sobre a “liberdade” dos robots, *vide* Sousa e Silva, 2017, p. 501, e sobre as características da IA *vide*, do mesmo autor, 2019, pp. 695-696.

³⁵ Cfr. Sousa e Silva, 2019, p. 697.

³⁶ Grieman, 2018, p. 296, relembra que em 2012 o veículo autónomo da Google completou mais de 300.000 milhas em modo autónomo e sem registar qualquer acidente.

³⁷ Ou risco de civilização, nas palavras de Amado Gomes, 2013, pp. 226-227, que esclarece este conceito: “O risco de civilização é um risco do progresso ou, pelo menos, do desenvolvimento tecnológico, um risco introduzido pelo engenho humano com vista à geração de maior segurança e/ou bem estar, que pode estar identificado e avaliado e, por isso, ser gerido, ou ser (ainda) desconhecido, o que exonera entidades públicas e privadas da sua gestão e reparação. Cumpre também ter em mente que o risco tecnológico está normalmente associado a actividades ou produtos introduzidos no mercado por privados, cabendo aos poderes públicos competências de enquadramento legislativo e controlo administrativo, *ex ante* e *ex post*, o que pode interferir tanto no se, quanto no como, da responsabilidade das entidades públicas”.

deveres do fabricante afectará negativa, ou mesmo decisivamente, o desenvolvimento tecnológico e económico associado à IA³⁸.

Por outro lado, uma regulação branda da IA permitiria ao fabricante dar-se ao laxismo que poderia conduzir a graves falhas e, por consequência, grandes danos.

Ora, a dificuldade na prevenção do dano terá impactos na averiguação do preenchimento do pressuposto da culpa (quando exigido), e até mesmo na verificação, em concreto, de uma ação ou omissão danosa; por seu turno, a compreensão do processo de tomada de decisão terá impactos diretos na apreciação do nexo de causalidade.

Serão também estes os desafios a que o nosso sistema de responsabilidade civil terá que dar resposta, e que agora passamos a escrutinar.

³⁸ Sousa e Silva, 2019, p. 697.

4. O Regime de Responsabilidade Civil relativo a acidentes de viação

O nosso sistema de Responsabilidade Civil é, naturalmente, apto a dar resposta aos atuais danos causados por acidentes de viação. Nuns casos, havemos de recorrer à responsabilidade civil por factos ilícitos (subjektiva e, por isso, dependente de culpa), mas as mais das vezes recorreremos ao regime específico traçado nos artigos 503.º a 508.º do CC, enquadrado na responsabilidade civil pelo risco (objetiva).

Cumpre, por isso, averiguar se esse conjunto de normas jurídicas, pensadas para os acidentes de viação “tradicionais”, consegue dar resposta aos desafios trazidos pelos veículos autónomos.

4.1. Responsabilidade pelo risco (objetiva) – Regime de responsabilidade civil dos veículos de circulação terrestre – arts. 503.º a 506.º, e ponderação de seguro obrigatório

Para a análise que nos propomos empreender, tomemos como exemplo o caso do Tesla que embateu num veículo dos bombeiros, o qual teve lugar em Culver City, na Califórnia, no passado mês de janeiro de 2018. Segundo algumas descrições do acidente, o Tesla, em modo autónomo, “vendo” o veículo que seguia à sua frente mudar de faixa, não “viu” o veículo dos bombeiros parado na sua faixa de rodagem, pelo que aumentou a velocidade e bateu na parte traseira daquele³⁹. Deixaremos por ora a abordagem sobre os possíveis defeitos do *software* do VA.

A questão que ora queremos explorar é a de saber quem responderá quando um VA é causa de um acidente (como neste caso, em que o veículo em que embateu estava parado), começando por analisar o regime da responsabilidade objetiva por veículos⁴⁰.

Pelas normas reservadas aos acidentes causados por veículos “tradicionais”⁴¹, assentes no princípio *ubi commoda ibi incommoda*⁴², será responsável “Aquele que tiver

³⁹ <https://www.caranddriver.com/news/a28911259/tesla-crash-california-autopilot-driver-ntsb/>; e <https://www.latimes.com/business/story/2019-09-03/tesla-was-on-autopilot-when-it-hit-culver-city-fire-truck-ntsb-finds>.

⁴⁰ A responsabilidade objetiva é, em princípio, uma exceção à necessidade da culpa para a constituição da obrigação de indemnizar – cfr. art. 483.º, n.º 2 do CC. No entanto, nas últimas décadas o domínio do risco tem vindo a ser grandemente alargado. Evidenciando-o, e questionando-o, *vide* Brandão Proença, 2018, pp. 60-61, e 96-97.

⁴¹ Arts. 503.º a 506.º do CC.

⁴² Nas palavras do STJ, em Acórdão proferido no âmbito do proc. 05B686, de 14/04/2005, “Subjaz à responsabilidade pelo risco a que se reporta o art.º 503, n.º 1, do CC, o princípio *ubi commoda ibi incommoda*: os veículos são portadores de perigos especiais que obrigam a determinados cuidados ou prevenções por banda de quem os possui ou utiliza, pelo que quem concretamente (da respectiva utilização) retira os benefícios e colhe os correspondentes proveitos, terá também de suportar os inerentes incómodos (advenientes do perigo de circulação da própria viatura) e independentemente de existência de culpa por banda do seu proprietário”; também Mota Pinto, 2020, p. 112, o afirma quando escreve “uma vez que o

a direcção efectiva de qualquer veículo de circulação terrestre e o utilizar no seu próprio interesse, ainda que por intermédio de comissário”⁴³, e será responsável na medida em que os danos provenham “dos riscos próprios do veículo”⁴⁴.

Serão os conceitos tradicionais aplicáveis ao caso acima descrito? Quem detém a direcção efectiva de um veículo autónomo? Quais os riscos próprios de um veículo autónomo? Serão estas as perguntas essenciais a que procuraremos dar resposta.

Tradicionalmente, aquele que detém a direcção efectiva do veículo é aquele que “de facto goza ou usufrui as vantagens dele, e a quem, por essa razão, especialmente cabe controlar o seu funcionamento (vigiar a direcção e as luzes do carro, afinar os travões, verificar os pneus, controlar a sua pressão, etc.)”⁴⁵.

Se, por um lado, o proprietário ou utilizador do veículo detém uma boa parte do controlo do veículo autónomo⁴⁶, sobretudo se pensarmos na vertente da manutenção mecânica, não deixa igualmente de ser verdade que o produtor do VA detém igualmente uma importante quota de controlo, na medida em que é responsável pelas actualizações de *software* – e por isso, da vertente de *software* do VA –, cabendo apenas, porventura, ao proprietário a sua instalação.

Por isso mesmo, a proposta de Regulamento que estabelece o regime de responsabilidade civil aplicável à Inteligência Artificial⁴⁷ distingue entre operador de *frontend* e operador de *backend*. Aquele corresponde a “qualquer pessoa singular ou colectiva que exerça um grau de controlo sobre um risco relacionado com a operação e o funcionamento do sistema de IA e que beneficie da sua operação”⁴⁸ – enquadrando-se neste conceito o utilizador do VA⁴⁹ –, e este corresponde a “qualquer pessoa singular ou colectiva que, de forma contínua, defina as características da tecnologia, forneça dados e preste serviços essenciais de apoio de *backend* e, por conseguinte, exerça igualmente algum controlo sobre o risco ligado à operação e ao funcionamento do sistema de IA”⁵⁰ – que corresponderá, as mais das vezes, ao produtor do *software*.

A aplicação da norma do artigo 503.º do CC não é, pois, isenta de dificuldades, já que casos haverá, por exemplo, em que a falha se verifica no âmbito do controlo do

detentor do veículo tem a sua direcção efectiva e o utiliza no seu próprio interesse, beneficiando por conseguinte de uma actividade arriscada, cujos riscos se concretizam e causam danos ao lesado, é justo que suporte também os correspondentes prejuízos”.

⁴³ Cfr. art. 503.º, n.º 1, do CC.

⁴⁴ Guichard, e Brandão Proença, 2018, p. 401.

⁴⁵ Antunes Varela, 2008, p. 657, e Guichard, e Brandão Proença, 2018, p. 406.

⁴⁶ Também Felício, 2019, p. 516 considera que o utilizador do VA deterá sempre “um poder de facto sobre o automóvel, ainda que mínimo”.

⁴⁷ Contido na ResP’20.

⁴⁸ Art. 3.º, al. e) da proposta de Regulamento anexo à ResP’20.

⁴⁹ Felício, 2019, p. 517, nota que “se se entende que um carro estacionado pressupõe a direcção efectiva e a utilização em interesse próprio do seu proprietário, por maioria de razão, a circulação de um veículo autónomo, sendo o proprietário utilizador ou não, levar-nos-á a adoptar semelhante decisão”.

⁵⁰ Art. 3.º, al. f) da proposta de Regulamento anexo à ResP’20.

operador de *backend*. Nesses casos, o conceito de detentor⁵¹ parece conhecer uma dificuldade acrescida, pois ao operador de *backend* faltar-lhe-á o interesse na condução; ao operador de *frontend* faltar-lhe-á o controlo do veículo (pelo menos no âmbito do qual a falha se verificou).

A aplicação daquela norma terá de ser precedida de uma averiguação sobre a falha que originou o acidente – se o mesmo se deveu a uma falha do *software*, poderá ser responsável o operador de *backend*; se a falha que origina o acidente for mecânica, ou de qualquer outra forma associada ao utilizador⁵², então responderá o operador de *frontend*.

Por ora, não ponderaremos a imputação da responsabilidade ao operador de *backend*, que analisaremos *infra* quando cuidarmos da possibilidade de imputação ao produtor.

Diremos apenas que, para se imputar a responsabilidade ao operador de *backend*, terá de se provar a existência de defeito de *software*, bem como o nexo de causalidade entre aquele e os danos provocados. Não sendo realizada essa prova, a responsabilidade será imputada ao operador de *frontend* – responsabilidade objetiva que prescinde da culpa.

A definição de operador de *frontend* parece alinhada com a de detentor, continuando a exigir-se que este utilize o VA no seu próprio interesse. Neste caso, as considerações tradicionais sobre este requisito não parecem necessitar de grandes alterações⁵³.

Assim,

o interesse na utilização, tanto pode ser um interesse material ou económico (se a utilização do veículo visa satisfazer uma necessidade susceptível de avaliação pecuniária), como um interesse moral ou espiritual (como no caso de alguém emprestar o carro a outrem só para lhe ser agradável), nem sequer sendo caso de exigir aqui que se trate de um interesse digno de protecção legal⁵⁴.

Por outro lado, não é despicienda a hipótese de um VA vir a ser operado por uma criança, ou por um incapacitado⁵⁵. Tal hipótese parece-nos também acautelada pela lei, já que o artigo 503.º, n.º 2, responsabiliza os inimputáveis nos termos do artigo 489.º

⁵¹ Aproveitando a expressão utilizada por Almeida Costa para se referir àquele que detém a direção efetiva do veículo. Cfr. n. 16.

⁵² Pensamos nos casos em que o VA solicita a intervenção do utilizador e este não intervém, ou quando a supervisão do VA pelo utilizador é ostensivamente descuidada, podendo a sua intervenção, mesmo que não solicitada, evitar o acidente.

⁵³ Neste sentido, *vide* Felício, 2019, p. 517; Mota Pinto, 2020, p. 113.

⁵⁴ Antunes Varela, 2008, p. 658.

⁵⁵ Na verdade, essa possibilidade constituirá uma vantagem assinalável na utilização de VAs.

CC, isto é, poderão ser condenados numa indemnização equitativa caso não possam ser responsabilizados os obrigados à vigilância.

Sendo a responsabilidade objetiva, o operador de *frontend* será responsável mesmo que não tenha culpa, desde que os danos provocados advenham dos riscos próprios do veículo, conceito que abrange

não só os danos provenientes dos acidentes provocados pelo veículo em circulação (atropelamento de pessoas, colisão com outro veículo, destruição ou danificação de coisas), como pelo veículo estacionado (choque ou colisão provocada por veículo para fora de mão ou estacionado em lugar indevido, ou parado na sua mão mas sem estar devidamente sinalizado; acidente causado pela porta do veículo que ficou indevidamente aberta; explosão do depósito de gasolina (...)), sendo irrelevante, por outro lado, que o acidente ocorra nas vias públicas ou fora delas (...). E cabem ainda os danos decorrentes dos riscos a que está sujeito o condutor: doença súbita (...), diminuição brusca da visibilidade em virtude do encadeamento provocado pelos raios solares, etc.⁵⁶.

Parece-nos, assim, que o conceito de riscos próprios do veículo parece abrangente o suficiente para nele abarcar os riscos de mau funcionamento do *software* inerentes aos VAs, cujos riscos não poderemos desconsiderar⁵⁷.

Voltando ao nosso caso (acidente causado por um VA), a responsabilidade seria imputável ao utilizador do VA – o operador de *frontend* – por ser ele que detém o controlo efetivo do veículo e o utiliza no seu próprio interesse⁵⁸. Responderá, por isso, por todos os danos que provenham do acidente, já que este constitui um risco próprio do VA⁵⁹.

Mas já não responderá, ou pelo menos na mesma medida, no caso em que o dano se deva a atuação do lesado⁶⁰, de terceiro, ou de força maior estranha ao funcionamento do veículo, tal como determinado pelo artigo 505.º do CC, cuja aplicação ao caso dos VAs nos parece totalmente adequada.

⁵⁶ Pires de Lima & Antunes Varela, 1987, pp. 514-515; e Guichard & Brandão Proença, 2018, p. 404; Sousa Antunes, 2019, p. 148, comparando o regime do art. 503.º do CC com o do art. 502.º CC, refere que “O dever de indemnizar desprende-se de uma tipologia de riscos, como acontece com a responsabilidade pela utilização de animais, para encontrar o seu fundamento na imputação da lesão a qualquer vicissitude ligada ao veículo”.

⁵⁷ Felício, 2019, p. 517, notando ainda que perderão relevância os riscos associados ao condutor.

⁵⁸ Interessante notar que a responsabilidade prospetada pelo art. 503.º do CC não parte de uma censura ao lesante, mas antes da associação de determinado risco àquele que beneficia, neste caso, do VA. Neste sentido, vide Felício, 2019, p. 513, em especial, n. 59.

⁵⁹ Também Mota Pinto, 2020, p. 113, considera não haver “razões decisivas que obstem à aplicação do art. 503.º”.

⁶⁰ “Quando se alude a acidente imputável ao lesado, quer-se dizer, antes de mais nada, acidente devido a facto culposos do lesado, acidente causado pela conduta censurável do próprio lesado. (...) a lei quer abranger todos os casos em que o acidente é devido ao lesado, mesmo que não haja culpa dele”, Antunes Varela, 2008, pp. 678-679.

No âmbito da atuação de terceiro causadora do dano será interessante ponderar a responsabilidade das entidades responsáveis pela construção e manutenção das estradas, pois que a sua construção e manutenção está intimamente ligada com o bom e seguro funcionamento dos veículos autónomos, sobretudo no que diz respeito ao correto traçado e à boa sinalização⁶¹.

Pensemos no caso em que um veículo autónomo não para num cruzamento por inexistir sinal de Stop, ou circula fora de mão por a estrada não estar corretamente marcada. As responsabilidades pelos danos que possam advir destas situações estarão intimamente ligadas com uma falha das entidades gestoras das estradas, sendo de ponderar a sua responsabilização.

Volvendo à exclusão de responsabilidade do artigo 505.º do CC, e acompanhando a orientação atual dos nossos tribunais, somos de opinião que, verificando-se um facto do lesado que contribua para a verificação do dano, entraremos num concurso entre a culpa do lesado e os riscos próprios do veículo, podendo a indemnização ser totalmente concedida, reduzida ou excluída⁶².

A responsabilidade do operador de *frontend* decorrente do artigo 503.º do CC, será igualmente excluída quando o acidente “resulte de causa de força maior estranha ao funcionamento do veículo”⁶³. Tal solução impõe-se por imperativos de justiça, e a sua aplicação aos VAs também não suscita grandes dificuldades.

As causas de força maior terão de ser estranhas ao funcionamento do veículo⁶⁴, não bastando, para afastar a responsabilidade, a ocorrência de um qualquer mau

⁶¹ Concordamos com Salpico, 2014, p. 11, quando afirma que “A Justiça definha nesses pobres limites empíricos, sem que na apreciação das causas dos sinistros se estudem os múltiplos factores que derivam dos defeitos da via, quase sempre presentes na pesada sinistralidade que atinge a sociedade portuguesa”, e ainda quando afirma que “A falta de discussão em tribunal destas causas constitui uma omissão sistemática do apuramento de graves responsabilidades dos agentes administrativos, assim se distorcendo os parâmetros da avaliação e de atribuição das indemnizações, com empolamento de culpas dos condutores (a cargo das seguradoras), resultantes do não apuramento de outras culpas capitais” – Com efeito, pela relevância que assumirão no futuro dos VAs, tais defeitos de construção e manutenção não poderão ser ignorados no apuramento de responsabilidades, devendo prever-se a exclusão da responsabilidade do detentor do veículo quando se prove o nexo de causalidade entre o defeito de construção e/ou manutenção e os danos provocados; também Mota Pinto, 2020, p. 108 chama a atenção para a relevância destes intervenientes.

⁶² Vaz Serra, no anteprojecto do Código Civil, e posteriormente, defendeu a possibilidade de concorrência de culpa do lesado e os riscos próprios do veículo (caso em que poderia surgir uma repartição de responsabilidades, nos termos do art. 570.º); Também Almeida Costa parece ir no mesmo sentido; afina pelo mesmo diapasão Brandão Proença, 2004, pp. 19-31 (em anotação ao acórdão do STJ de 6-11-2003, proc. 565/03) e 2018, p. 76; Também Guichard & Brandão Proença, 2018, p. 415. Em sentido contrário, temos a posição perfilhada por Antunes Varela, que considera que o facto do lesado causador do dano quebra o nexo de causalidade com os riscos próprios do veículo, fazendo extinguir a responsabilidade pelo risco, não existindo, por isso, a possibilidade de concurso entre uns e outros. Os nossos Tribunais, atualmente, têm interpretado este normativo no sentido indicado por Vaz Serra, admitindo assim a possibilidade do concurso de culpa do lesado e dos riscos próprios do veículo. Vide, a título de exemplo, o Acórdão do STJ de 04.10.2007, proferido no âmbito do proc. n.º 07B1710.

⁶³ Cfr. art. 505.º do CC.

⁶⁴ Guichard & Brandão Proença, 2018, p. 417, em anotação ao art. 505.º, notam que “Na definição contida no anteprojecto: ‘É caso de força maior, para este efeito, o acontecimento, não derivado, pelo menos de modo nitidamente predominante, do perigo especial do veículo, mas de outras causas que escapam à vigilância ou influência da pessoa mencionada no referido parágrafo [«detentor»], de maneira a não poder ser evitado o dano com as precauções razoáveis segundo as circunstâncias”.

funcionamento de um qualquer componente⁶⁵ ou causas de força maior relativas à viatura, ao condutor ou à via⁶⁶. Por outro lado, dada a natureza substancialmente diferente dos veículos autónomos, outras causas de força maior poderão ser equacionadas, embora seguindo o mesmo fundamento. Pensamos nas falhas de circuitos elétricos do VA provocados por um trovão, ou perturbações ligadas aos satélites que recebem e fornecem informações a esses veículos, ou que poderão afetar a comunicação veículo a veículo e veículo a infraestrutura.

Neste primeiro teste de aplicação das normas “tradicionais” aos acidentes provocados por veículos autónomos, as normas dos artigos 503.º e 505.º do CC não levantam grandes dificuldades, ultrapassada que seja a questão de saber a qual dos detentores deveremos imputar a responsabilidade: se ao operador de *backend* ou ao operador de *frontend*.

E o que dizer da aplicação do artigo 506.º? A sua aplicação aos veículos autónomos também não nos reveste acrescida dificuldade. Aliás, será este o normativo a aplicar ao exemplo que tomámos no início da presente secção.

Não havendo culpa nem do condutor do veículo dos bombeiros, nem do utilizador do VA, a imputação da responsabilidade há de ser feita pela contribuição dos riscos de cada veículo para o acidente em concreto. No nosso caso, aplicar-se-ia a parte final do normativo que preceitua “se os danos forem causados somente por um dos veículos, sem culpa de nenhum dos condutores, só a pessoa por eles responsável é obrigada a indemnizar”.

Teríamos, assim, de imputar a responsabilidade ao utilizador do VA, por ter sido aquele veículo que causou os danos⁶⁷.

Noutros casos, em que ambos os veículos concorreram para a produção da colisão, então o tribunal terá de realizar um juízo probabilístico sobre a contribuição para a colisão e efetuar a repartição das responsabilidades, reputando-se igual a contribuição de cada veículo em caso de dúvida⁶⁸, como de resto acontece atualmente.

Tal não sucederá se existir culpa de um dos condutores envolvidos no acidente, caso em que só o condutor culposos responderá⁶⁹.

⁶⁵ Pronunciando-se pela não exclusão da responsabilidade quando os danos se devam a uma falha do sistema operativo do veículo, *vide* Viana da Silva, 2020, p. 43.

⁶⁶ Guichard & Brandão Proença, 2018, pp. 404 e 418; Sousa Antunes, 2019, p. 148 refere que “Só a prova de que um facto alheio à máquina causou o dano exclui a responsabilidade do detentor”.

⁶⁷ De igual forma, se um VA ultrapassa um semáforo vermelho acabando por colidir com outro veículo, não vemos razão para não lhe imputar a responsabilidade pelos danos causados, tal como acontece atualmente. *Vide* o Acórdão do STJ de 07/02/1985, proferido no âmbito do proc. 072479, em que aquele Tribunal considerou que o único responsável de um acidente era o condutor que ultrapassou um semáforo vermelho.

⁶⁸ Almeida Costa, 2008, p. 644.

⁶⁹ Guichard & Brandão Proença, 2018, p. 420.

Considerando a função essencialmente compensatória da responsabilidade civil, esta está, atualmente, sujeita a um seguro de responsabilidade civil obrigatório, imposto pelo DL n.º 291/2007 de 21 de agosto⁷⁰.

Paralelamente, também o Parlamento Europeu, na ResPe'20, propõe a identificação do nível de risco dos sistemas de IA, e propõe a sujeição dos sistemas de IA de alto risco a um seguro obrigatório de responsabilidade civil⁷¹.

Os VAs serão veículos, e possuirão sistemas de IA cujo risco será determinado de acordo com os critérios elencados pela legislação europeia. Contudo, não nos pareceria razoável que estes veículos não estivessem sujeitos a um seguro obrigatório, seja por serem veículos, seja porque o sistema de IA que lhes subjaz seja considerado de alto risco.

Por outro lado, o seguro de responsabilidade civil automóvel atual já cobre “os danos que descobrem a sua origem na operação da máquina, sem que a lesão seja, pois, imputável a um ato ou a uma falha humana”⁷², pelo que a cobertura de danos provocados pelos veículos autónomos é, em tudo, semelhante ao que se passa nos dias de hoje. Porém, o acidente causado por um defeito do sistema de condução automatizada já não caberá no âmbito de cobertura do seguro do detentor do veículo⁷³, pelo que poderá revelar-se importante, a par da obrigação de seguro do detentor, a obrigação de seguro do produtor.

As dificuldades que possam surgir prendem-se com a oferta inicial de produtos pelas seguradoras, que, não tendo dados específicos e relevantes sobre os veículos autónomos, tenderão a elevar o custo dos seguros, o que poderá ser um obstáculo ao desenvolvimento destas tecnologias⁷⁴.

O Parlamento Europeu parece recusar, por outro lado, a hipótese do estabelecimento de um mecanismo de indemnizações europeu, financiado com fundos públicos, para colmatar as lacunas que possam existir relativamente à oferta de seguros⁷⁵.

No entanto, a imposição de um seguro obrigatório para os danos causados por veículos autónomos terá, à semelhança do que se passa com os veículos “normais”, a vantagem de garantir a reparação dos danos causados e de agilizar a reparação dos mesmos⁷⁶.

⁷⁰ Razões igualmente plausíveis para que se pondere um seguro de responsabilidade civil obrigatório para os veículos autónomos. Neste sentido, *vide* Mota Pinto, 2020, p. 127.

⁷¹ Cfr. pontos 14 e 24, bem como o n.º 4 do art. 4.º do regulamento anexo à ResP'20.

⁷² Sousa Antunes, 2019, p. 149.

⁷³ Mota Pinto, 2020, p. 128, sugerindo ainda a previsão legal do direito de regresso da seguradora contra o produtor, por considerar que art. 27.º, n.º 1, al. h), do DL 291/2007 não acautela essa hipótese.

⁷⁴ *Vide* ponto 25 da ResP'20.

⁷⁵ *Vide* ponto 25 da ResP'20.

⁷⁶ Sobretudo se tivermos em conta que “as acções destinadas à efectivação de responsabilidade civil decorrentes de acidente de viação, em caso de existência de seguro, [...] devem ser deduzidas obrigatoriamente só contra a empresa de seguros, quando o pedido formulado se contiver dentro do capital mínimo obrigatório do seguro obrigatório ou [c]ontra a empresa de seguros e o civilmente responsável,

Em suma, não nos parece revestir grave dificuldade a aplicação do regime de responsabilidade civil objetiva plasmado nos artigos 503.º a 506.º do CC aos acidentes causados por veículos autónomos⁷⁷.

A maior dificuldade será encontrar a origem do acidente para que se possa descortinar qual dos operadores se deve responsabilizar: se o operador de *backend* ou o operador de *frontend*. Ultrapassada que seja essa dificuldade, o regime aplicar-se-á sem grandes alterações ao que acontece atualmente.

Por outro lado, a responsabilidade objetiva decorrente da utilização de veículos autónomos deverá estar coberta por um seguro de responsabilidade civil, como de resto sucede nos dias de hoje para os veículos tradicionais. O seguro deverá garantir a pronta e justa compensação dos danos aos lesados.

4.2. Responsabilidade civil por factos ilícitos – aplicação dos pressupostos do art. 483.º do CC aos acidentes provocados por veículos autónomos

Analizada a possível aplicabilidade do regime de responsabilidade objetiva aos acidentes provocados por veículos autónomos, cumpre agora testar a responsabilidade aquiliana, analisando, sobretudo, a aplicabilidade do art. 483.º do CC ao caso em estudo.

Esta hipótese de responsabilidade torna-se relevante quando se pretende imputar ao lesado ou a terceiro a sua responsabilidade no acidente, para o direito de regresso nas relações internas nos termos do artigo 507.º, n.º 2 e 497.º do CC, e ainda para contornar os limites impostos à responsabilidade pelo risco plasmados no artigo 508.º do CC⁷⁸.

Relativamente aos veículos autónomos, surgirá a dificuldade em identificar o ato ou omissão que origina o dano. Se pensarmos num veículo autónomo de nível 5, qual a atuação ou omissão do agente que pretendemos responsabilizar?

Tal facto só poderá existir, na vertente omissiva, quando nos encontramos perante um veículo de nível 3 ou 4 e este solicita a intervenção do condutor, que a ignora ou que, intervindo, provoca danos. Mas, neste último caso, já não estaremos perante o problema real de um veículo autónomo, mas de um veículo controlado por um condutor humano.

Por outro lado, se um utilizador de veículos autónomos confia no sistema de IA e este provoca danos, qual a culpa a assacar ao utilizador? Não nos parece existir qualquer

quando o pedido formulado ultrapassar o limite referido na alínea anterior”, Guichard & Brandão Proença, 2018, p. 401.

⁷⁷ Note-se, porém, que “definir como regra a responsabilidade do proprietário ou condutor poderá, apesar de todas as vantagens de que possa vir a beneficiar, demover aquele da aquisição de um veículo cujo modus operandi é de difícil perceção”, Felício, 2019, p. 495.

⁷⁸ Guichard & Brandão Proença, 2018, p. 400; e Trigo, 2015, p. 25; por outro lado, poderá relevar para a imputação da responsabilidade ao utilizador do VA que não é, simultaneamente, o detentor do VA, não lhe sendo, por isso, aplicável a norma do art. 503.º CC. Neste sentido, *vide* Mota Pinto, 2020, p. 115.

culpa. Poderá, porém, ponderar-se a conduta negligente do programador do *software* de IA, que poderia ter precavido o dano ao realizar uma atualização de *software*, conhecida que fosse a falha que leva ao dano⁷⁹.

Por fim, a par da dificuldade em identificar o ato ou omissão do agente que leva ao dano, surgem igualmente dificuldades na identificação do nexo de causalidade entre o facto e o dano, pois aquele está intimamente ligado com este pressuposto.

Ora, se a falta de um pressuposto é suficiente para afastar a responsabilidade civil aquiliana, muito mais o será quando a falta de preenchimento de um pressuposto leva à falta de preenchimento de outro pressuposto.

Pensemos no caso de um VA nível 5 que, ao fazer uma curva fechada, embate na traseira de um veículo parado após essa curva.

Qual foi, em concreto, o facto do agente? Na verdade, este apenas se limitou a confiar no sistema de IA, que defraudou a sua confiança. Não nos parece possível, por isso, descortinar um qualquer facto que possa gerar responsabilidade para o utilizador do VA. Por outro lado, como não atuou, também não merece qualquer juízo ético-jurídico de censura, nem é possível estabelecer uma conexão entre a sua ação e os danos provocados, desde logo porque aquela inexistente.

A única fonte de responsabilização do utilizador recairá, assim, no princípio jurídico já abordado do *ubi commodum ibi incommodum*, sendo responsabilizado (objetivamente) por ser ele que usufrui das vantagens do VA e, por isso, responsável pelos perigos especiais da sua utilização.

Num cenário destes, nem mesmo as presunções de culpa estabelecidas no CC poderão ser úteis à responsabilidade civil subjetiva.

Tem-se equacionado a hipótese de aplicar aos utilizadores de VAs a presunção de culpa do artigo 491.º CC, que estabelece a culpa dos obrigados à vigilância. Porém, a norma parece apontar para a necessidade de o vigiado possuir personalidade jurídica (embora limitada em virtude do estatuto de incapaz), posição que já rejeitámos acima.

Por outro lado, mesmo com a criação de norma semelhante que obrigasse à vigilância do VA, sempre estaria o exercício da vigilância condicionado pelas “concepções dominantes e os costumes (...) de modo a não poder considerar-se culpado quem, de acordo com elas ou com eles, deixe certa liberdade às pessoas cuja vigilância lhe cabe”⁸⁰. Não se poderá deixar de julgar adequado que aquele que utiliza um VA confie no veículo, pelo que tal vigilância reconduzir-se-ia à simples manutenção mecânica do mesmo e à

⁷⁹ Como veremos, poderá o produtor do *software* não ser responsável ao abrigo do DL 383/89, se tiver obedecido aos padrões estabelecidos pelas autoridades públicas.

⁸⁰ Pires de Lima & Antunes Varela, 1987, p. 492, citando, por sua vez, Vaz Serra e apontando no mesmo sentido o acórdão da relação de Coimbra de 7 de junho de 1978.

supervisão já exigida e abordada de supervisão de VAs de nível 3 ou 4⁸¹. Só quando essa vigilância mecânica ou supervisão do VA de nível 3 ou 4 falhasse é que tal presunção seria aplicável.

Também se poderia pensar na aplicação da presunção do artigo 493.º aos acidentes com VAs.

Quanto à presunção estabelecida no n.º 1, a relevância negativa da causa virtual e a possibilidade de afastar a presunção provando que inexistente culpa da sua parte esvaziam de sentido a sua aplicação.

Com efeito, se o veículo não solicita a intervenção do condutor, e se não há qualquer erro mecânico que lhe possa ser imputável, só se poderá considerar o utilizador culpado por confiar no sistema de IA.

Por outro lado, se pensarmos na hipótese de o utilizador poder afastar a presunção de culpa provando que o acidente teria na mesma ocorrido se o seu veículo não fosse autónomo, tal hipótese (que nos parece a mais justa) levaria a uma abrangente desresponsabilização do utilizador.

Mais controversa será a aplicação da presunção consagrada no n.º 2 aos veículos autónomos⁸².

Isto porque o Supremo Tribunal de Justiça já excluiu a sua aplicabilidade aos acidentes rodoviários⁸³. Também Antunes Varela e Pires de Lima se pronunciam pela exclusão dos acidentes rodoviários do âmbito desta presunção, por considerarem que

Atendendo à especial perigosidade inerente à circulação de veículos, o legislador admitiu neste domínio, para protecção dos lesados a responsabilidade pelo risco (art. 503º). Mas não há qualquer indício de que, além desta protecção (...) o legislador tenha querido afastar também o princípio segundo o qual é ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão (art. 487.º) quando a acção de indemnização se baseie na culpa e não no risco. Pelo contrário, há vários preceitos (arts. 504.º, n.º 2, 506.º, n.º 1, 507.º, n.ºs 1 e 2, e 508, n.ºs 1 e 2) que aludem à culpa do responsável pelos danos, não podendo deixar de entender-se que se trata da culpa provada e não da simples culpa presumida⁸⁴.

⁸¹ Nos casos de veículos autónomos de nível 3 ou 4, o “condutor” do veículo estará adstrito a um dever de vigilância e prevenção, já que existirão situações em que aquele será mesmo chamado a intervir. Nesse caso, ao incumprir “o dever de vigilância e prevenção de que estava incumbido, descuro, culposamente, o dever de cuidado assumido para com o outro e incorreu em responsabilidade delitual subjectiva por omissão – art. 486º do Código Civil”, Felício, 2019, p. 512, podendo ser a sua culpa presumida por aplicação analógica destas presunções.

⁸² Guichard & Brandão Proença (coords.), 2018, pp. 401-402.

⁸³ Orientação cristalizada no Assento 1/80 STJ de 21/11/1979 – Porém, têm-se levantado vozes contra esta orientação: Trigo, 2010, pp. 22 – 45; e Pinto Oliveira, 2013, p. 120.

⁸⁴ Pires de Lima & Antunes Varela, 1987, p. 496.

Acresce que “é perigosa uma actividade que, segundo aquelas regras, envolve uma grande propensão para ocorrência de danos”⁸⁵. Se se considera, ainda que com críticas, que a circulação de veículos automóveis com condutor não oferece uma grande *propensão para ocorrência de danos*, por maioria de razão não se poderá considerar tal propensão a propósito dos VAs, atentas as expectativas de maior segurança que estes oferecem.

Não nos parece que a mudança operada com a entrada em circulação de veículos autónomos afaste os argumentos aduzidos pelos defensores da inaplicabilidade desta presunção aos acidentes rodoviários, pelo que defendemos, igualmente, a sua não aplicação⁸⁶.

Mas os argumentos aduzidos serão também relevantes para que se critique a aplicabilidade da presunção do n.º 1 aos veículos autónomos. Isto é, tendo o legislador fornecido ao lesado uma via indemnizatória simples, fundada no risco, e por isso excluindo a necessidade de culpa do lesante, deverá ter-se por adequada a utilização de uma presunção de culpa se o lesado preferir intentar a ação de indemnização com fundamento na culpa e não no risco?

Não nos parece, nem nos parece que a vontade do legislador (cientes de que essa vontade não previu a realidade trazida pelos veículos autónomos) fosse essa, mas antes a via da responsabilidade objetiva.

4.3. Outros regimes de responsabilidade civil no CC

Ponderados que foram os regimes da responsabilidade civil objetiva e aquiliana, resta-nos analisar em passagem outras duas vias possíveis de imputação, cuja aplicação exigiria esforços interpretativos, mas que interessa analisar.

Como ponto prévio diremos que não vemos utilidade na sua aplicação, pois o resultado da mesma obter-se-á pela aplicação dos artigos 503.º a 506.º do CC, já vistos *supra*, e cujas dificuldades de aplicação são menores.

4.3.1. O regime da responsabilidade do comitente e comissário

Nesta secção, ponderaremos a possibilidade de aplicação do artigo 500.º do CC aos casos em que o dano seja provocado pelo veículo autónomo. Volvendo ao caso exemplificativo exposto anteriormente, o Tesla seria o comissário, e o utilizador o comitente, pelo que responderia, independentemente de culpa, pelos danos causados pelo VA.

⁸⁵ Miranda Barbosa, 2017, p. 243.

⁸⁶ Em sentido contrário, Mota Pinto, 2020, p. 116 não exclui que a condução automatizada possa ser considerada atividade perigosa para efeitos de aplicação da presunção do art. 493.º, n.º 2.

Porém, para que haja lugar à responsabilidade do comitente, é necessário que sobre o comissário recaia a obrigação de indemnizar, devendo o preceito “considerar-se aplicável não apenas aos casos de responsabilidade fundada na culpa, mas ainda aos casos de responsabilidade pelo risco ou pela prática de actos ilícitos”⁸⁷.

Ora, para a aplicação deste normativo seria necessário que ao VA pudesse ser dirigido um juízo de censura (culpa), e que o mesmo pudesse agir juridicamente, causando danos. Parece-nos, por isso, condição *sine qua non* que o VA detenha personalidade jurídica, podendo ser, por isso, um centro de imputação de deveres. Porém, como afirmámos *supra*, não defendemos a atribuição de personalidade jurídica aos veículos autónomos, razão pela qual nos é difícil conceber a aplicação deste artigo ao caso que nos ocupa⁸⁸.

Além do que se acaba de dizer, para que se verifique a responsabilidade do comitente seria necessário que entre o utilizador e o VA se estabelecesse uma relação de comissão, o que “pressupõe uma relação de dependência (...) entre o comitente e o comissário, que autorize aquele a dar ordens ou instruções a este, pois só essa possibilidade de direcção é capaz de justificar a responsabilidade do primeiro pelos actos do segundo”⁸⁹.

Também na verificação deste requisito se nos levantam dúvidas. Com efeito, não existirá entre o proprietário e o VA uma verdadeira relação de comissão, na medida em que aquele não tem poder de direcção sobre este, limitando-se, isso sim, a indicar um destino, mas não interferindo no modo de execução⁹⁰.

Falhando a relação de comissão, caracterizada pelo poder de direcção, falha também a aplicação da responsabilidade do comitente.

Por fim, é pedra basilar e fundamento da responsabilidade do comitente a sua posição de garante da indemnização e não de responsável definitivo⁹¹.

Ora, no caso dos veículos autónomos, seria impossível ao comitente exercer o direito de regresso contra o veículo, posto que aquele, não tendo personalidade jurídica,

⁸⁷ Pires de Lima & Antunes Varela, 1987, p. 507.

⁸⁸ Felício, 2019, p. 515.

⁸⁹ Antunes Varela, 2008, p. 640.

⁹⁰ É expectável que a maior parte dos utilizadores dos veículos autónomos não tenham conhecimentos técnicos aprofundados sobre o modo de funcionamento do veículo, nem tal lhes é exigível.

⁹¹ Neste sentido, Antunes Varela, 2008, pp. 645-646, buscando o fundamento da responsabilidade do comitente, afirma: “Mas esta razão [princípio *ubi commodum ibi incommodum*], conquanto não seja inteiramente descabida, não chega para explicar todo o regime fixado na lei, visto o comitente (...) não suportar definitivamente o peso da indemnização. Ele goza, em princípio, do direito de regresso contra o comissário, para se ressarcir de quanto haja pago (art. 500.º, n.º 3). Por consequência, a nota mais característica da situação do comitente é a sua posição de garante da indemnização perante o terceiro lesado, e não a oneração do seu património com um encargo definitivo”; questionando “se a responsabilidade do comitente não devia desligar-se da ideia de garantia (é difícil, identificarmos, por vezes, um culpado) e assumir-se como responsabilidade decorrente do exercício de uma actividade empresarial ou individual com recurso a dependentes. No fundo, uma responsabilidade pelo risco, organizativo e humano”, *vide* Brandão Proença, 2018, p. 105.

não disporia de património para ressarcir o comitente, assim se frustrando o fundamento da responsabilidade do comitente, que passaria a ver onerado, em definitivo, o seu património.

4.3.2. Danos causados por animais

Poder-se-ia ainda ponderar a aplicação analógica do artigo 502.º do CC, ou até mesmo a criação de uma norma semelhante, mas específica para o caso dos VAs, que previsse a responsabilidade objetiva daquele que utiliza o VA no seu próprio interesse e que causa danos decorrentes dos perigos especiais que envolvem a sua utilização.

Por perigo especial entendemos “o que é característico ou típico dos animais utilizados, variando com a natureza destes”⁹². A variabilidade dos perigos é útil aos veículos autónomos, já que os mesmos diferirão consoante o nível de sofisticação daqueles e o tipo de veículo.

Por outro lado, o âmbito de aplicação deste artigo não se confunde com a presunção de culpa estabelecida pelo artigo 493.º do CC: “o artigo 493.º refere-se às pessoas que assumiram o encargo da vigilância dos animais (...), enquanto o disposto no artigo 502.º é aplicável aos que utilizam os animais do seu próprio interesse”⁹³.

Ou seja, no caso de aplicação deste normativo, o utilizador responderia objetivamente pelos danos resultantes dos perigos especiais que envolvem a utilização dos VAs, como seja um atropelamento, um acidente, um despiste, etc. São riscos que, embora se esperem menores, não desaparecerão na totalidade com a mobilidade autónoma, e por isso o utilizador do VA responderia quando estes se concretizassem, com fundamento no já aludido princípio *ubi commodum ibi incommodum*.

A solução postulada pelo artigo 502.º do CC será, porventura, de mais simples aplicação, mas não parece comportar as previsões do regime dos artigos 503.º a 506.º do mesmo diploma, nomeadamente a exclusão de responsabilidade quando exista culpa do lesado ou de terceiro, nem estando sujeita aos limites indemnizatórios do artigo 508.º.

Por outro lado, a previsão do artigo 502.º do CC exige a definição “das lesões típicas da espécie considerada”⁹⁴, o que parece dificilmente coadunável com a volatilidade do progresso científico⁹⁵.

Por isso, embora nos pareça passível de ser aplicada aos VAs, a verdade é que o resultado prático da sua aplicação coincidirá com o resultado da aplicação dos artigos

⁹² Almeida Costa, 2008, p. 625.

⁹³ Pires de Lima & Antunes Varela, 1987, p. 511.

⁹⁴ Sousa Antunes, 2019, p. 148.

⁹⁵ *Idem*.

503.º a 506.º do CC, sendo certo que esse regime, porque mais completo, parece mais adequado ao que decorre do artigo em análise⁹⁶.

4.4. Regime da responsabilidade civil do produtor – DL n.º 383/89, de 06 de novembro

O regime da responsabilidade civil do produtor surge da transposição da Diretiva n.º 85/374/CEE e estabelece a responsabilidade objetiva do produtor⁹⁷.

Como nota Bryant Walker Smith, relativamente à responsabilidade do produtor, a indústria automóvel “irá suportar uma fatia maior de um bolo menor de custos com acidentes de viação”⁹⁸.

Se o produtor for, simultaneamente, operador de *backend*, isto é, exercer algum controlo sobre o sistema de IA por definir as características da tecnologia, por fornecer dados ou por prestar serviços essenciais de apoio, de forma contínua, então a regulação da sua responsabilidade deixa de se fazer pela Diretiva 85/374/CEE (e, por conseguinte, pelo DL 383/89) e, sendo este aprovado, far-se-á pela aplicação do Regulamento proposto na ResP’20⁹⁹. Só quando o produtor não coincidir com o operador de *backend* é que será responsável nos termos da Diretiva 85/374/CEE.

Sendo uma responsabilidade objetiva, ao lesado bastará provar a existência do defeito, o dano e o nexo de causalidade¹⁰⁰, imputando a responsabilidade ao produtor, pelo que se torna imperioso o teste aos conceitos de produtor e defeito e a delimitação dos danos abrangidos por este regime na aplicação dos mesmos aos defeitos em VAs.

Relativamente ao conceito de produtor, apresentado pelo artigo 2.º do DL 383/89, a lei “abrange o produtor real (n.º 1) e o aparente (n.º 2), ou seja, o que põe em circulação produtos nos quais não é identificado o respectivo produtor”¹⁰¹.

O produtor real corresponde a “toda a pessoa, física ou meramente jurídica que, sob a sua responsabilidade, participa na criação do produto, seja do produto acabado, de uma parte componente ou da matéria-prima”¹⁰², e o produtor aparente corresponde àquele “que se apresente como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo”¹⁰³. A estes conceitos junta-se ainda o de produtor presumido, constante

⁹⁶ No mesmo sentido, Sousa Antunes, 2019, p. 147.

⁹⁷ Cfr. art. 1.º do DL. N.º 383/89, de 06 de novembro (doravante apenas DL 383).

⁹⁸ Smith, 2017, p. 71 – tradução nossa, do original “will likely bear a bigger slice of a smaller pie of total crash costs”; parece concordar Mota Pinto, 2020, p. 119.

⁹⁹ De acordo com o art. 11.º do regulamento proposto pela ResPe’20.

¹⁰⁰ Cfr. art. 4.º da Diretiva n.º 85/374/CEE; Mota Pinto, 2020, p. 123; Calvão da Silva, 1990, p. 496; considerando que por vezes a prova do defeito e do nexo de causalidade poderá constituir *probatio diabolica*, vide Trigo, 2015, p. 110.

¹⁰¹ Romano Martinez, 2003, p. 112.

¹⁰² Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14/07/2010, proferido no âmbito do proc. 1073/2000.P1, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁰³ *Idem*.

da al. b) do n.º 2 do artigo 2.º do DL 383/89, “entendendo-se como tal o produtor que, na (...) União Europeia – e no exercício da sua actividade comercial – importe do exterior da mesma produtos para venda, aluguer, locação financeira ou outra qualquer forma de distribuição”¹⁰⁴, e o conceito de fornecedor de produto anónimo, “i. e., qualquer fornecedor de produto cujo produtor comunitário ou importador não esteja identificado, salvo se, notificado por escrito, comunicar ao lesado, no prazo de três meses, igualmente por escrito, a identidade de um ou de outro, ou a de algum fornecedor precedente”¹⁰⁵, também positivado na alínea b) do n.º 2 do artigo 2.º do referido DL¹⁰⁶.

Esta conceção abrangente de produtor é útil aos VAs. De facto, a produção de VAs tende a ser descentralizada, e o papel do produtor de cada componente do VA pode revelar-se crucial para a produção de danos¹⁰⁷. Se o lesado não conhecer a identidade do produtor real de determinado componente, poderá sempre acionar o produtor aparente (que apõe a sua marca no veículo). Havendo mais do que um responsável, a responsabilidade entre os produtores é solidária, facilitando também a compensação dos lesados.

Mais perniciosa será a questão de saber se o conceito de produto cristalizado na Diretiva 85/374/CEE abarca o conceito de *software*, que como vemos tem grande importância na realidade que estudamos enquanto ponto central no correto funcionamento dos VAs. Relativamente aos restantes componentes do VA, máxime o *hardware*, o conceito de produto é lato o suficiente para o abranger.

O Tribunal da Relação do Porto considera que este conceito abrange “todo o tipo de bens produzidos – com excepção dos imóveis – independentemente de se tratar de bens de consumo (...), bens de produção (...) bens industriais (...) ou até bens artesanais”¹⁰⁸.

A questão não é pacífica na doutrina, havendo os defensores da inclusão do *software* no conceito de produto¹⁰⁹, sobretudo se estandardizado, e aqueles que defendem o contrário, i. e., que a definição de produto constante do regime de responsabilidade civil do produtor não inclui o *software*¹¹⁰.

Recentemente, as Diretivas 2019/770 e 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho vieram estabelecer que o produtor ou vendedor são responsáveis pelas falta de

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ *Idem.*

¹⁰⁶ Igual categorização é feita por Miranda Barbosa, 2018, pp. 239-240; Trigo, 2015, p. 106.

¹⁰⁷ Felício, 2019, p. 504; Mota Pinto, 2020, p. 121.

¹⁰⁸ Acórdão de 14/07/2010, proferido no âmbito do proc. 1073/2000.P1, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁰⁹ Entre nós Calvão da Silva, 1990, pp. 613 e ss. e Felício, 2019b, p. 30.

¹¹⁰ Entre nós, Paiva Coelho, 2017, p. 16; e lá fora, K. Gurney, 2013, p. 259; no mesmo sentido parece ir Turner, 2019, pp. 96-97.

conformidade dos conteúdos e serviços digitais¹¹¹, conferindo aos consumidores o direito à reparação, substituição ou redução do preço.

Também tal deveria suceder relativamente à Diretiva 85/374/CEE, abrangendo expressamente os serviços e conteúdos digitais na responsabilidade do produtor pelos danos causados pelos produtos que põe em circulação.

Por isso, entendemos prudente a alteração da definição de produto, dela se fazendo constar expressamente a inclusão do *software*, o que trará maior certeza e segurança jurídica. *De iure constituto*, entendemos ser possível tal inclusão, mas apenas por recurso a uma interpretação extensiva.

Relativamente ao conceito de defeito, este difere daquele prospetado pelo artigo 913.º do CC¹¹². A segurança é a tónica do conceito de defeito para efeitos do DL 383/89¹¹³. No entanto, a segurança exigida pelo DL 383/89 não é uma segurança absoluta, mas antes aquela com que o público em geral possa legitimamente contar¹¹⁴, não sendo defeituoso o produto que fica obsoleto pela entrada no mercado de um novo mais seguro¹¹⁵.

Para a averiguação do conceito de defeito, o qual, não sendo unívoco, carecerá de uma apreciação caso a caso pelo juiz, a lei fornece três indicadores a ter em conta: a apresentação do produto, a utilização que do produto possa razoavelmente ser feita e o momento da sua entrada em circulação¹¹⁶.

Assim, será relevante para a determinação da existência de defeito no VA a sua apresentação, isto é, o seu aspeto exterior, a sua descrição, a publicidade feita a esse mesmo veículo, e as advertências e informações que o acompanham¹¹⁷.

Os VAs deverão também oferecer a segurança com que legitimamente se possa contar, não só durante a utilização preconizada pelo produtor, mas durante todas as utilizações que dele possam razoavelmente ser feitas, abarcando os comportamentos previsíveis do utilizador mesmo que constituam um uso incorreto, mas socialmente previsível¹¹⁸. Ora, é socialmente previsível a utilização de VAs por crianças, idosos ou

¹¹¹ Para maior aprofundamento do tema *vide* Morais Carvalho, 2019.

¹¹² Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal da Justiça de 09/09/2010, proferido no âmbito do proc. 63/10.0YFLSB, disponível em www.dgsi.pt.

¹¹³ Trigo, 2015, p. 107, de forma elucidativa: “Por outras palavras, no domínio do regime que estamos a considerar, produto defeituoso é um produto perigoso”.

¹¹⁴ Mouzinho, 2007, pp. 22-23 e o já referido acórdão do STJ de 09/09/2010.

¹¹⁵ O que é adequado à realidade dos veículos autónomos, cujo desenvolvimento tecnológico voraz tenderá à rápida desatualização dos modelos.

¹¹⁶ Mota Pinto, 2020, p. 120; Trigo, 2015, p. 107.

¹¹⁷ Mouzinho, 2007, pp. 23-24; Paiva Coelho, 2017, p. 22.

¹¹⁸ *Idem*.

pessoas com deficiência¹¹⁹, pelo que os VAs deverão proporcionar uma utilização segura mesmo quando usados por estes utilizadores.

Por fim, é ainda relevante o momento da entrada em circulação do produto para aferir da existência ou não de defeito, já que só existirá defeito caso o produto já não oferecesse a segurança com que legitimamente se poderia contar no momento da entrada em circulação, isto é,

o juiz não pode ater-se ao momento da ocorrência do dano ou do próprio julgamento, mas deve reportar-se à data da sua colocação em circulação. Se nessa data, o produto oferecia a segurança com que legitimamente o grande público podia contar, o produto é “perfeito”, mesmo que posteriormente venha a ser aperfeiçoado pelo produtor¹²⁰.

Tal limitação é útil no caso dos VAs. Todos conhecemos a velocidade a que a tecnologia evolui. Porém, como se viu, não será defeituoso o VA que não ofereça as características de segurança de um veículo mais moderno, desde que, à altura da sua entrada em circulação, tais melhorias não fossem ainda conhecidas, assim se encontrando o equilíbrio entre a exigência de segurança aos produtores e a margem de inovação essencial para o desenvolvimento tecnológico.

Convém ainda notar que no conceito de defeito cabem os defeitos de concepção¹²¹, de fabrico¹²², os defeitos de informação¹²³⁻¹²⁴ e os riscos de desenvolvimento, já aflorados *supra*¹²⁵, e excluídos do âmbito da responsabilidade do produtor.

Também o conceito de defeito, com a abrangência explorada, não nos oferece dificuldade acrescida para o tema da presente dissertação. Maior discussão poderá gerar a exclusão dos riscos de desenvolvimento, cujos danos em concreto podem ser por demais gravosos.

¹¹⁹ Recorde-se que uma das potenciais vantagens dos veículos autónomos é a possibilidade de conferirem maior autonomia às crianças, aos idosos e às pessoas com deficiência, os quais poderão fazer um uso incorreto da coisa; porém, no atual estado de desenvolvimento, tal não é ainda possível.

¹²⁰ Calvão da Silva, 1990, p. 644.

¹²¹ Que segundo Mouzinho, 2007, p. 28, consiste em “erros ou deficiências existentes na fase inicial do planeamento e preparação da produção. Trata-se de um defeito na concepção, idealização ou projectação de um produto. O defeito de concepção vai-se estender a todos os exemplares pertencentes da mesma linha de produção”.

¹²² Calvão da Silva, 1990, p. 658, explica que estes “são os defeitos que surgem na fase propriamente dita de laboração, produção ou fabrico, em execução do projecto ou design perfeito, defeitos típicos da moderna produção de massa industrial, automatizada e estandardizada, e devidos a falhas mecânicas ou/e humanas da organização empresarial. (...) A sua característica é a inerência apenas a algum ou alguns exemplares de uma série regular”.

¹²³ Considerando-os como vícios extrínsecos ao produto, concretizam-se “quando o produtor comercializa um produto e não indica, de forma adequada e suficiente, as informações, advertências e instruções a ter em conta pelo consumidor na utilização do produto, bem como os perigos e os riscos que estão associados ao mesmo, mas que o consumidor não tem forma de saber, se não for indicado pelo produtor”, Paiva Coelho, 2017, p. 25.

¹²⁴ Estes revestirão especial importância, pois que a introdução de uma nova realidade, apresentada como mais segura, não eliminará de forma total os danos provenientes da circulação terrestre. Torna-se, por isso, necessário “refrear as expectativas que [o público] possa formar quanto ao funcionamento e potencial dos veículos autónomos”, Felício, 2019, p. 507.

¹²⁵ Vide n. 37 da presente dissertação.

Visto que os conceitos de produtor, produto e defeito estão alinhados, em geral, com a realidade introduzida pelos VAs, cumprirá agora analisar quais os danos abrangidos pelo produtor de VAs quando os veículos (produtos) apresentem algum dos defeitos enunciados.

O regime da responsabilidade do produtor exclui quer os danos no próprio produto defeituoso (ou seja, no próprio VA), quer os danos em coisa diversa do produto se aquela for utilizada para fins profissionais.

A este propósito, escreve Calvão da Silva que

Em contraste com o que se passa no dano morte ou na lesão pessoal, em que a protecção da saúde e da segurança é a mesma para todos os lesados por produto defeituoso circulante no mercado, seja um consumidor propriamente dito, um profissional que utiliza o produto no exercício da sua profissão ou mesmo um simples *bystander*, no caso dos danos em coisas a nova lei protege apenas o consumidor em sentido estrito, isto é, aquele que utilizava a coisa destruída ou deteriorada pelo produto defeituoso para um fim privado, pessoal, familiar ou doméstico e não para um fim profissional¹²⁶.

Na verdade, o regime da responsabilidade do produtor visa fornecer uma maior protecção ao consumidor lesado, o qual, potencialmente, pode sofrer pesados danos em virtude da maior industrialização e da produção em massa de bens de consumo¹²⁷. Contudo, os danos excluídos pelo presente regime são passíveis de ser indemnizados pelas regras de direito comum, ou reclamados, junto do produtor, pelas regras dos artigos 913.º e ss. do CC¹²⁸.

No entanto, poderia ser mais proveitosa para o lesado a utilização de uma via única de responsabilização, sobretudo quando essa via de responsabilização prescinde da prova da culpa.

De referir ainda que o artigo 5.º do DL 383 estabelece um conjunto de situações que excluem a responsabilidade do produtor.

A grande parte dessas causas de exclusão está ligada aos conceitos testados a propósito dos VAs. Analisaremos, por isso, as mais relevantes relativamente à introdução de veículos autónomos.

Começemos pela exclusão da responsabilidade do produtor quando o defeito se deve à conformidade com normas imperativas de produção. Prevê-se que surjam reguladores dos sistemas de IA¹²⁹ que estabeleçam determinados *standards* de

¹²⁶ Calvão da Silva, 2020, p. 698.

¹²⁷ Felício, 2019, pp. 505 e 508; Calvão da Silva, 1990, pp. 496 e ss.

¹²⁸ Neste sentido parece ir Calvão da Silva, 1990, pp. 703 e 706.

¹²⁹ A ResPe sugere a criação de uma Agência Europeia “a fim de prestar o aconselhamento técnico, ético e regulamentar especializado necessário”, considerando ainda que deverá ser dotada de especialistas técnicos

segurança. Se um veículo se revela defeituoso por estar de acordo com esses *standards* exigidos pelo regulador, seria por demais injusto onerar o produtor que se limitou a cumprir as normas regulamentares.

Por outro lado, não se responsabilizará o produtor de parte componente quando o defeito desse componente se deva a um defeito de conceção do fabricante do produto final, ou às instruções por ele dadas. Nesse caso responderá o produtor final.

Por fim, o DL 383/89 não abrange os já expostos riscos de desenvolvimento¹³⁰, isto é, os defeitos que o estado científico e técnico ao tempo da sua conceção não permitia identificar.

Este será o ponto que deverá merecer maior atenção por parte do legislador. Com efeito, poderia pensar-se num regime de responsabilidade agravada do produtor que incluísse os riscos de desenvolvimento e dispensasse a prova da imputação do acidente a um concreto defeito, partilhando o produtor essa responsabilidade agravada com o detentor do veículo que dele usufrui e retira as respetivas vantagens, evitando-se a deslocação total da responsabilidade para o produtor. Uma vez compensados os danos, caberia aos responsáveis, i. e., detentor e produtor, averiguar quem, de entre si, contribuiria de forma mais relevante para a produção do dano, e ajustar a respetiva responsabilidade nas relações internas¹³¹.

À semelhança do que vimos a propósito da responsabilidade objetiva por acidentes de viação, a responsabilidade do produtor é também diminuída, ou até mesmo excluída, se existir culpa do lesado na produção dos danos. Se, por exemplo, há uma utilização incorreta do veículo autónomo, o produtor poderá eximir-se da sua responsabilidade. Tal já não sucederá, de acordo com o artigo 7.º, n.º 2, do DL383/89, se para o dano concorrer intervenção de terceiro e a existência de defeito.

Em suma, o regime da responsabilidade civil do produtor parece-nos aplicável, grosso modo, à responsabilidade civil do produtor de veículos autónomos¹³², e este regime revestirá especial importância pois

é previsível que a transição para a utilização de veículos autónomos provoque uma crescente deslocação de responsabilidade para o produtor e para o fornecedor de componentes do sistema (por exemplo, de câmaras, sensores

para controlo do setor e, se necessário, recomendar “medidas de regulação, a definição de novos princípios e a resolução de potenciais questões de protecção ao consumidor e de problemas sistemáticos”.

¹³⁰ Não utilizando a possibilidade conferida pela Diretiva 85/374/CEE de os incluir.

¹³¹ Esta proposta é descrita por Mota Pinto, 2020, p. 124, que lhe aponta dois problemas fundamentais: os riscos de desenvolvimento teriam de ser previsíveis, e a sua implementação careceria de uma intervenção a nível europeu.

¹³² E tem a vantagem de ser “aquele que consegue evitar ou ressarcir os danos a um menor custo, prevenindo-os ou segurando-os”, Mota Pinto, 2020, p. 111.

ou software), desde que os acidentes passem a ser predominantemente causados por defeitos do produto¹³³.

Chamaríamos apenas a atenção para três pontos que deverão merecer especial cuidado: i) a necessidade de clarificação do conceito de produto, dele se fazendo constar expressamente o *software*; ii) com a realidade trazida pelos VAs, poderá ser de repensar a não inclusão dos riscos de desenvolvimento na responsabilidade civil do produtor; e iii) a articulação deste regime com aquele que vier a ser proposto pela EU, nomeadamente na articulação da responsabilidade civil do produtor e do operador de *backend*.

¹³³ Mota Pinto, 2020, p. 121.

Conclusões

A Inteligência Artificial, em geral, e a condução autónoma, em particular, são realidades que já não podemos ignorar.

Pelo contrário, o ideário sonhado no século passado é, cada vez mais, um dado adquirido no presente, pelo que entendemos caber nesta fase ao Direito o papel fundamental de antecipar a sua chegada, regulando-a de forma a limitar os malefícios daí decorrentes e potenciando as inúmeras vantagens que nos têm a oferecer.

Por forma a induzir na população um sentimento de confiança na utilização de tal tecnologia, o desenho da responsabilidade civil decorrente da utilização, no nosso caso, de veículos autónomos, é uma exigência.

Com o presente trabalho analisámos as diversas vias de responsabilização que o regime de responsabilidade civil vigente nos oferece, e concluímos que, na fase atual, o mesmo não se torna obsoleto com a entrada em cena dos veículos autónomos.

Começando por tecer algumas considerações sobre as especificidades introduzidas pelos veículos autónomos, expusemos o problema da multiplicidade de sujeitos na cadeia de responsabilidade civil, analisando ainda o problema da opacidade do processo que leva ao dano, e pronunciando-nos ainda relativamente à questão muito debatida sobre a atribuição, ou não, de personalidade jurídica aos veículos autónomos, tomando a posição de negação dessa responsabilidade.

Entrando na análise dos regimes de responsabilidade civil, começámos por observar que o regime gizado para responder ao problema da responsabilidade civil de veículos terrestres, positivado nos artigos 503.º a 506.º do Código Civil, e que postula a responsabilidade objetiva do detentor, se mantém adequado aos veículos autónomos, ultrapassado que seja o problema de descortinar, entre o operador de *frontend*¹³⁴ e o operador de *backend*¹³⁵, aquele a cuja falha se ficou a dever o acidente.

A responsabilidade do detentor deverá estar coberta por um seguro de responsabilidade civil, em tudo semelhante ao que sucede, nos dias de hoje, relativamente aos veículos “tradicionais”.

Neste âmbito, deverá ponderar-se a obrigatoriedade de seguro de responsabilidade civil também para o produtor, pois este assumirá uma parte maior de um total menor de danos causados pelos veículos autónomos.

Se o regime de responsabilidade civil objetiva decorrente dos artigos 503.º a 506.º do CC nos parece preparado para receber os veículos autónomos, o mesmo não sucede

¹³⁴ Entendido como qualquer pessoa que exerça um grau de controlo sobre o risco relacionado com o veículo, neste caso, e beneficie da operação do mesmo.

¹³⁵ Entendido como qualquer pessoa que exerça um grau de controlo sobre o risco associado ao veículo, através da tecnologia do mesmo (*maxime o software*).

relativamente ao sistema geral de responsabilidade civil, que encontra a sua matriz no artigo 483.º do CC.

Com efeito, na perspetiva de um veículo que se conduz sozinho, prescindindo das capacidades do humano condutor, não existirá, em princípio, qualquer ação ou omissão desse humano que possa causar danos. Não existindo ação ou omissão danosa, não é possível, em concreto, estabelecer um nexo entre a conduta do humano e o dano gerado. Por fim, inexistindo ação, inexistente também juízo de censura dirigido ao humano.

Nem mesmo as presunções de culpa nos parecem ser um auxílio nesta via de responsabilização. Se aquela que tem o seu regime previsto no artigo 491.º do CC nos parece totalmente inadequada (por o veículo autónomo ser destituído de personalidade jurídica), a que consta do artigo 493.º, n.º 1 do CC parece-nos inutilmente aplicável à CA, pois embora a CA caiba no escopo da norma, a verdade é que as possibilidades de afastamento da presunção previstas na própria norma esvaziam a sua aplicabilidade prática.

Mais perniciosa é a questão de saber se a presunção de culpa do artigo 493.º, n.º 2, do CC se poderá aplicar aos veículos autónomos. Para debater tal questão, relembremos a doutrina do Assento 1/80, a qual, embora cada vez mais conheça vozes discordantes, se mantém ainda em vigor. E, não sendo tal presunção aplicável à condução “tradicional”, por maioria de razão (atentas as expectativas de maior segurança associadas à CA) não se poderá aplicar aos veículos autónomos.

A tudo isto se soma o argumento de que tendo o legislador fornecido a via da responsabilidade objetiva para os casos de danos causados por veículos, não resulta do texto legal que, em sede de responsabilidade por culpa, quisesse obviar ao ónus da prova da culpa pelo lesado.

Vistas as principais vias de responsabilização do CC, procurámos ainda olhar a dois regimes de responsabilização: (i) o regime da responsabilidade do comitente; e (ii) o regime de responsabilidade por animais.

Quanto ao primeiro, supondo que o veículo autónomo representaria o papel de comissário e o detentor do veículo o papel de comitente, excluámos a sua aplicabilidade aos veículos autónomos por três ordens de razões: a primeira, porque para que o comitente possa ser responsabilizado é necessário que sobre o comissário recaia o dever de indemnizar, o que pressupõe a personalidade jurídica daquele, posição recusada no início do trabalho; por outro lado, entre o utilizador e o VA teria de existir uma relação de comissão, o que também não nos parece ser o caso; e, por fim, a posição do comitente é uma posição de garantia (atento o direito de regresso que pode exercer contra o comissário), sendo que, no caso dos veículos autónomos, acabaria por ser o responsável definitivo.

No tocante ao regime de responsabilidade por danos causados por animais, embora o mesmo seja passível de ser aplicado aos veículos autônomos, estabelecendo inclusive um regime de responsabilização mais simples do que o que resulta dos artigos 503.º a 506.º do CC, a verdade é que este último regime é mais completo, e as soluções alcançadas por uma e outra via seriam, *latu sensu*, as mesmas, sendo por isso preferível a opção pelo regime mais completo.

Mais extensa foi a análise ao regime da responsabilidade civil do produtor, sobretudo testando a resistência dos conceitos enunciados no DL 383/89 às especificidades introduzidas pelos veículos autônomos.

Concluindo pela sua aplicabilidade, grosso modo, aos produtores de veículos autônomos, enunciámos três pontos que merecem a atenção por parte do legislador: (i) a necessidade de aclaração do conceito de produto, dele se fazendo constar, expressamente, o *software*; (ii) a ponderação, relativamente aos veículos autônomos, pelo menos, de inclusão dos riscos de desenvolvimento no âmbito da responsabilidade civil do produtor; e (iii) a necessidade de se fazer uma correta coordenação entre o regime da responsabilidade civil do produtor e o regime de responsabilização do operador de *backend*.

Assim, concluímos que o sistema de responsabilidade civil vigente, com as suas múltiplas vias de responsabilização, está preparado, pelo menos numa primeira fase, para responder às exigências trazidas pelos veículos autônomos, através, essencialmente, da conjugação do regime decorrente dos artigos 503.º a 506.º do CC e do regime da responsabilidade civil do produtor.

Bibliografia

- ALMEIDA COSTA (2008). *Direito das obrigações*, 11.^a Edição revista e atualizada. Coimbra: Almedina.
- AMADO GOMES, C. (2013). Risco(s) de civilização, responsabilidade comunicacionais e irresponsabilidades residuais. *Revista Julgar*, n.º 20, pp. 225 a 245.
- ANTUNES VARELA (2008). *Das obrigações em geral*, vol. 1, 10.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- BRANDÃO PROENÇA, J. (2004). Responsabilidade pelo risco do detentor do veículo e conduta do lesado: A lógica do “tudo ou nada”? *Cadernos de Direito Privado*, n.º 7, pp. 19 a 31.
- BRANDÃO PROENÇA, J. (2018). *Estudos de direito das obrigações: Contrato-promessa, responsabilidade civil, da proporcionalidade obrigacional*. Porto: Universidade Católica Editora.
- BRANDÃO PROENÇA, J. (coord.) (2018). *Comentário ao Código Civil: Direito das obrigações, das obrigações em geral*, vol. II. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- CALVÃO DA SILVA, J. (1990). *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina.
- EIDENMÜLLER, H. (2017). *Robots’ legal personality*. Oxford: University of Oxford, Faculty of Law. <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/03/robots%E2%80%99-legal-personality>.
- FELÍCIO, M. (2019). *Responsabilidade civil extracontratual por acidente de viação causado por veículo automatizado*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- FELÍCIO, M. (2019). Responsabilidade civil por acidente de viação causado por veículo automatizado. *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 1, pp. 493 a 524.
- GRIEMAN, K. (2018). Hard drive crash: An examination of liability for self-driving vehicles. *JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, no. 9, pp. 294 a 309.
- GURNEY, J.K. (2013). Sue my car not me: Products liability and accidents involving autonomous vehicles. *University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy*, n.º 2, pp. 247 a 277.
- MIRANDA BARBOSA, M. (2017). *Lições de responsabilidade civil*. Lisboa: Principia.
- MIRANDA BARBOSA, M. (2018). Responsabilidade civil do produtor e nexo de causalidade: Breves considerações. *Estudos de Direito do Consumo*, n.º 14, pp. 233 a 271.
- MIRANDA BARBOSA, M. (2020). Inteligência artificial, *e-persons* e direito: Desafios e perspectivas. In *Estudos de direito do consumidor – Direito e robótica. Actas do Congresso*, n.º 16, Coimbra, pp. 57 a 90.
- MORAIS CARVALHO, J. (2019). Venda de bens de consumo e fornecimento de conteúdos e serviços digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu impacto no direito português. *Revista Eletrónica de Direito*, vol. 20, n.º 3, pp. 64 a 87.
- MOREIA LOUSA, A.J. (2018). *Veículos autónomos e conectados – Tecnologia e identificação de possíveis alterações na infraestrutura de transporte*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Ciências e Tecnologia da Universidade de Coimbra.
- MOTA PINTO, P. (2020). Problemas jurídicos dos veículos autónomos. In *Estudos de direito do consumidor – Direito e robótica, Actas do Congresso*, n.º 16, Coimbra, pp. 93 a 153.

- MOUZINHO, A.N. (2007). *A responsabilidade civil do produtor*. Verbo Jurídico.
- NEVEJANS, N. (2016). *European civil law rules on robotics*. Study for the JURI Committee (European Parliament Directorate-General for Internal Policies).
- PAIVA COELHO, V. (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. 2 a 54.
- PINTO OLIVEIRA (2013). Responsabilidade objectiva. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 2 – Especial, pp. 109 e ss).
- PIRES DE LIMA & ANTUNES VARELA (1987). *Código Civil anotado*, vol. I, 4.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- ROMANO MARTINEZ, P. (2003). *Direito das obrigações, apontamentos*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- SAE INTERNATIONAL. *Taxonomy and definitions for terms related to driving automation systems for on-road motor vehicles*. https://saemobilus.sae.org/content/J3016_201806.
- SALPICO, N. (2014). Responsabilidade civil e acidentes de viação – discussão do concurso de culpas nos tribunais judiciais e administrativos. O condutor e os defeitos da estrada. In *Responsabilidade civil do Estado*, EBook. Centro de Estudos Judiciários.
- SMITH, B.W. (2019). Automated driving and product liability. *Michigan State Law Review*, vol. 1, pp. 1 a 74.
- SOLUM, L. B. (1994). Legal personhood for Artificial Intelligences. *North Carolina Law Review*, vol. 70, no. 4, pp. 1231 a 1287.
- SOUSA ANTUNES, H. (2019). Inteligência Artificial e responsabilidade civil: Enquadramento. *Revista de Direito da Responsabilidade*, pp. 139 a 154.
- SOUSA E SILVA, N. (2017). Direito e robótica: Uma primeira aproximação. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I, Ano 77, pp. 487 a 553.
- 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 a 711.
- TRIGO, M.G. (2010). Das presunções de culpa no regime da responsabilidade por acidentes de viação. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 32, pp. 22 e ss.
- TRIGO, M.G. (2015). *Responsabilidade civil – Temas especiais*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- TURNER, J. (2019). *Robot rules – Regulating Artificial Intelligence*. London: Palgrave Macmillan.
- VIANA DA SILVA, G. (2020). Veículos autónomos: Um novo desafio para o direito português. *Data Venia, Revista Jurídica Digital*, n.º 11, pp. 5 a 98.

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09/03/2010 (Paulo Sá), proferido no âmbito do proc. n.º 698/09.4YRLSB.S1, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14/04/2005 (Ferreira de Almeida), proferido no âmbito do proc. n.º 05B686, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04/10/2007 (Santos Bernardino), proferido no âmbito do proc. n.º 07B1710, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07/02/1985 (Campos Costa), proferido no âmbito do proc. n.º 072479, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal da Justiça de 09/09/2010 (Serra Baptista), proferido no âmbito do proc. n.º 63/10.OYFLSB, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14/07/2010 (Henrique Antunes). proferido no âmbito do proc. n.º 1073/2000.P1, disponível em www.dgsi.pt.

**A comunicação obrigatória de mecanismos de planeamento
fiscal e a sua interação com a Cláusula Geral Anti-Abuso**

Joana Isabel Gomes Delgado

Sob orientação do Professor
Doutor Tomás Maria Cantista de Castro Tavares

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Tomás Cantista Tavares,

À minha mãe, ao Rodrigo e demais família,

A todos aqueles que, de uma maneira ou outra, me ajudaram na elaboração deste projeto.

Resumo

O presente estudo versa sobre o novo regime de comunicação obrigatória de mecanismos potencialmente agressivos, implementado pela sexta alteração à Diretiva de Troca de Informações, e a forma como este se poderá relacionar com a Cláusula Geral Anti-Abuso. A partir da análise de um exemplo hipotético concreto, procederemos ao seu enquadramento no âmbito do referido regime, e mais concretamente à sua subsunção na característica-chave da conversão de rendimentos, sujeita à verificação do teste do benefício principal. Adicionalmente, confrontaremos o referido exemplo com os pressupostos da Cláusula Geral Anti-Abuso. O objetivo é delimitar na prática os diferentes pressupostos e âmbitos de aplicação dos dois institutos, e perceber a forma de interação que poderá estabelecer-se entre os dois. Devido ao caráter recente, e à ainda diminuta reflexão prática sobre a problemática aqui abordada, não se pretende com este trabalho encontrar resposta definitiva para as questões colocadas, mas tão só avançar com alguns contributos para uma reflexão crítica sobre as mesmas.

Palavras-chave: DAC 6; mecanismos de planeamento fiscal potencialmente agressivos; característica-chave; teste do benefício principal; abuso fiscal; Cláusula Geral Anti-Abuso.

Abstract

The present study covers the new Mandatory Disclosure Regime of potentially aggressive tax-planning arrangements implemented by the sixth amendment to the Administrative Cooperation Directive, and the way in which it may be related to the General Anti-Avoidance Rule. Based on the analysis of a specific hypothetical example, we will proceed to its framework under the aforementioned regime and, more specifically, to its subsumption in the Hallmark of the income conversion, linked to the main benefit test. Furthermore, we will confront the example with the General Anti-Avoidance Rule requirements. The aim is to not only practically delimit the different requirements and scope of application of the two regimes, but also to further comprehend the form of interaction that may be established between both. Nonetheless, and considering the recent nature and diminished practical application of the issue here addressed, it is not within the scope of this work to grant definitive answers to the questions posed, but only to proceed with some contributions for a critical reflection upon them.

Keywords: DAC 6; potentially aggressive tax-planning arrangements; Hallmarks; main benefit test; tax abuse; general anti-avoidance rule.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
Al.	Alínea
AOTCA	The Asia-Oceania Tax Consultants' Association
Art.	Artigo
AT	Administração Tributária e Aduaneira
ATAD	Anti-Tax Avoidance Directive
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting (Erosão da Base e Transferência de Lucros)
CAAD	Centro de Arbitragem Administrativa
CE	Comissão Europeia
CFE	Confédération Fiscale Européenne
Cfr.	Conforme
CGAA	Cláusula Geral Anti-Abuso
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
CIRS	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
DAC	Directive on Administrative Cooperation (Diretiva troca de informações)
DL	Decreto-Lei
DOTAS	Disclosure of tax avoidance schemes
EM	Estado Membro
<i>et al.</i>	<i>et alli</i>
GAAR	General Anti-Abuse Rule
LGT	Lei Geral Tributária
MDR	Mandatory Disclosure Rules
N.º	Número
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (da obra citada)
p./pp.	página(s)
PEA	Plan d'épargne en actions
Proc.	Processo
SGPS	Sociedade Gestora de Participações Sociais
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TCAS	Tribunal Central Administrativo do Sul
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
Vol.	Volume

Índice

1. Introdução	7
2. A obrigação de comunicação dos mecanismos de planeamento fiscal potencialmente agressivo	9
2.1. Âmbito de aplicação: características-chave e teste do benefício principal	9
2.1.1. As características-chave	9
2.1.2. O teste do benefício principal	11
2.2. A conversão de rendimentos em capital, donativos ou outras categorias de rendimentos tributados mais favoravelmente, isentos de tributação ou não sujeitos a tributação	15
2.3. Exemplo de um mecanismo reportável ao abrigo da característica-chave da conversão de rendimentos	18
2.4. A conversão de rendimentos na jurisprudência portuguesa sobre a CGAA	20
3. A Cláusula Geral Anti-Abuso	22
3.1. A aplicação dos elementos da CGAA ao exemplo do mecanismo comunicável ao abrigo da característica-chave da conversão de rendimentos	23
3.1.1. Elemento meio – “construções ou série de construções (...) sejam realizadas com abuso de formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas”	23
3.1.2. Elemento resultado – “vantagem fiscal”	25
3.1.3. Elemento intelectual – “tendo sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal”	25
3.1.4. Elemento normativo – “frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável”	28
3.1.3. Elemento sancionatório – “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”	31
4. A interação entre o Regime de Comunicação Obrigatória e a Cláusula Geral Anti-Abuso	31
Conclusão	37
Bibliografia	39

1. Introdução

No atual contexto da globalização, a interação entre regimes fiscais nacionais pode levar a lacunas e atritos. As estruturas de planejamento fiscal tornaram-se cada vez mais complexas, sendo constantemente alteradas e ajustadas em reação às contramedidas defensivas adotadas pelas autoridades fiscais.¹ Essas estruturas assumem caráter internacional, consistindo geralmente em mecanismos desenvolvidos em várias jurisdições que promovem a transferência dos lucros tributáveis para regimes fiscais mais favoráveis² ou reduzem a carga fiscal global do contribuinte.

Este panorama gera crescentes dificuldades para os Estados na proteção da integralidade dos seus sistemas tributários, com consequências em diferentes níveis.

Os Estados sofrem avultadas perdas de receita fiscal, a qual deveria ser utilizada para implementar políticas fiscais favoráveis ao crescimento. Atualmente, a maioria dos Estados democráticos são “Estados fiscais”, ou seja, “Estados que têm por suporte financeiro determinante os impostos”, para que possam “exercer a sua função como agentes de satisfação das necessidades da sociedade”.³

Os contribuintes saem prejudicados, uma vez que a deslocação dos rendimentos das empresas para fora das jurisdições onde desenvolvem as atividades produtivas, através das mencionadas estruturas, obriga a que outros contribuintes dessas jurisdições tenham de suportar uma fatia maior da carga tributária.⁴

Além disso, gera uma situação de concorrência desigual entre empresas, na medida em que geralmente são as multinacionais que têm capacidade para transferir os seus lucros para outros países de forma a reduzir ou evitar impostos, deixando as empresas de menor dimensão em desvantagem competitiva.⁵

Neste contexto, tem vindo a assistir-se ao estabelecimento e consolidação de um clima de combate ao planejamento fiscal agressivo e evasão fiscal.

Em 2013, a OCDE iniciou o Plano BEPS – Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros, que consiste num conjunto de 15 recomendações, onde são previstas medidas a adotar pelos Estados no combate ao planejamento fiscal agressivo.⁶

¹ Considerando (9) da Diretiva (EU) 2018/822 do Conselho de 25 de maio de 2018. Na presente dissertação, e na ausência de uma indicação em contrário, qualquer referência à Diretiva deve-se considerar feita para a DAC 6.

² Recorrendo ao uso, por exemplo, de *Shell Companies* registadas em paraísos fiscais (Peeters & Vanneste, 2020).

³ Silva, 2018.

⁴ OCDE, 2013.

⁵ Idem.

⁶ Dourado, 2015, p. 43, define “planeamento fiscal agressivo”, com referência às declarações políticas do G20 e preâmbulos de Diretivas da EU, como um “conceito chapéu” que abrange a elisão ou abuso fiscal, bem como as lacunas resultantes da interação entre ordenamentos jurídicos.

Uma dessas recomendações, a Ação 12 do Plano BEPS, baseando-se na experiência de um número crescente de países⁷, veio estabelecer um conjunto de recomendações quanto à elaboração de normas de comunicação obrigatória de transações, esquemas ou estruturas agressivas ou abusivas, tendo em conta os custos administrativos para as administrações tributárias e para os contribuintes.⁸

De facto, a divulgação pública de escândalos como o *LuxLeaks*, os *Panama Papers* e os *Paradise Papers* veio demonstrar a dificuldade que os Estados têm em aceder a informações relativas a esquemas de planeamento fiscal internacional, bem assim como o papel ativo de alguns intermediários na elaboração dos esquemas.⁹

Desta forma, a Diretiva (UE) 2018/822 do Conselho de 25 de maio de 2018, diretamente inspirada na Ação 12 do Plano BEPS, veio proceder à sexta alteração à Diretiva 2011/16/EU, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade (“DAC 6”).

A Diretiva veio estabelecer deveres de comunicação obrigatória de mecanismos fiscais que são considerados potencialmente agressivos. O objetivo é munir as autoridades fiscais do seu conhecimento antecipado, de forma a poderem reagir de forma célere contra as práticas fiscais nocivas e colmatar as lacunas através de nova legislação ou da realização de avaliações de risco adequadas e de ações inspetivas.¹⁰ Terá ainda um fim dissuasório, pretendendo desencorajar a disponibilidade de tais esquemas aos contribuintes.¹¹

Também inspirada no Plano BEPS da OCDE, e focada no combate das práticas fiscais abusivas que ainda não tenham sido objeto de disposições específicas, a Comissão Europeia definiu uma cláusula geral anti-abuso, no âmbito da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno (ATAD 1), de forma a garantir que “as regras gerais anti-abuso são uniformemente aplicáveis em situações nacionais, no interior da União e em relação a países terceiros”.¹²

⁷ Tais como Portugal, Irlanda, Reino Unido, Estados Unidos, Canadá e África do Sul.

⁸ OECD, 2015.

⁹ Cachia, 2018.

¹⁰ Considerando (2) da Diretiva.

¹¹ “DAC 6 conveys an implicit ‘you shall not’ normative message (Blum & Langer, 2019, p. 3).

¹² Considerando (11) da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de junho de 2016.

2. A obrigação de comunicação dos mecanismos de planeamento fiscal potencialmente agressivo

O combate ao planeamento fiscal abusivo e à evasão fiscal está entre as prioridades políticas da União Europeia. O reforço da transparência fiscal é um dos principais pilares na estratégia da CE neste combate.¹³

Neste sentido, o regime de divulgação obrigatória de mecanismos de planeamento fiscal transfronteiriços potencialmente agressivos, estabelecido pelo DAC 6, afigura-se como a mais recente ferramenta das autoridades fiscais da UE para o aumento da transparência fiscal.

O intermediário, ou o contribuinte relevante (nos casos em que a obrigação de comunicar recaia sobre este último), deve comunicar à Autoridade Tributária a informação sobre o mecanismo relevante.¹⁴ Numa fase posterior, essa informação recebida pela autoridade competente de um EM é comunicada, por meio de uma troca automática, às autoridades competentes de todos os outros EM.¹⁵

A Diretiva foi transposta para o ordenamento jurídico português através da Lei n.º 26/2020 de 21 de julho.¹⁶ Esta lei revogou o DL n.º 29/2008 de 25 de fevereiro, que estabelecia o antigo regime de deveres de comunicação obrigatória. O resultado foi uma “transposição de máximos”, numa tentativa de harmonização da antiga lei com o regime da Diretiva.¹⁷ Isto é visível no facto de a lei portuguesa estender a obrigação de comunicação a mecanismos internos e, no que se refere a estes últimos, expandir os impostos abrangidos.¹⁸

2.1. Âmbito de aplicação: características-chave e teste do benefício principal

2.1.1. As características-chave

No cerne desta iniciativa de transparência reside a adequação dos esquemas de planeamento fiscal que devem ser comunicados. Neste sentido, é necessário estabelecer critérios que representem um balanço entre a obtenção de informação e os custos que tal representa para os contribuintes e administrações tributárias. A informação divulgada

¹³ Cachia, 2018.

¹⁴ Arts. 10.º e 11.º da Diretiva. O cumprimento desta obrigação deve ser efetuado através da declaração “Modelo 58”, aprovada pela Portaria n.º 304/2020.

¹⁵ Art. 8.º-AB, n.º 13 da Diretiva.

¹⁶ Na presente dissertação, e na ausência de uma indicação em contrário, qualquer referência à Lei deve considerar-se feita para a Lei n.º 26/2020 de 21 de julho.

¹⁷ Ochôa, 2021, p. 1.

¹⁸ Nomeadamente o IVA. Cfr. arts. 7.º e 8.º da Lei.

deve restringir-se às necessidades de reação adequada por parte das administrações tributárias, no sentido de se evitar que a divulgação em excesso ofusque a que é relevante e acarrete encargos desproporcionais para os envolvidos. Além disso, é muito importante que o regime seja concebido de forma a que haja segurança jurídica sobre os tipos de esquema que devem ser divulgados.¹⁹

Não havendo aqui espaço para uma análise da adequação dos critérios que foram estabelecidos face aos objetivos mencionados, será feita uma sintética sistematização dos mesmos.

Um mecanismo será transfronteiriço quando relativo a mais de um Estado Membro, ou a um Estado Membro e a um país terceiro.²⁰ Considera-se estar presente o potencial de agressividade quando o mecanismo transfronteiriço contenha pelo menos uma das características-chave previstas no anexo IV da Diretiva.²¹

Assim, em vez de definir o conceito de planeamento fiscal agressivo, a Diretiva optou por tentar identificar os mecanismos de planeamento fiscal potencialmente agressivos através da compilação de uma lista dos aspetos e dos elementos de operações – as características-chave – que possam constituir “fortes indícios de evasão fiscal ou de práticas fiscais abusivas”.²²

Há cinco categorias de características-chave (*Hallmarks*, na terminologia inglesa) definidas no Anexo IV da Diretiva, que se dividem em genéricas ou específicas. As genéricas visam abranger traços comuns aos esquemas promovidos, ou capturar esquemas novos e inovadores que possam ser facilmente replicados e “vendidos” a vários contribuintes. As específicas são usadas para abarcar vulnerabilidades conhecidas do sistema fiscal que são comumente usadas em mecanismos de planeamento abusivo.²³

A Categoria A enuncia três características-chave genéricas: (i) a estipulação contratual de cláusula de confidencialidade; (ii) a inclusão de taxas prémio ou taxas de contingência; e (iii) o uso de mecanismos standardizados.

A categoria B diz respeito a características-chave específicas relacionadas com a natureza da transação: (i) a utilização de perdas para a redução de encargos fiscais; (ii) a conversão de rendimentos; e (iii) as operações circulares que resultem num “carrossel” de fundos (*round-tripping*), sem substância económica.

A categoria C expõe características-chave específicas relacionadas com as operações transfronteiriças que (i) envolvam a dedutibilidade de pagamentos entre duas empresas relacionadas feitos a jurisdições com um tratamento fiscal mais benéfico; (ii) a

¹⁹ CE, 2017.

²⁰ Cumpridas que estejam as alíneas do ponto 18 do art. 3.º da Diretiva.

²¹ Ponto 19 do art. 3.º da Diretiva.

²² Considerando (9) da Diretiva.

²³ OCDE, 2015, p. 39.

depreciação do mesmo ativo em mais do que uma jurisdição; (iii) múltiplas reivindicações de eliminação/atenuação de dupla tributação nas jurisdições envolvidas; e (iv) transferência de ativos com diferença material no seu valor para efeitos fiscais, nas jurisdições envolvidas.

As características-chave específicas descritas na categoria D referem-se à troca automática de informações e aos beneficiários efetivos: (i) mecanismos que possam ter o efeito de contornar as disposições de troca automática de informações de contas financeiras; e (ii) mecanismos que envolvam uma cadeia opaca de propriedade legal ou de beneficiários efetivos.

Finalmente, as categorias-chave específicas elencadas na categoria E relacionam-se com preços de transferência.²⁴

A configuração das características-chave parece remeter para operações tendencialmente levadas a cabo por empresas multinacionais ou indivíduos com elevados recursos económicos, uma vez que as pequenas empresas e os cidadãos comuns não terão normalmente os recursos necessários para recorrer a aconselhamento fiscal ou levar a cabo sofisticados mecanismos como os descritos.²⁵

Os mecanismos que se subsumam a alguns elementos da categoria C, e às categorias D e E, são automaticamente comunicáveis segundo o regime estabelecido.

Os mecanismos que caiam na categoria A, B e parte da C só devem ser comunicados se o teste do benefício principal estiver satisfeito.

Os mecanismos internos²⁶ que caiam no escopo das referidas características-chave à exceção da categoria A são também comunicáveis ao abrigo da lei portuguesa de transposição, em relação aos impostos definidos no art. 8.º da mesma.²⁷

2.1.2. O teste do benefício principal

O teste do benefício principal presente na Diretiva configura a opção por uma *multi-step approach*, adotada já em vários países que aplicavam um regime de comunicação obrigatória, e significa a aplicação de um filtro ou de um requisito adicional para que se estabeleça a obrigação de comunicar as operações que se enquadrem nas características-chave previstas.²⁸

Como referido no capítulo anterior, apenas os mecanismos subsumíveis a determinadas características-chave estão sujeitos a esta cláusula limitadora da obrigação

²⁴ A lei portuguesa exclui expressamente os mecanismos que utilizem um regime de “*safe harbour*”, previsto no consenso internacional consagrado nas normas da OCDE sobre preços de transferência, ao contrário da Diretiva. Cfr. art. 5.º, n.º 5, al. a) da Lei.

²⁵ Cachia, 2018, pp. 212-213.

²⁶ Tal como definidos no art. 2.º, n.º 1, al. h) da Lei.

²⁷ Arts. 7.º e 8.º da Lei 26/2020 de 21 de julho.

²⁸ OCDE, 2015, p. 38.

de comunicar, que serão aqueles cujo risco de planeamento fiscal agressivo, em princípio, será menor.²⁹

Entendemos que a imposição de um limite como o teste do benefício principal é recomendável, pois a sua ausência poderá resultar num excesso de comunicações e de custos de cumprimento para os envolvidos, reduzindo dessa forma a utilidade da informação recolhida.³⁰ No entanto, a sua aplicação exigirá ao intermediário um juízo de valor, que poderá resultar dificultado pelo facto de este apenas ter acesso parcial à informação sobre o esquema.³¹

O teste estará satisfeito quando a obtenção de uma vantagem fiscal for o benefício principal ou um dos benefícios principais que, à luz de todos os factos e circunstâncias pertinentes, uma pessoa pode razoavelmente esperar obter de um mecanismo.³²

A lei portuguesa introduz um teste de “dúvida razoável”³³. O teste do benefício principal ficará satisfeito:

Se for possível determinar, sem dúvidas razoáveis,³⁴ que a obtenção de uma vantagem fiscal, na esfera jurídica do contribuinte relevante ou de terceiro, é o benefício principal ou um dos benefícios principais que, objetivamente e à luz de todos os factos e circunstâncias pertinentes, pode razoavelmente esperar-se do mecanismo.³⁵

As orientações gerais da AT (*guidelines*, na terminologia inglesa) reiteram que esta avaliação é feita segundo “um critério de expectativa razoável” e “face ao circunstancialismo objetivo concreto”.³⁶

A Diretiva não define expressamente o conceito de “vantagem fiscal” para efeitos de aplicação do teste. No sumário da reunião de 24 de setembro de 2018, entre a Comissão Europeia e os Estados Membros, ficou estabelecido que o conceito de vantagem fiscal deve ser interpretado de acordo com a Recomendação da Comissão de 6 de dezembro de 2012 sobre o planeamento fiscal agressivo³⁷, que indica que deve proceder-se a uma comparação entre o imposto que é devido com a realização do mecanismo e o que seria devido sem o mesmo.³⁸ A lei portuguesa, remetendo igualmente

²⁹ O documento WK 9981/2017 INIT, elaborado pela CE a pedido dos EM sobre a origem e exemplos dos *hallmarks*, remete para a Ação 12 do Plano BEPS e afirma que a maioria dos *hallmarks* genéricos foi concebida de forma a funcionarem sujeitos a um requisito adicional que considere se o benefício fiscal do esquema foi obter uma vantagem fiscal.

³⁰ CFE & AOTCA, 2015, p. 3; CFE, 2017, p. 7.

³¹ Calderón, 2018, p. 51. No mesmo sentido, Calvo, 2018, p. 86 descreve este elemento como difícil de valorar e fonte de potenciais conflitos entre a AT e o obrigado, e também entre o intermediário e o contribuinte.

³² Anexo da Diretiva – Parte I.

³³ Ochôa, 2021, p. 12.

³⁴ Sublinhado nosso.

³⁵ Art. 2.º, n.º 1, al. k) da Lei.

³⁶ Autoridade Tributária e Aduaneira, 2021, p. 51.

³⁷ Commission Services, 2018.

³⁸ CE, 2012, p. 47. No mesmo sentido, Clappers & Mac-Lean, 2019, referem que é prudente aplicar o teste como uma comparação entre a “*plain vanilla structure*” e o mecanismo utilizado.

para um teste comparativo, define expressamente vantagem fiscal como “a redução, eliminação ou diferimento temporal de imposto, incluindo a utilização de prejuízos fiscais, ou a obtenção de benefício fiscal, que não se alcançaria, no todo ou em parte, sem a utilização do mecanismo”.³⁹ Daqui se inferem dois pressupostos cumulativos: a existência de um mecanismo e a existência de uma vantagem fiscal enquanto decorrência do primeiro. *A contrario*, não se verifica o teste quando a vantagem fiscal obtida constitui a concretização direta dos pressupostos legais de que depende, ou seja, sem intermediação de um mecanismo, conforme esclarecem as orientações gerais da AT.⁴⁰

A referência textual “à luz de todos os factos e circunstâncias pertinentes, uma pessoa pode razoavelmente esperar obter do mecanismo”, em vez de dirigir-se aos motivos do sujeito passivo, parece objetivar o referido teste.⁴¹ No fundo, o teste baseia-se na conclusão que pode ser retirada por uma terceira parte informada, em vez de avaliar a posição do sujeito passivo.⁴² Em conformidade, o sumário da reunião entre a CE e os EM de 24 de setembro de 2018 postula que o teste não examina intenções subjetivas, mas antes constrói uma referência para factos e circunstâncias objetivas.⁴³

A obtenção da vantagem fiscal tem de ser o benefício principal ou um dos benefícios principais expectáveis do mecanismo. Desta forma, o teste compara o valor da vantagem fiscal esperada com outros benefícios expectáveis da operação, permitindo, assim, uma avaliação objetiva dos benefícios fiscais.⁴⁴ Dadas as dificuldades que esta avaliação pode acarretar, nomeadamente pelo facto de o intermediário, enquanto primeiro obrigado à sua aplicação, poder não estar consciente do peso específico de cada benefício, nem de todos os efeitos fiscais de uma operação presente em diferentes jurisdições⁴⁵, um expediente possível é a interpretação ampla do que é um benefício fiscal principal.⁴⁶ Neste sentido, as *guidelines* do Reino Unido concebem um benefício principal como aquele que não seja meramente incidental ou de pouca importância, visto em comparação com os restantes benefícios resultantes.⁴⁷ Também as orientações da

³⁹ Art. 2, n.º 1, al. l) da Lei.

⁴⁰ AT, 2021, p. 52.

⁴¹ Peeters & Vanneste, 2020, p. 9. No entanto, os autores consideram que, apesar desta génese objetiva, o teste mantém inevitavelmente um elemento subjetivo: a referência a “que uma pessoa possa razoavelmente esperar” torna o teste subjetivo para partes terceiras.

⁴² Refira-se, a este propósito, o teste do “observador informado” prescrito pelo *regime britânico de disclosure* (DOTAS): “the informed observer is independent, has all relevant information about the arrangement and has sufficient knowledge to understand the scheme and the relevant statutory context”.

⁴³ Commission Services, 2018.

⁴⁴ CFE & AOTCA, 2015, pp. 3-4.

⁴⁵ Calderón, 2018, p. 58.

⁴⁶ Norton Rose Fullbright, 2018, p. 8.

⁴⁷ *Guidelines* do Reino Unido, 2020. Importa salvaguardar que ainda que o Reino Unido, no passado dia 31 de dezembro de 2020, no fim do período de transição do *Brexit*, tenha reduzido o âmbito de aplicação da Diretiva e apenas os mecanismos que caíam nas características-chave da categoria D tenham de ser comunicados, são feitas referências na presente dissertação às *guidelines* britânicas, publicadas em 01.07.2020, relativas à implementação da Diretiva na sua integralidade, para efeitos interpretativos (Jones, Jervis, & Upadhyay, 2021).

Irlanda referem que a vantagem fiscal não será um benefício principal quando constituir simplesmente “*the icing on the cake*”.⁴⁸

Alguns países parecem acrescentar um crivo adicional ao referido teste: este não ficará satisfeito se a vantagem fiscal resultante for conforme aos objetivos e princípios da legislação relevante.⁴⁹

As orientações francesas excluem *a priori* aqueles mecanismos transfronteiriços cuja vantagem fiscal, obtida em França, esteja de acordo com a intenção do legislador francês. Referem, a título de exemplo, o caso de certos produtos financeiros que beneficiam de um regime fiscal atrativo, desejado pelo legislador, como o plano de poupança em ações (“PEA”). *A priori*, estes casos estarão excluídos do âmbito do teste, a não ser que formem parte de um sistema transnacional mais abrangente, que conceda um benefício fiscal de uma forma que extravasa a intenção do legislador.⁵⁰ Também o Reino Unido refere que, para a sua aferição, é essencial revestir uma perspetiva de conjunto sobre o mecanismo e ter em consideração as consequências fiscais no seu todo. O aproveitamento de uma isenção concedida pelo legislador não implicará a obtenção de uma vantagem fiscal para efeitos de aplicação do teste. No entanto, se o mecanismo construir artificialmente um direito a essa isenção, o teste pode ser cumprido.⁵¹ No mesmo sentido, as orientações do Luxemburgo referem que o teste não estará satisfeito se a vantagem fiscal obtida estiver em conformidade com o objetivo e propósito da lei aplicável e intenção do legislador. Este não será conforme, tendo em conta todos os elementos do mecanismo, quando estiver a aproveitar as subtilezas do sistema fiscal ou as inconsistências entre diferentes jurisdições para obter uma redução fiscal.⁵²

As informações gerais aprovadas pela Portaria n.º 304/2020, reiteradas nas Orientações Genéricas da AT, parecem, de certo modo, veicular este entendimento através da definição de vantagem fiscal, que não releva quando constitua “a concretização, direta e imediata, da própria norma fiscal e da sua finalidade”, mas apenas quando seja “o resultado objetivo da “construção” ou da “série de construções” que constituem o mecanismo.”⁵³

⁴⁸ Daly, 2020.

⁴⁹ Tais como a França, Holanda, Luxemburgo e Reino Unido.

⁵⁰ *Guidelines* emitidas pelas autoridades francesas.

⁵¹ *Guidelines* emitidas pelo Reino Unido.

⁵² *Guidelines* emitidas pelas autoridades do Luxemburgo.

⁵³ Portaria n.º 304/2020 de 29 de dezembro.

2.2. A conversão de rendimentos em capital, donativos ou outras categorias de rendimentos tributados mais favoravelmente, isentos de tributação ou não sujeitos a tributação.

Conforme a alínea b) do n.º 2 do art. 5.º da Lei n.º 26/2020 de 21 de julho, que transpõe o *Hallmark B2* da Diretiva, um mecanismo que “tenha por efeito converter rendimento em capital, donativos ou outras categorias de rendimentos tributados mais favoravelmente, isentos de tributação ou não sujeitos a tributação”, será comunicável desde que o teste do benefício principal seja satisfeito.

Baseando-nos na redação *supra* transcrita, é desde logo necessário averiguar se os mecanismos têm o efeito de converter rendimento em capital, donativos ou outra categoria de rendimento.

Por exemplo, quando uma pessoa é contratada por uma empresa, residente numa jurisdição diferente, e como parte da remuneração salarial lhe é oferecida a opção de ações, realizáveis em data posterior, o eventual aumento de valor pode ser tributado como mais-valia, dependendo da jurisdição de residência. Apesar de a remuneração poder consistir integralmente em rendimento de trabalho dependente, as opções de ações são uma escolha legítima comercial para remunerar os colaboradores, não havendo nesse caso conversão, mas apenas uma escolha entre diferentes opções, com uma racionalidade económica subjacente.⁵⁴

Além disso, é exigível que o capital, donativo ou outra categoria de rendimento em que tenha sido convertido o rendimento originário, seja tributado mais favoravelmente ou não tributado. Vemos assim que o *Hallmark* reveste uma abordagem objetiva, focando-se nos efeitos do mecanismo e não nos propósitos inerentes, em consonância com o teste do benefício principal (incluído).⁵⁵

Podemos constatar também que a característica-chave se aplica não só à conversão de rendimento em capital ou donativos, mas também à conversão de rendimento em outra categoria de rendimento. As orientações emitidas pela AT esclarecem que a expressão “outras categorias de rendimentos” se refere a qualquer outra tipologia de rendimentos que tenha um enquadramento jurídico-tributário traduzido numa tributação mais favorável, isenção ou não sujeição a tributação, não se reduzindo às categoriais tais como definidas na legislação fiscal portuguesa.⁵⁶

A título de exemplo, mecanismos que tenham o efeito de converter rendimento de juros (tributável) em rendimento de dividendos (não tributável), ou rendimento de

⁵⁴ Este exemplo é referido nas *Guidelines* do Reino Unido.

⁵⁵ Peeters & Vanneste, 2020, p. 15.

⁵⁶ AT, 2021, pp. 43-44.

trabalho (tributável) em rendimento de dividendos menos tributado, deverão cair no escopo do referido *Hallmark*.⁵⁷

O doc. WK 9981/2017 INIT, sobre a origem e exemplos dos *Hallmarks*, estabelece que a origem deste *Hallmark* pode ser encontrada na Ação 12 do Plano BEPS.⁵⁸ Por sua vez, esta última remete para a alínea c) do artigo 4.º do DL n.º 29/2008 (revogado pela Lei n.º 26/2020 de 21 de julho), que estabelecia que os esquemas que:

envolvam operações financeiras ou sobre seguros que sejam suscetíveis de determinar a requalificação do rendimento ou a alteração do beneficiário, designadamente locação financeira, instrumentos financeiros híbridos, derivados ou contratos sobre instrumentos financeiros, devem ser comunicados.⁵⁹

Desta forma, esta característica-chave, ao incluir instrumentos financeiros híbridos, derivados ou contratos sobre instrumentos financeiros, parece abranger operações que se referem geralmente a diferenças de qualificação entre sistemas fiscais e/ou alteração do beneficiário dos rendimentos.⁶⁰

Além disso, observando determinados exemplos, constatamos que mecanismos que visem a criação de novo rendimento poderão ficar abrangidos por esta obrigação de comunicação, se pudermos considerar que o mecanismo foi concebido de forma a converter o rendimento hipotético. As *guidelines* do Reino Unido referem expressamente que não tem de existir um direito pré-existente à receção de rendimento para haver conversão de rendimentos.⁶¹

No entanto, é aí avançado que não devem considerar-se abrangidos todos os cenários em que uma opção orientada à criação de novo rendimento seja escolhida em detrimento de outra. Neste sentido, e mencionando o exemplo já referido, a escolha entre diferentes opções para o desenho do pacote remuneratório de um colaborador, enquanto prática comercial normal, deve ficar excluída da obrigação de comunicação.⁶² As *guidelines* holandesas descrevem também um exemplo de um mecanismo não comunicável: uma empresa holandesa precisa de colaboradores qualificados e emprega um colaborador que reside noutra jurisdição. Este colaborador muda-se para a Holanda, preenchendo os requisitos para usufruir de um benefício fiscal, que consiste na equiparação de 30% do rendimento de trabalho a reembolso de custos extraterritoriais.

⁵⁷ *Guidelines* do Reino Unido.

⁵⁸ Commission department on Taxation and Customs Union, “Document WK 9981/2017 INIT, Examples and origin of the Hallmarks”.

⁵⁹ Este regime português, agora revogado, acabou por não atingir os resultados pretendidos, transformando-se em “letra morta”. Em 2008 foram comunicados 22 esquemas, em 2009, 59, e em 2010, 6, tendo sido o último ano em que se realizaram comunicações.

⁶⁰ Peeters & Vanneste, 2020, p. 15. Desenvolvidamente, Silva & Neves, 2008, pp. 143-145.

⁶¹ Também as *guidelines* da Irlanda referem mecanismos que tenham o efeito de converter um rendimento existente ou prospetivo.

⁶² *Guidelines* do Reino Unido.

Neste caso não há conversão do rendimento de trabalho, apesar de 30% do salário não ser sujeito a tributação.⁶³

Apenas quando a opção levada a cabo tenha o efeito de reduzir ou eliminar o imposto devido, e não se reconduza a uma escolha entre opções, num quadro de práticas comerciais normais, poderá consubstanciar esta conversão de rendimentos, ainda que não existisse de forma prévia o direito à receção de um rendimento.⁶⁴

As orientações emitidas pelas autoridades irlandesas referem que o teste-chave para averiguar a subsunção de uma determinada operação a esta categoria é analisar objetivamente se um montante que normalmente seria tributado como rendimento é, ao invés, tributado noutra categoria que atrai uma taxa inferior ou isenta. Para isso, será necessário quantificar o montante de imposto que seria pago se não tivesse existido a conversão e compará-lo com o montante pago, se houver algum.⁶⁵

Através da descrição desta característica-chave, feita sobretudo pelo recurso às *guidelines* dos diversos países, compreendemos o papel essencial da publicação de orientações administrativas para a densificação da lei.⁶⁶ Anteriormente, já havíamos sublinhado a importância da existência de segurança jurídica sobre os tipos de esquema que devem ser divulgados.

Tendo em conta a forma ampla e vaga como as características-chave estão definidas⁶⁷, esta segurança só será alcançada através da emissão de orientações genéricas, em cumprimento do princípio da colaboração. A sua importância é acentuada pela quantidade de agentes que podem ficar sujeitos ao cumprimento desta obrigação (tendo em conta a ampla definição de intermediário, poderão ser abrangidos consultores, auditores, contabilistas, advogados, incluindo os advogados *in house*, bancários, entre outros),⁶⁸ e pelas sanções que sobre eles recaem em caso de incumprimento ou cumprimento indevido da obrigação.⁶⁹ Felicita-se a publicação das orientações genéricas da AT, destinadas a “contribuir para uma melhor perceção e compreensão”⁷⁰ desta nova obrigação, bem como a garantir uma uniformização na sua interpretação. No entanto, pecam pela falta de densificação e exemplificação das diversas características-chave, à semelhança do que foi feito noutros países.

⁶³ *Guidelines* da Holanda.

⁶⁴ *Guidelines* do Reino Unido.

⁶⁵ *Guidelines* da Irlanda.

⁶⁶ “A menor segurança que uma lei fiscal menos densa implica (e, recorde-se, hoje são os sujeitos passivos os seus primeiros aplicadores) deve encontrar contrapartida numa maior concretização do dever de esclarecimento por parte da administração fiscal” (Morais, 2012, pp. 21-22).

⁶⁷ Nouwen & Eijdsen, 2017, p. 1.

⁶⁸ Norton Rose Fullbright, 2018, p. 6; Chance, 2018, p. 4.

⁶⁹ Art. 19.º, n.ºs 1 e 2 da Lei.

⁷⁰ AT, 2021, p. 5.

2.3. Exemplo de um mecanismo reportável ao abrigo da característica-chave da conversão de rendimentos

O caso descrito é baseado num exemplo das *guidelines* emitidas pela Dinamarca para orientação do *Hallmark* B2, pelo que se salvaguarda, desde já, a existência de nuances face ao enquadramento tributário português.⁷¹

A Sociedade Mãe, sediada em Portugal, detém 100% da Sociedade Filha, residente noutro Estado-Membro. A primeira emprestou dez milhões de euros à segunda, a uma taxa de juro anual de 10%.⁷² Desta forma, todos os anos, a Sociedade Filha tem de pagar um milhão de juros à Sociedade Mãe. Este montante representa um custo para a Sociedade Filha, que vai ser dedutível ao seu lucro tributável e, simultaneamente, representa um proveito para a Sociedade Mãe, tributável em sede do seu lucro tributável, conforme a al. c) do n.º 1 do art. 20.º do CIRC.

Enquanto o lucro da Sociedade Mãe está sujeito a uma taxa de imposto sobre o rendimento de 21% (nos termos do artigo 87.º do CIRC), a taxa de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas no EM da Sociedade Filha é de apenas 13%. Esta diferença de taxas gera um encargo fiscal líquido para o Grupo, uma vez que a receita de juros é tributada em valor superior ao da dedução dos juros pela Sociedade Filha. Então as Sociedades acordam o perdão do crédito.

Em Portugal, tem-se entendido que o perdão de crédito por acordo particular não poderá relevar como custo fiscalmente dedutível, salvo se estiverem cumpridas as regras fiscais, seja pela constituição de provisões para créditos de cobrança duvidosa⁷³, seja pelo regime de créditos incobráveis.⁷⁴ Independentemente da (não) dedutibilidade do perdão da dívida ao lucro da sociedade credora, por efeito desse perdão, gera-se um lucro de dez milhões na esfera da Sociedade Filha. Esse lucro vai ser posteriormente distribuído à Sociedade Mãe, isento de tributação ao abrigo do regime da *participation exemption*, previsto no art. 51.º do CIRC.

Tendo em conta o exposto, o perdão de dívida tem o efeito de converter os rendimentos de juros, tributáveis em sede do lucro da Sociedade Mãe, em rendimentos de dividendos, não tributados.

Vejamos se o teste do benefício principal estará satisfeito. Nos termos das orientações da AT, têm de se verificar dois pressupostos cumulativos: a existência de um mecanismo e de uma vantagem fiscal, que sem aquele não se obteria.

⁷¹ *Guidelines* da Dinamarca.

⁷² Assumimos que esta taxa é praticada a um preço de mercado, em obediência ao *arm's length principle*.

⁷³ Não podem, no entanto, ser considerados de cobrança duvidosa “os créditos sobre empresas participadas, direta ou indiretamente, nos termos do n.º 6 do artigo 69.º, em mais de 10 % do capital”, salvo nos casos aí excecionados – art. 28.º-B, n.º 2, al. d) do CIRC.

⁷⁴ Ac. do STA de 4.11.2015, Proc. n.º 963/13-30; Ac. do CAAD de 23.12.2019, Proc. n.º 303/2019-T; e Ac. do TCAS de 13.03.2007, Proc. n.º 01576/07.

In casu, a vantagem corresponde a uma redução do imposto ao nível do Grupo, resultante na tributação do lucro de dez milhões a uma taxa de 13% no EM 2 e uma subsequente distribuição isenta de tributação, em detrimento do pagamento de juros, tributados a uma taxa de 21% em Portugal.⁷⁵ A vantagem existe apenas e por causa do mecanismo instaurado através do perdão da dívida. É possível estabelecer uma correlação clara entre o pagamento de juros anterior e a distribuição de dividendos futura se assumirmos que esta última ocorre imediatamente a seguir ao perdão da dívida, num panorama em que a distribuição de lucros pela Sociedade Filha à Sociedade Mãe não era usual.

Esta vantagem tem ainda de considerar-se um dos benefícios principais do mecanismo. Se o perdão da dívida fosse fiscalmente dedutível pela Sociedade Credora, a vantagem fiscal resultava substancialmente aumentada, pelo que o peso do benefício fiscal seria evidente entre os demais. Não obstante o perdão da dívida não ser dedutível, parece-nos que, estabelecendo-se esta correlação clara entre o pagamento de juros anterior e o pagamento de dividendos posterior, a eliminação da assimetria fiscal nos termos expostos não será um benefício incidental ou de menor importância, em comparação com os restantes benefícios que possam associar-se à operação.

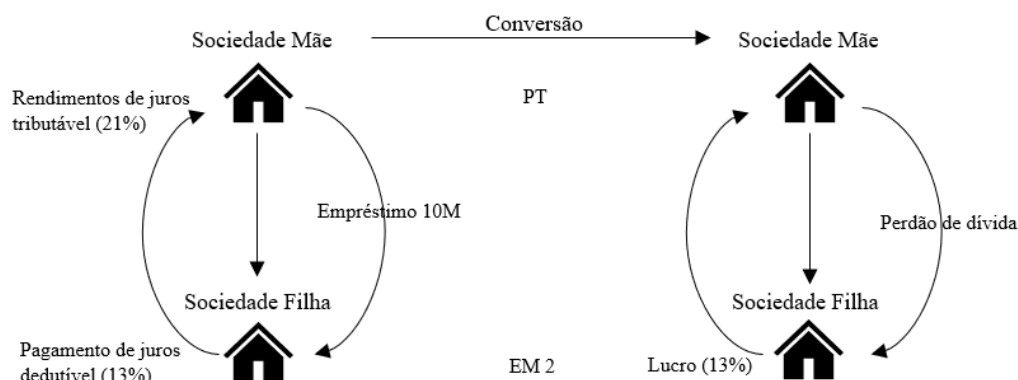


Figura 1: exemplo de conversão de rendimentos descrito

Neste contexto, coloca-se a questão: os indicadores objetivos, presentes nas características-chave, associados ao teste do benefício principal, são uma presunção dos pressupostos da Cláusula Geral Anti-Abuso?

Em concreto, da operação descrita de conversão de rendimentos, pode inferir-se a presumível verificação da Cláusula Geral Anti-Abuso?

⁷⁵ Insere-se, desta forma, no conceito de vantagem fiscal, tal como referido no art. 2, n.º 1, al. k) da Lei.

2.4. A conversão de rendimentos na jurisprudência portuguesa sobre a CGAA

Vários mecanismos que foram objeto de aplicação da CGAA pela jurisprudência portuguesa seriam enquadráveis na categoria de esquemas reportáveis ao abrigo da característica-chave da conversão de rendimentos, prevista na al. b) do n.º 2 do art. 5.º da Lei n.º 26/2020 de 21 de julho, que também se aplica aos mecanismos internos, de acordo com o art. 7.º da referida lei.

No âmbito do Proc. n.º 04255/10, proferido pelo TCAS, concluiu-se que os empréstimos realizados pelo sujeito passivo a outras empresas pertencentes ao mesmo grupo empresarial, através de uma sua participada, foram concebidos de forma a aproveitar a situação tributária desta última (isenção de IRC no âmbito do desenvolvimento das suas atividades na zona franca da Madeira), para beneficiar da correspondente receção dos acréscimos patrimoniais enquanto dividendos dedutíveis, nos termos do artigo 46.º do CIRC na redação em vigor, em vez dos juros suscetíveis de tributação em sede do lucro tributável do sujeito passivo que os auferiu, conforme a alínea c) do n.º 1 do art. 20.º do CIRC.⁷⁶

Igualmente, no âmbito do proc. 357/2018-T do Tribunal Arbitral, foi declarada como ineficaz, para efeitos fiscais, a operação de redução do capital social e a libertação do capital excedente a favor de um dos sócios, que a Administração Tributária entendeu corresponder a uma efetiva distribuição de lucros que se encontravam sujeitos a tributação como rendimentos de capitais nos termos do art. 5.º, n.º 2, al. h), do CIRS.⁷⁷

No âmbito do proc. 377/2014-T do CAAD, o Tribunal considerou estar perante um esquema de elisão fiscal destinado a transferir para os sócios, sem sujeição a tributação, os lucros acumulados da sociedade B, cuja distribuição direta seria objeto de tributação às taxas liberatórias na esfera dos respetivos acionistas. Os sócios da sociedade B alienaram as ações sobre esta última a uma SGPS, igualmente por eles controlada, que não tinha meios financeiros para pagar, ficando em dívida para com os acionistas. A sociedade B começou a distribuir as reservas acumuladas à nova acionista (SGPS), excluídas de tributação nos termos do art. 51.º do CIRC, que por sua vez usou as importâncias recebidas no pagamento aos credores – anteriores acionistas da B e simultaneamente acionistas da SGPS.⁷⁸

A interposição da SGPS entre a sociedade B e os acionistas tem o efeito de converter o rendimento de dividendos em mais-valias provenientes da alienação de ações de cujo

⁷⁶ Decisão do Ac. do TCAS de 15.02.2011 no Proc. n.º 04255/10.

⁷⁷ Decisão do CAAD de 24.05.2019 no Proc. n.º 357/2018-T.

⁷⁸ Decisão do CAAD de 22.05.2015 no Proc. n.º 377/2014-T.

crédito são titulares na SGPS; e esta categoria de rendimentos (mais-valias) em que foi convertido o rendimento originário (dividendos) não é tributada.⁷⁹

De facto, da análise dos processos que visaram a aplicação da CGAA, e que foram alvo do escrutínio dos árbitros do CAAD, observamos que um dos principais grupos de comportamentos dos contribuintes que a AT considerou como abusivos se refere à transformação de dividendos tributáveis em mais-valias não tributáveis: dos 46 processos analisados até 2016, 22 respeitam, essencialmente, a esta conversão de rendimentos.⁸⁰

Veja-se, mais recentemente, o processo 166/2019-T do Tribunal Arbitral, onde o conjunto de operações aí em causa foi considerado abusivo e sujeito à aplicação da CGAA. Os sócios da sociedade B (por quotas) procederam à sua transformação em sociedade anónima, seguida da revalorização das ações. Em simultâneo, criaram uma sociedade (SGPS), à qual alienaram as ações revalorizadas, para a realização do seu capital social. Como esta não tinha meios financeiros para pagar, ficou em dívida para com os acionistas. A sociedade SGPS, que passa a deter a sociedade B, celebra com esta um contrato de *management* e prestação de serviços, mediante o qual presta serviços de gestão à última e recebe em troca uma remuneração pelos referidos serviços. Em seguida, paga aos sócios o reembolso do crédito constituído com a alienação das ações. A interposição da SGPS tem o efeito de converter os rendimentos de dividendos no reembolso de um crédito.

Alguns acórdãos mencionam, a este propósito, a doutrina da transação-farsa (*sham transaction doctrine*), a qual prevê justamente a distribuição de dividendos através da constituição de um empréstimo junto dos acionistas. Esta operação é indicada como transação de descolamento de dividendos (*dividend-stripping transaction*).⁸¹

⁷⁹ As mais-valias provenientes da alienação de ações detidas pelo seu titular durante mais de 12 meses encontravam-se isentas de tributação (Redação do DL n.º 228/2002). Situação semelhante de conversão de rendimentos foi também considerada abusiva na Decisão do CAAD no Proc. n.º 173/2015-T, e analisada em múltiplos Acórdãos (Procs. n.ºs 258/2013-T, 180/2014-T, 200-2014-T, 240/2014-T, 283/2014-T, 379/2014-T, 381/2014-T, 395/2014-T, 355/2015-T).

⁸⁰ Ferreira, 2016, p. 44.

⁸¹ Decisão do CAAD de 15.01.2020 no Proc. n.º 317/2019-T.

3. A Cláusula Geral Anti-Abuso

A Cláusula Geral Anti-Abuso, prevista no art. 38.º, n.º 2 da LGT, constitui uma última *ratio*, uma válvula de escape, no combate ao planeamento fiscal abusivo.⁸²

Face às constantes mutabilidades e inovações nas formas de planeamento adotadas pelos contribuintes, este mecanismo de combate à elisão fiscal permite atuar de forma geral, em resultado da impossibilidade de o legislador conseguir prever todos os comportamentos⁸³ consubstanciados em “aproveitamentos de falhas e ambiguidades da lei”.⁸⁴ Distingue-se, desta forma, das cláusulas específicas anti-abuso, que só se aplicam às situações taxativamente previstas, e é de aplicação subsidiária em relação a estas.

Não colocando em causa a importância, a nível estrutural e modelador, que o princípio da legalidade desempenha no Direito Tributário, torna-se claro que existem outros princípios de grande relevância, como o da igualdade e o da luta eficaz contra a fraude e evasão fiscal, não assegurados através de uma legalidade absolutizada.⁸⁵ A CGAA estabelece-se, assim, como meio de reação para assegurar os referidos princípios.

É entendimento unanimemente aceite que o planeamento fiscal por parte dos contribuintes é perfeitamente lícito. A minimização da carga fiscal é mesmo uma ferramenta de gestão, uma manifestação de racionalidade económica, que decorre do princípio da liberdade contratual dos indivíduos.⁸⁶

Apenas quando esse planeamento, apesar de não frontalmente contrário à lei, vá para além dos limites do aceitável, a referida norma atribui poderes à Administração Fiscal de não aceitação das opções contratuais do sujeito passivo, através da desconsideração tributária das operações levadas a cabo.⁸⁷ Vemos assim que o que releva para efeitos de tributação é “o apuramento da efetiva realidade”, e não “a mera forma do negócio jurídico concretamente utilizado”, enquanto aplicação do princípio da prevalência da substância sob a forma.⁸⁸

No entanto, esta norma não pode deixar de ser enquadrada no princípio da legalidade, e tem necessariamente de ser acompanhada de um conjunto de cautelas.⁸⁹

⁸² Estamos no campo da elisão fiscal, a qual se traduz “num comportamento formalmente não contrário à lei, mas pelo qual se atinge resultado idêntico ao que esta visa[va] impedir. (...) Há um contorno da lei que permite ao contribuinte atingir efeitos equivalentes, sem ser tributado ou sendo-o mais favoravelmente” (Silva, 2006).

⁸³ Rolim, 2016, p. 816.

⁸⁴ Feio, 2020, p. 3.

⁸⁵ Silva, 2006. Como já referido na primeira página da dissertação, os mecanismos de planeamento para contornar as normas fiscais tornaram-se cada vez mais complexos, gerando perdas económicas para os Estados e onerando os demais contribuintes, numa clara afronta ao princípio da igualdade.

⁸⁶ Dourado, 2015, p. 43.

⁸⁷ “The OCDE and the UE describe targeted tax avoidance or so-called ‘aggressive tax planning’ as a conduct that (1) leads to minimisation/reduction of tax liability, (2) through an unreasonably broad interpretation of tax laws or exploitation of mismatches in the international tax framework, (3) without infringing (the letter) of the law” (Kemmeren, *et al.*, 2018, p. 35).

⁸⁸ Decisão do TCAS de 23.02.2017, Proc. n.º 637/09.2.

⁸⁹ Sanches, 2002, p. 121.

Aliás, a CGAA distingue-se de outras normas com intuito semelhante, aplicáveis em outros ramos do ordenamento jurídico, tais como o abuso do direito ou o princípio da boa-fé, na medida em que não é uma cláusula aberta que permite ao intérprete afastar a solução legal da norma cuja previsão os factos preenchem, por razões de justiça material ou coerência substantiva do sistema fiscal. Não sendo uma cláusula aberta, é, também ela, uma norma típica – “como não poderia deixar de ser, tratando-se de uma norma que releva diretamente nas regras de incidência tributária”⁹⁰ – cuja aplicação está vinculada, de forma perentória, à verificação de todos e cada um dos elementos considerados necessários à sua aplicação.

A atual redação da CGAA foi recentemente alterada pela Lei n.º 32/2019 de 3 de maio, que transpõe a Diretiva (UE) 2016/1164 (“*Anti Tax Avoidance*”), que veio estabelecer regras contra a elisão fiscal, também inspirada no Plano BEPS da OCDE. Esta alteração visou, além de uma aplicação uniforme da CGAA pelos diferentes Estados Membros, uma facilitação da aplicação da norma, assegurando um “nível de proteção mais elevado do Estado face a esquemas abusivos”.⁹¹

3.1. A aplicação dos elementos da CGAA ao exemplo do mecanismo comunicável ao abrigo da característica-chave da conversão de rendimentos

Apesar da recente alteração já referida, “a lei nova pode ser interpretada na grelha jurisprudencial aplicável à lei antiga”, mantendo-se, apesar de alterados, os quatro elementos ou pressupostos de verificação cumulativa (elemento meio, resultado, intelectual e normativo) e a respetiva estatuição (elemento sancionatório).⁹²

3.1.1. Elemento meio – “construções ou série de construções... [que] sejam realizadas com abuso de formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas”

Este elemento refere-se à forma utilizada pelo sujeito passivo para a obtenção da vantagem fiscal. A incidência está construída sobre um tipo económico (construção, etapa)⁹³ e pretende abranger todos os atos e negócios praticados de forma voluntária e optativa.⁹⁴ “A via escolhida tem de ser anómala, atípica, desadequada e não habitual

⁹⁰ Decisão do CAAD de 26.11.2018, no Proc. n.º 126/2018-T.

⁹¹ Feio, 2020, p. 14. No mesmo sentido, veja-se o considerando (3) da Diretiva.

⁹² Tavares, 2020, p. 33.

⁹³ Idem.

⁹⁴ Podemos remeter o conceito para a definição levada a cabo na Recomendação da Comissão de 6 de dezembro de 2012 relativa ao planeamento fiscal agressivo: “qualquer transação, regime, medida, operação, acordo, subvenção, entendimento, promessa, construção ou eventualidade”.

atendendo aos fins visados pelo contribuinte”.⁹⁵ Segundo Gustavo Lopes Courinha, é necessário, para lograr o preenchimento deste elemento, que a AT demonstre o caráter pré-planificado e unitário daqueles atos, ou seja, o conjunto de atos praticados pelo sujeito passivo deve consubstanciar um encadeamento planeado e almejado desde o primeiro ao último ato. Caso contrário, estaríamos perante a eventualidade da obtenção de uma vantagem fiscal.⁹⁶

Esta construção é tratada pela jurisprudência de acordo com as denominadas “*step by step transactions*”, segundo as quais deve aplicar-se um tratamento integrado à sucessão de atos em causa, visualizando-os como uma única transação orientada a um resultado final.⁹⁷

A nova redação passou a integrar quaisquer construções realizadas com abuso das formas jurídicas ou que não sejam genuínas, numa relação de alternatividade. Não serão genuínas nos casos em que não sejam realizadas por razões económicas válidas que reflitam substância económica, conforme esclarece o n.º 3 do mesmo artigo. Desta forma, são consagrados termos acolhidos pelo Direito da UE, contribuindo para a paulatina uniformização na sua aplicação pelos Estados Membros.⁹⁸

Voltando ao exemplo da conversão de rendimentos descrito, podemos constatar a verificação de dois atos coordenados entre si: o ato preparatório do perdão de dívida da Sociedade Mãe à Sociedade Filha, seguido do ato decisivo/final da distribuição de dividendos isenta de tributação.

Enquanto enquadramento subjacente ao conjunto de atos analisado, temos duas sociedades relacionadas que acordaram entre si a concessão de um empréstimo de dez milhões, a uma taxa de juro anual de 10%, em obediência ao *arm’s length principle*.

Perante a diferença de taxas de imposto (o rendimento da Sociedade Mãe é tributado a uma taxa de 21%, enquanto que o da Sociedade Filha, residente noutro Estado Membro, é apenas a 13%), esta operação gera um encargo fiscal líquido para o Grupo.

Através dos dois atos coordenados entre si, este encargo é substituído por uma vantagem fiscal. De facto, parece haver uma interdependência/continuidade lógica entre os dois: o perdão de dívida é acordado como ato preparatório, de forma a permitir a distribuição de dividendos isenta de tributação, enquanto resultado fiscal pretendido. O

⁹⁵ Courinha, 2009, p. 165.

⁹⁶ Idem, p. 167.

⁹⁷ Daqui decorre que a disposição anti-abuso pode e deve aplicar-se ao momento decisivo e final, e é a partir da ocorrência deste momento que deve contar-se o decurso do prazo de caducidade. Ac. do TCAS de 14.02.2012, Proc. n.º 05104/11.

⁹⁸ Tavares, 2020, p. 33. Podemos entender a falta de genuinidade como o equivalente ao teste de artificialidade aplicado pela jurisprudência do TJUE. No caso *Cadbury Schweppes* (C-196/04), o TJUE veio definir o conceito de “expedientes puramente artificiais” como critério aferidor de abuso. A própria proposta da Comissão para a Diretiva esclareceu que a CGAA definida no art. 6 é desenhada para refletir este teste (CE, 2016, p. 9).

perdão da dívida possibilita a conversão dos juros, tributados a uma taxa de 21% ao nível da Sociedade Mãe, em dividendos, isentos de tributação ao nível da mesma, depois de terem sido sujeitos a uma taxa de imposto reduzida (13%) ao nível da Sociedade Filha. A operação, globalmente considerada, parece encontrar-se determinada, na sua estrutura, em função deste resultado fiscal.

3.1.2. Elemento resultado – “vantagem fiscal”

Este elemento refere-se à vantagem fiscal obtida com a construção, ou seja, à redução, eliminação, ou diferimento do imposto que seria devido sem a utilização dos atos ou negócios jurídicos.

Estará preenchido se for possível estabelecer uma relação causal entre o elemento meio e o resultado fiscal alcançado. Segundo Gustavo Lopes Courinha, “estaremos perante uma comparação entre os ónus fiscais normalmente suportados e os evitados com a atuação produzida”.⁹⁹

Reportando-nos à situação do caso, o ónus fiscal que seria normalmente suportado, não fosse levado a cabo o elemento meio, seria a tributação anual dos rendimentos de juros auferidos em sede do lucro tributável da Sociedade Mãe, a uma taxa de tributação de 21%. Através da conjugação dos dois atos (elemento meio), e por causa deles, alcança-se uma vantagem fiscal, consubstanciada na redução do imposto devido ao nível do Grupo: os juros são convertidos em dividendos, isentos de tributação ao nível da Sociedade Mãe, após sujeição a uma taxa de apenas 13% de imposto, enquanto lucro da Sociedade Filha.

3.1.3. Elemento intelectual – “tendo sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal”

Este elemento corresponde à componente subjetiva da norma – a motivação fiscal do contribuinte.

De acordo com Pedro Menezes Cardoso, poderá perspetivar-se de forma restrita, intermédia ou ampla, conforme seja concebido como o único motivo, o motivo principal ou um dos motivos da operação, respetivamente.¹⁰⁰ Se, na redação anterior – “essencial ou principalmente dirigidos” –, a posição adotada podia categorizar-se como intermédia, parece-nos que a sua classificação como intermédia ou ampla na redação em vigor perde nitidez. Com efeito, deixou de exigir-se que o meio tenha sido realizado com o objetivo

⁹⁹ Courinha, 2009, p. 172.

¹⁰⁰ Cardoso, 2017, p. 55.

principal de obtenção de vantagens fiscais, bastando identificar como uma das finalidades principais em causa a obtenção de vantagens fiscais.¹⁰¹ A margem de apreciação da Autoridade Tributária vê-se assim ampliada através desta alteração.¹⁰²

Este elemento caracteriza-se por uma agravada complexidade probatória, na medida em que o seu preenchimento com base em critérios subjetivos está dependente da prova dos desejos internos do sujeito passivo, o que só é possível obter através da confissão.¹⁰³ Perante a insustentabilidade deste método de prova, a maioria da doutrina defende que a verificação da motivação psicológica do contribuinte em realizar as escolhas com o objetivo de obtenção de vantagem fiscal deve ser inferida através de elementos objetivos e indiciários.¹⁰⁴ De acordo com José Maria Fernandes Pires, a intenção deve resultar da apreciação dos factos, das formas jurídicas adotadas e da sua capacidade para conduzirem ao afastamento da tributação regra, não relevando o grau de culpa ou de consciência da ilicitude do contribuinte.¹⁰⁵

Esta posição vai, aliás, na linha da jurisprudência do TJUE, que no Caso *Emsland-Stärke* definiu, pela primeira vez, um teste, baseado num elemento objetivo e subjetivo, que se tornou o modelo para avaliar as práticas abusivas no Direito da UE.¹⁰⁶ No âmbito do Caso *Halifax*, o Tribunal clarificou que este elemento subjetivo deve derivar de elementos objetivos.¹⁰⁷

Tem sido também o entendimento aplicado pela jurisprudência portuguesa que, perante a ausência de outras motivações além da redução da carga fiscal, conclui pela verificação deste requisito, assumindo que as operações do sujeito passivo foram determinadas por motivos de aforro fiscal.¹⁰⁸

Ao contrário do que acontece com outros sistemas jurídicos, no ordenamento jurídico português é pacificamente aceite a existência de um elemento intelectual como pressuposto constitutivo de aplicação da CGAA, enquanto elemento legitimador da sua aplicação. Como refere Pedro Menezes Cardoso, “a afastar-se este requisito, e tendo em

¹⁰¹ Em linha com a formulação da norma anti-abuso da Diretiva Mãe Filhas, transposta para o n.º 13 do art. 51.º do CIRC (De Broe & Beckers, 2017, p. 140).

¹⁰² “This could be a fairly low threshold to pass, as it only definitely excludes situations in which obtaining a ‘tax advantage’ was merely incidental in the mind of the taxpayer” (Kemmeren, *et al.*, 2018, p. 19).

¹⁰³ Cardoso, 2017, p. 241.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Pires, 2015, p. 325. No mesmo sentido, Courinha, 2009, pp. 179-180, defende a correspondência deste elemento a uma motivação quanto aos elementos meio e resultado e não quanto ao elemento normativo, ou seja, é irrelevante a consciência do contribuinte quanto ao caráter reprovável do resultado obtido.

¹⁰⁶ Ac. do TJUE de 14.12.2000, C-110/99, *Emsland-Stärke*, pp. 52-53. Desenvolvidamente, Nogueira, 2009, pp. 249-250.

¹⁰⁷ Ac. do TJUE de 21.02.2006, C-255/02, *Halifax*, p. 75.

¹⁰⁸ “O preenchimento do ‘elemento intelectual’ depende da ausência de outras motivações, para além da redução da carga fiscal, que possam ser imputáveis às operações efetuadas pela Requerente. A verificação deste elemento sobrevém do decaimento das motivações apresentadas para a montagem da estrutura negocial face ao *business purpose test*. Nesta linha de pensamento, se não existirem motivações empresariais legítimas, apuradas com base em evidências objetivas, reputar-se-á, em consequência, que as condutas da Requerente foram determinadas exclusivamente por motivos económicos fiscais”. Ac. do CAAD, Proc. n.º 165/2019-T. Veja-se igualmente os Acórdãos 480/2019-T, 317/2019-T, 357/2018-T, 235/2018-T.

conta a abrangência da redação da norma por força da utilização de conceitos indeterminados, correr-se-ia o risco de se simplificar em demasia a aplicação da CGAA em favor da AT”, facilitando a inversão do ónus da prova em desfavor do contribuinte.¹⁰⁹ No entanto, tem-se assistido a uma tendência objetivizante de análise deste elemento, o que pode contribuir para a sua diluição e recondução a juízos puramente objetivos, nomeadamente análise do elemento meio.¹¹⁰ Esta diluição pode ser acentuada, em nossa opinião, pela atual redação, ao exigir que a motivação fiscal seja apenas uma das finalidades principais.

Sendo avaliado através de elementos objetivos, este elemento está intrinsecamente ligado às circunstâncias do caso concreto, na medida em que temos de atender às circunstâncias factuais específicas para poder inferir a(s) finalidade(s) subjacente(s).

Vamos então observar o exemplo sob análise à luz deste elemento.

Se não se vislumbrarem razões, dentro de um quadro de racionalidade económica empresarial, para a Sociedade Mãe conceder o perdão de dívida em causa, presume-se que uma das motivações principais da operação terá sido fiscal, de forma a permitir a distribuição de rendimentos enquanto dividendos, eliminando assim a assimetria fiscal resultante da diferença de taxas. Com efeito, sendo as empresas entidades intrinsecamente orientadas à obtenção de lucro, a concessão de perdões de dívidas ou outras liberalidades não será uma finalidade que lhes é natural.¹¹¹ Neste contexto, apenas se o sujeito passivo demonstrar outras razões como a incobrabilidade da dívida (nomeadamente por avultadas dificuldades económicas ou insolvência da empresa devedora), determinantes na concessão do perdão, poderá este elemento não se verificar.

Para esta conclusão, existem diversos fatores a ponderar.

O hiato temporal entre as duas operações será relevante: quanto maior for, mais ténue se torna o nexo causal. Por exemplo, se a distribuição de dividendos da Sociedade Filha para a Sociedade Mãe apenas tivesse lugar decorridos 5 anos desde o perdão da dívida, seria mais difícil visualizar as duas operações como construção orientada em função do propósito principal de obtenção da vantagem fiscal. Ao invés, se o perdão do crédito for imediatamente seguido da distribuição de dividendos, que até então nunca haviam sido distribuídos, como assumimos que foi o caso, o esquema torna-se mais perceptível.¹¹²

¹⁰⁹ Cardoso, 2017, p. 247.

¹¹⁰ Idem. Em várias decisões jurisprudenciais, a análise do elemento intelectual é feita no contexto de apreciação do elemento meio, os dois são analisados conjuntamente e não de forma individualizada. Veja-se os Procs. n.º 123/2012-T, 124/2012-T, 143/2014-T e 234/2014-T.

¹¹¹ Ac. do STA de 04.11.2015, Proc. n.º 963/13-30.

¹¹² Veja-se, por exemplo, o Ac. do CAAD de 11.05.2020, no Proc. n.º 481/2019-T: o Requerente considera que o elemento intelectual não se verifica porque a AT não consegue demonstrar que, no momento em que se concretizou a primeira das operações, muito separada temporalmente dos subsequentes reembolsos de créditos, este enquadramento jurídico-tributário dos valores a receber era já o objetivo dos sujeitos passivos”, e, efetivamente, o Tribunal assume que este elemento não está verificado.

Também ficou estabelecido, no âmbito do Acórdão *Foggia*, que o valor de poupança/ganho fiscal obtido com a construção será um tónico para avaliar se a finalidade é fiscal: se o nível de poupança for muito elevado, maior a probabilidade de a finalidade principal ser fiscal.¹¹³

No caso concreto, a diferença de taxas de imposto entre os dois Estados Membros gera um nível de poupança fiscal, que poderá considerar-se o impulsor desta operação, a não ser que o sujeito passivo venha demonstrar que outras razões de índole não fiscal avultaram na decisão. A motivação fiscal seria ainda mais evidente se, além disso, o montante da dívida que é perdoado pudesse ser dedutível ao lucro da Sociedade Mãe, pois o valor da vantagem fiscal aumentaria substancialmente.

3.1.4. Elemento normativo – “frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável”

Este elemento refere-se à “desconformidade do resultado obtido com a *ratio legis*, o espírito ou o propósito da lei, os princípios do Código em causa ou do Sistema Fiscal”, configurando assim “uma questão de Direito”.¹¹⁴

Estando preenchidos os demais elementos, apurados com base nas circunstâncias factuais do caso, é ainda necessário confrontar o resultado obtido com a *ratio legis* das normas fiscais em causa, analisadas à luz dos princípios enformadores do sistema fiscal. Ou seja, a CGAA deve aplicar-se apenas quando a construção artificial levada a cabo pelo contribuinte, por motivos de obtenção de vantagem fiscal, ponha em causa a integridade do sistema jurídico-fiscal. Desta forma, este elemento permite discernir aquilo que deve ser considerado como elisivo à luz do ordenamento fiscal, não se aplicando aos casos de poupança legítima.¹¹⁵

De acordo com Saldanha Sanches, e como emanção do princípio da segurança jurídica, apenas será de aplicar a CGAA quando das normas jurídico-fiscais em causa se extraia uma “clara intenção de tributar afirmada pelos princípios estruturantes do sistema (...) ainda que tal intenção não encontre uma expressão correspondente na formulação da lei”.¹¹⁶

Num raciocínio *a contrario*, Pedro Menezes Cardoso aponta algumas situações em que deverá estar excluída a aplicação da CGAA, por ainda se encontrarem “dentro dos limites do planeamento fiscal aceites pela teleologia e sistemática fiscal”:

¹¹³ Ac. do TJUE de 10.11.2011, C-126/10, *Foggia*, p. 42.

¹¹⁴ Courinha, 2009, p. 188.

¹¹⁵ “Pode dizer-se, em atenção à existência (e exigência) deste elemento, que a CGAA não é, afinal, um mero expediente de obtenção de receita fiscal a qualquer custo, assente no facto de um contribuinte obter uma vantagem fiscal” (Courinha, 2009, p. 189).

¹¹⁶ Sanches, 2009, p. 181.

- (i) Lacuna intencionalmente deixada em aberto ou introduzida no sistema fiscal;
- (ii) Exceções que consubstanciam um benefício fiscal (*lato sensu*) que aproveitam aos sujeitos passivos que cumpram com objetivos de política extra-fiscal, desde que estes sejam materialmente respeitados;
- (iii) Contradições ou inconsistências ínsitas no sistema ou regimes especiais (anti-sistematicidades);¹¹⁷
- (iv) Introdução de cláusulas/termos genéricos (geralmente por uma questão de simplificação administrativa e de segurança jurídica) na elaboração de determinadas categorias ou de qualificações relevantes para a imposição de um encargo fiscal ou para a concessão de benefícios fiscais;
- (v) Previsão de opções pelo legislador (*strictu sensu*) cuja única finalidade será a de permitir ao sujeito passivo a redução da carga fiscal.¹¹⁸

Vertendo para o caso concreto, observemos os institutos em causa de uma perspetiva teleológica e vejamos se a operação sob análise lhes é desconforme.

Temos um empréstimo intragrupo, sujeito ao pagamento de juros, estipulados em obediência às regras dos preços de transferência. Estes juros consubstanciam para a Sociedade credora um rendimento, que deve ser tributado em sede do seu lucro tributável, ao abrigo da alínea c) do n.º 1 do art. 20.º do CIRC, em conformidade com o princípio do rendimento-acréscimo, acolhido no n.º 2 do art. 3.º do CIRC. Segundo esta “conceção extensiva de rendimento”, subjacente à quantificação do lucro tributável, estarão tendencialmente abrangidas quaisquer variações positivas do património líquido.¹¹⁹

À partida, os dividendos recebidos também seriam tributados, na medida em que, à semelhança dos juros, consubstanciam um rendimento no sentido inerente à noção de rendimento-acréscimo. No entanto, a participação de sociedades no capital de outras gera “uma tributação em cascata”: o lucro é primeiro tributado na esfera da sociedade que o originou e, depois, o montante distribuído à sócia (*dividendo*) seria computado no cálculo da sua matéria coletável, enquanto rendimento obtido, e assim sucessivamente.¹²⁰ Portanto, a escolha entre a existência de várias sociedades em cadeia, ou apenas uma só que albergue todas, não é fiscalmente neutra, em virtude da dupla tributação económica inerente à primeira opção. Então, por razões inerentes à estrutura

¹¹⁷ Aqui se enquadrará, por exemplo, a transformação das sociedades por quotas em sociedades anónimas para aproveitar do tratamento mais favorável nas mais-valias decorrentes da alienação de ações: os sujeitos passivos limitaram-se a adequar o seu comportamento ao que o legislador incentivou (Cardoso, 2017, p. 325).

¹¹⁸ Cardoso, 2017, pp. 291-292.

¹¹⁹ Moraes, 2007, pp. 34-35.

¹²⁰ Idem, pp. 162-164.

do imposto, para corrigir o funcionamento do IRC, que gera uma indesejada dupla tributação, o sistema fiscal prevê um benefício estrutural, de forma a repor justiça na tributação. Os dividendos são tributados onde são gerados, onde são lucro operacional, e depois não são mais tributados. Esta isenção de tributação dos lucros distribuídos a sujeitos passivos de IRC com sede ou direção efetiva em território português, cumpridos que estejam determinados requisitos, está prevista no art. 51.º do CIRCS, que transpõe a Diretiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de maio de 1990 (Diretiva “Mãe Filhas”).¹²¹

Através da operação do perdão da dívida, o sujeito passivo fica em posição de usufruir deste benefício estrutural, na medida em que o montante da dívida perdoada, sendo tributado em sede do lucro tributável da Sociedade Filha, já não o deve ser novamente quando é distribuído à Sociedade Mãe. Neste sentido, pode argumentar-se que houve apenas a adequação de um comportamento por parte do contribuinte, ao abdicar de um crédito a que tinha direito com o intuito de beneficiar da exclusão de tributação em sede de prevenção da dupla tributação económica concedida pelo legislador.

Por outro lado, se o montante perdoado é imediatamente remetido para a Sociedade credora sob a forma de dividendos (num cenário em que não eram distribuídos dividendos há anos, ou que nunca tinham sido distribuídos), parece-nos que nesse caso o perdão consubstancia um comportamento desprovido de substância económica, que apenas visou iludir o imposto normalmente devido ao nível da Sociedade Mãe pela receção de proveitos financeiros, transferindo a tributação para o país com a carga fiscal mais baixa para, dessa forma, eliminar o encargo fiscal líquido do Grupo. O TJUE já deixou claro que os objetivos de salvaguarda da repartição equilibrada do poder tributário e da prevenção da evasão fiscal estão interligados, e que os Estados Membros podem aplicar normas anti- abuso em ordem a garantir a preservação dos poderes de repartição.¹²²

¹²¹ “This is regarded by the CJ as the general objective of the directive there where the more specific object is to eliminate cases of double taxation of profits distributed by subsidiaries to their parent companies. We can thus assume that when an arrangement does not lead to the prevention of double taxation (...) this is in conflict with the object of the directive” (Weber, 2016, p. 113).

¹²² Ac. do TJUE de 18.07.2007, C231/05, *Oy Aa*, p. 63, e Ac. de 21.01.2010, C-311/08, *SGI*, p.66. Desenvolvidamente, Hiling, 2013, e Terra & Wattel, 2012, pp. 483-490.

3.1.3.Elemento sancionatório – “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”

Verificando-se cumulativamente os quatro elementos que constituem a hipótese legal, aplica-se a estatuição, que corresponde à ineficácia da construção no âmbito tributário. Os negócios são válidos e eficazes nos termos jurídico-civis, mas há um abuso fiscal que vai ser desconsiderado nesta sede. Como refere Alberto Xavier, “o Fisco tem o poder-dever de ‘requalificar’ ou ‘recharacterizar’ o ato jurídico de acordo com a sua verdade material jurídica”.¹²³ Assim, a tributação é efetuada de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica.

4. A interação entre o Regime de Comunicação Obrigatória e a Cláusula Geral Anti-Abuso

Na ação 12 do plano BEPS, que diretamente inspirou a Diretiva, é afirmado que o regime de comunicação obrigatória dos mecanismos potencialmente agressivos e a CGAA estabelecem entre si uma relação de complementaridade, na medida em que as operações que sejam comunicadas em obediência ao regime poderão despoletar a reação da Autoridade Tributária, nomeadamente através da aplicação da CGAA.¹²⁴

A Diretiva reforça esta ideia no considerando 14, ao afirmar que:

os mecanismos de planeamento fiscal transfronteiriços agressivos cuja principal finalidade ou uma das principais finalidades seja obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável estão sujeitos à regra geral anti abuso prevista no artigo 6.º da Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho.¹²⁵

O objetivo é que a aplicação conjunta das duas medidas permita, assim, aumentar a eficácia do combate aos comportamentos abusivos, uma vez que a obrigação de comunicação constituirá a via idónea para que a Administração Fiscal disponha de informação atualizada sobre os comportamentos a que deve reagir, numa fase precoce.¹²⁶ Além disso, a finalidade dissuasória é reforçada, uma vez que os promotores e utilizadores dos esquemas, estando conscientes de que os mecanismos reportados

¹²³ Xavier, 2001, p. 37.

¹²⁴ OECD, 2015, p. 23.

¹²⁵ Considerando (14) da Diretiva.

¹²⁶ Calderón, 2018, p. 41; Bernabéu, 2017, p. 133.

poderão ser objeto de reação por parte da AT, são obrigados a ponderar se devem mesmo utilizá-los, ou seja, a ponderar se não serão abusivos.¹²⁷

De facto, com base no exemplo analisado, constatamos que os pressupostos de aplicação dos dois mecanismos são diferentes.

As normas de revelação dos mecanismos com relevância fiscal terão um alcance mais extenso, e pretendem incluir no seu âmbito de aplicação um mais amplo leque de condutas do que aquele que preside à definição das construções sujeitas à aplicação da CGAA, atuando esta última nos casos em que efetivamente o risco de abuso dos mecanismos comunicados se confirma.¹²⁸ Vejamos.

O elemento intelectual, referente à motivação fiscal do sujeito passivo enquanto componente subjetiva, não está presente no regime da obrigação de comunicação. Neste âmbito, no que concerne ao teste do benefício principal, a avaliação irá apenas incidir na vantagem (benefício) potencialmente criada pelo mecanismo e não na averiguação da intenção subjacente.¹²⁹

As *guidelines* francesas afirmam expressamente que a satisfação do teste do benefício principal é feita de uma forma objetiva, em detrimento de uma análise subjetiva, que levaria em conta as motivações ou intenções dos participantes. Tanto assim é que o contribuinte pode não pretender obter uma vantagem fiscal de forma principal e o mecanismo que utiliza satisfazer, mesmo assim, o teste do benefício principal, averiguado em função do valor potencialmente obtido, em comparação com o valor dos outros benefícios obtidos com a operação.¹³⁰

Apesar de o elemento intelectual da CGAA ser inferido através de elementos objetivos, e podermos falar, nesse âmbito, numa “*objetified intention*”¹³¹, a sua prova apenas fica completa quando os diversos factos, analisados de forma casuística, permitam concluir, com razoável certeza e segurança, à luz de critérios lógicos e de experiência, que o sujeito quis e escolheu aquela estrutura com um propósito principal fiscal. Este juízo não está presente no DAC 6, nem é exigível a quem tem a obrigação de comunicar o esquema.

A obtenção de uma vantagem fiscal (elemento resultado) será uma condição necessária na maioria dos esquemas comunicáveis ao abrigo do MDR, pelo menos naqueles sujeitos ao crivo do teste do benefício principal.

¹²⁷ Dourado, 2017, p. 369.

¹²⁸ Bernabéu, 2017, p. 133; O'Donnell & Oliver, 2018, pp. 18-19.

¹²⁹ “(...) el criterio del beneficio principal no se liga a las intenciones, sino a los efectos. Es verdad que, tratándose de efectos razonablemente esperables, la línea divisoria con los propósitos es tenue, pero existe (...) precisamente esa característica de propósito u objetivo de conseguir un beneficio fiscal que anule el objetivo o la finalidad del Derecho tributario aplicable es la que no está presente en el criterio del beneficio principal en DAC 6” (Tello, 2019, p. 92).

¹³⁰ *Guidelines* francesas. No mesmo sentido, apontam-se as *Guidelines* holandesas.

¹³¹ Weber, 2010, p. 397.

Na característica-chave estudada, a conversão de rendimentos aí referida exige que os capitais, donativos ou rendimentos em que tenham sido convertidos os rendimentos originários sejam tributados mais favoravelmente, ou não tributados. De qualquer forma, o teste do benefício principal sempre exigirá que a obtenção de uma vantagem fiscal seja um dos benefícios principais expectáveis do mecanismo. Como vimos a propósito deste teste, a CE remete para um conceito de vantagem fiscal assente na comparação entre o imposto devido com a realização do mecanismo e o que seria devido sem o mesmo. As orientações portuguesas realçam a ideia de que só releva a vantagem fiscal que “não se alcançaria, no todo ou em parte, sem a utilização do mecanismo”, estabelecendo, de forma clara, um teste de causalidade semelhante ao que tem de se verificar, no âmbito da CGAA, entre os elementos meio e resultado.

No que concerne ao elemento normativo, aqueles países que exigem, para efeitos de verificação do teste do benefício principal do DAC 6, que a vantagem fiscal obtida não seja consistente com o objeto e propósito da legislação relevante parecem incluir um juízo normativo semelhante.

No entanto, não obstante a exclusão daqueles casos em que a vantagem fiscal é totalmente obtida em resultado direto e imediato do preenchimento dos seus pressupostos legais, referido pelas *guidelines* portuguesas, não nos parece ser exigível ao intermediário, nem ao contribuinte relevante (nos casos em que a obrigação de comunicação recaia sobre o último), um conhecimento acerca da coerência sistemática e normativa do resultado alcançado, nem a sua ausência poderá ser presumida da comunicação obrigatória.¹³² Enquanto juízo iminentemente jurídico, caberá ao intérprete-aplicador do Direito, perante as circunstâncias fácticas concretas, aferir a (des)conformidade da operação com as finalidades do ordenamento jurídico.¹³³ Esta será, aliás, a interpretação mais conforme com os objetivos do regime de mera obtenção de informação relevante para uma posterior seleção e análise.

O elemento meio refere-se, como já vimos, à via utilizada para obter o desejado ganho fiscal (“construção ou série de construções”) que seja realizada com abuso das formas jurídicas ou não seja genuína. Dada a sua natureza ampla, e assente em conceitos indeterminados, em alguns países este elemento foi densificado através de uma lista exemplificativa de indicadores objetivos.¹³⁴ Também em duas decisões de reenvio prejudicial, no início de 2019, o TJUE assinalou indicadores concretos que apontam para

¹³² No mesmo sentido, veja-se Lawrance & Boote, 2020, p. 4.

¹³³ Em relação ao elemento normativo da CGAA, é referido que “la obligación de comunicación en modo alguno exige (ni puede exigir en aras a su practicabilidad) el análisis previo sobre la concurrencia de este requisito adicional de antijuridicidad”, in Fundación Impuestos y Competitividad, “Acción 12: Seguimiento de la transposición al ordenamiento español de la ‘DAC 6’”, Contestación al trámite de consulta pública, de fecha 11/12/2018, en relación con la incorporación de la DAC 6, pp. 15-16.

¹³⁴ Tal como o Reino Unido, a Alemanha e a Austrália.

uma situação de abuso, tais como a existência de sociedades interpostas sem justificação económica ou o carácter puramente formal da estrutura do grupo de sociedades.¹³⁵ Como outra potencial fonte de tais indicadores poderão ser interpretadas as características-chave elencadas no regime de comunicação.¹³⁶

Neste contexto, entendemos que deve evitar-se o risco de o preenchimento das características-chave gerar uma presunção de abuso, no que se refere ao elemento meio.¹³⁷ Os elementos contidos nas características-chave constituem meros indícios de evasão fiscal ou de práticas fiscais abusivas¹³⁸, podendo abranger igualmente operações legítimas.¹³⁹ Não deverá, portanto, gerar-se a partir da sua verificação um preenchimento “mecanizado” do elemento meio, assim pondo em crise a necessária avaliação casuística das formas de planeamento. Isto será agravado se considerarmos a tendência do elemento intelectual de diluição e recondução à análise do elemento meio.¹⁴⁰

Uma presunção deste tipo, tendo em conta a forma ampla como as características-chave estão definidas, poderia colidir com a doutrina de não presunção de evasão e elisão fiscais conforme estabelecida pela jurisprudência do TJUE.¹⁴¹ O Tribunal já deixou claro que uma legislação nacional, para diretamente combater fraudes e abusos, deve ter por objetivo específico impedir comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, cujo objetivo é beneficiar indevidamente de uma vantagem fiscal.¹⁴² As regras de *disclosure* do DAC 6 claramente não se limitam a esses cenários.¹⁴³

¹³⁵ De acordo com a Ac. do TJUE de 26.02.2019, C-116/06, *T Danmark*, e C-117/16, *Y Denmark*, pp. 99-106.

¹³⁶ Hayden, 2019, p. 2.

“The Main Benefit Test in the DAC 6 includes only a reference to ‘all relevant facts and circumstances’ without invoking the question of the genuineness of the arrangement (...) presumably because the genuineness of the arrangement (or lack of it thereof) is the subject of each specific hallmark” (Pantazatou, 2020, p. 15).

¹³⁷ Cardoso, 2017, p. 249 já havia tecido esta preocupação em relação ao Decreto lei n.º 29/2008: “funcionando o ‘disclosure’ a priori em relação a determinadas situações consideradas como fontes potenciais de planeamento fiscal ilegítimo, este diploma, ainda que não declaradamente, acaba por funcionar como uma CEAA, uma vez que presume que a(s) situação(ões) do art. 4.º são abusivas, assim invertendo o ónus da prova contra o contribuinte, conduzindo não apenas a uma objetivização das situações de planeamento fiscal, mas lançando um anátema de suspeição generalizada em relação a situações possivelmente legítimas de planeamento fiscal”.

¹³⁸ Considerando 9 da Diretiva.

¹³⁹ Peeters & Vanneste, 2020, p. 3.

Veja-se o caso da característica-chave prevista na alínea b) do n.º 5 da Lei, que obriga à comunicação de mecanismos que envolvam a transferência de ativos intangíveis difíceis de avaliar. Entre empresas independentes é o que se apelida de negócio arriscado, entre empresas associadas é automaticamente rotulada de potencialmente abusiva. No entanto, se o resultado da transação é altamente incerto, só depois da transação, e não antes, é possível averiguar o carácter abusivo (Vanistendael, 2018, p. 6).

¹⁴⁰ Cardoso, 2017, p. 248.

¹⁴¹ Pantazatou, 2020, p. 15. “Courts tend to reject general presumptions of abuse when a member state is defending its cross-border anti avoidance provisions against EU law challenges. Somewhat perversely, this does not seem to have filtered through to the EU’s mandatory disclosure rules. Many hallmarks come remarkably close to constituting such general presumptions” (Larking, 2018, p. 6).

¹⁴² Ac. do TJUE de 7.09.2017, C-6/16, *Egiom SAS*, p. 30, referindo-se ao *Cadbury Schweppes*, C-196/04, p. 55.

¹⁴³ Blum & Langer, 2019, p. 11.

Com efeito, encontra-se estabelecido que as autoridades nacionais competentes, para averiguarem se determinada operação tem como objetivo a evasão ou elisão fiscais (nomeadamente por não ser executada por razões económicas válidas), têm de proceder casuisticamente a uma análise global da operação que pondere todos os elementos concretos do caso e possa ser objeto de fiscalização jurisdicional, não bastando a aplicação de critérios gerais predeterminados.¹⁴⁴ Blum e Langer referem ainda, a propósito das decisões do TJUE no caso *Eqiom e Deister*, que uma presunção deste tipo será desproporcional mesmo que o contribuinte a possa refutar.¹⁴⁵ São as autoridades fiscais que têm de evidenciar um intuito abusivo, aferido através de um exame individual do esquema como um todo.¹⁴⁶

Desta forma, entendemos que deveria estabelecer-se de forma clara que o regime de comunicação obrigatória não é um instrumento para diretamente combater os comportamentos de erosão da base tributária, nem as características-chave, conjugadas com o teste do benefício principal, podem operar, *per se*, como uma qualquer presunção de construção abusiva.¹⁴⁷

Qualquer classificação dos mecanismos reportados nesse sentido deve obrigatoriamente ser coberta por uma avaliação posterior pela administração fiscal e fundamentada nos termos prescritos na lei, nomeadamente na prova de todos os pressupostos de que depende a aplicação da CGAA.¹⁴⁸

A Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 11/XIV, que esteve na origem da Lei n.º 26/2020, deixou claro que “as características-chave não traduzem uma efetiva situação de evasão fiscal e, menos ainda, uma antecipação de qual deva ser a reação das autoridades tributárias”. As *guidelines* posteriormente publicadas vieram reforçar que não deixa de ser assim, nomeadamente nas características-chave que tenham de ser cumuladas com o teste do benefício principal, ou que referem expressões como “medidas artificiosas”, ausência de “outra função comercial”, ausência de prossecução de “uma atividade económica substancial”, entre outras. Vieram ainda realçar que o enquadramento a dar às situações tributárias reveladas, nos termos do art. 17.º da Lei 26/2020, deve ser feito “perante os limites de um ordenamento jurídico estritamente delimitado pelo princípio da tipicidade fechada ou taxativa”.

No cerne destas disposições parece residir esta preocupação de separação de âmbitos e pressupostos dos dois regimes. No entanto, a falta de reação das autoridades

¹⁴⁴ Ac. do TJUE de 17.07.1997, C-28/95, *Leur-Bloem*, p. 41; ac. do TJUE de 10.11.2011, C-126/10, *Foggia*, pp. 37-39; TJUE, ac. do TJUE de 08.03.2017, C-14/16, *Euro Park Service*, pp. 55-57, ac. do TJUE de 7.09.2017, C-6/16, *Eqiom SAS*, p. 36.

¹⁴⁵ Blum & Langer, 2019, p. 11.

¹⁴⁶ Bundgaard, *et al.*, 2018.

¹⁴⁷ Sandalo & Montinari, 2020, pp. 1-2. No mesmo sentido, Fundación Impuestos y Competitividad, p. 16.

¹⁴⁸ “The disclosure will rather give the authorities the opportunity to autonomously investigate reported schemes and determine whether they are acceptable (Peeters & Vanneste, 2020, p. 3).

tributárias (que não implica qualquer esclarecimento quanto à aceitação dos esquemas comunicados)¹⁴⁹ não deixa de fragilizar a segurança jurídica e proteção das legítimas expectativas dos contribuintes¹⁵⁰ pela criação de uma “zona cinzenta” de operações sob vigia.¹⁵¹ Além disso, acentua o caráter unilateral de decisão, por um lado, no que se refere à Administração Fiscal, e o caráter unilateral de fornecimento de informação, por outro, no que se refere aos intermediários/contribuintes.¹⁵²

Numa área em que a cooperação e o diálogo são tão importantes, uma vez que a distinção entre o aceitável e o inaceitável/abusivo é feita por uma linha ténue e, muitas vezes, não consensual¹⁵³, urge promover medidas de cooperação.¹⁵⁴ Como sugere Prats, a clarificação dos efeitos associados às operações comunicadas poderia ser feita através da elaboração e atualização de listas (brancas/negras/cinzentas) que elucidassem a relevância tributária dos mecanismos comunicáveis.¹⁵⁵

O regime está plenamente em vigor desde o início do ano e nos últimos dois meses foram submetidas mais de uma centena de declarações Modelo 58, ou seja, já foram comunicados mais mecanismos do que foram comunicados esquemas nos 12 anos de vigência do DL n.º 29/2008, de 25 de fevereiro.¹⁵⁶ Resta-nos observar como se vai desenvolver, na prática, o tratamento pela AT da informação disponibilizada, nomeadamente no que concerne à sua articulação com o regime da CGAA.

¹⁴⁹ Considerando (2) da Diretiva e art. 18.º da Lei n.º 26/2020. Isto significa que as autoridades fiscais podem permanecer em silêncio por um período indefinido de tempo antes de implementar medidas repressivas, acentuando a incerteza para o contribuinte.

¹⁵⁰ Čicin-Šain, 2019, p. 6.

¹⁵¹ “Funciona, pues, como una especie de expectativa de culpabilidad” (Pérez, 2020).

¹⁵² Vanistendael, 2018, p. 5.

¹⁵³ Vanistendael, 2018, p. 9.

¹⁵⁴ “(...) deben arbitrarse de forma simultanea mecanismos y procedimientos que fomenten el cumplimiento cooperativo y refuercen la asistencia a los contribuyentes, considerando particularmente la elevada subjetividad e indeterminación jurídica intrínseca a la aplicación de las medidas” (Calderón, J.M.C., 2018, p. 62). Refira-se, a este propósito, a criação do Fórum DAC 6, pelo DL n.º 53/2020, para o acompanhamento da aplicação da lei de transposição e enquadramento de dúvidas.

¹⁵⁵ Prats, 2019, p. 33. A al. d) do art. 17.º da Lei portuguesa prevê a divulgação no Portal das Finanças dos mecanismos comunicados, em termos abstratos, para efeitos preventivos. No entanto, refira-se que, ao abrigo do antigo regime de comunicação, que previa uma obrigação semelhante, apenas foram divulgados 13 esquemas em mais de uma década de vigência.

¹⁵⁶ Neves, 2021.

Conclusão

I.A Diretiva 2018/822 (“DAC 6”) e a Diretiva 2016/1164 (“ATAD I”), transpostas para o ordenamento jurídico português através da Lei 26/2020 de 21 de julho e da Lei 32/2019 de 3 de maio, respetivamente, surgem num contexto ativo de combate ao planeamento fiscal agressivo e evasão fiscal ao nível da União Europeia.

II. A DAC 6 estabelece um regime de comunicação obrigatória de mecanismos transfronteiriços potencialmente agressivos, cujo potencial de agressividade está sinalizado pelo preenchimento das características-chave previstas na Diretiva.

III. Algumas destas características-chave apenas desencadeiam a comunicação obrigatória quando estiver satisfeito o teste do benefício principal, filtro objetivo que exige a obtenção de uma vantagem fiscal como um dos principais benefícios do mecanismo.

IV. As características-chave estão definidas de forma ampla e indeterminada, de forma a abranger o maior leque de condutas potencialmente relevantes. Desta forma, podem cair igualmente no seu escopo estruturas de planeamento legítimas.

V. O objetivo é munir as Autoridades Tributárias de informação relevante, numa fase precoce, de forma a poderem controlar a atividade dos intermediários e contribuintes, selecionando aquela à qual devem reagir. Terá igualmente um fim dissuasório, pretendendo demover os contribuintes de entrarem em esquemas de planeamento agressivo.

VI. Por outro lado, a ATAD I visa o estabelecimento de regras contra as práticas de elisão fiscal, nomeadamente a definição de uma CGAA, de forma a garantir a sua aplicação uniforme entre os diferentes Estados Membros e a assegurar-lhes um maior nível de proteção.

VII. A CGAA, traduzindo-se na não aceitação das opções contratuais do sujeito passivo, tomadas em conformidade com a letra da lei, constitui uma *ultima ratio*, atuando contra aquelas formas de planeamento que, apesar de formalmente lícitas, são manifestamente abusivas face ao ordenamento jurídico.

VIII. A sua aplicação encontra-se dependente de um conjunto de pressupostos cumulativos (elemento meio, resultado, intelectual e normativo), que devem ser provados pela AT e analisados de forma casuística.

IX. Desta forma, enquanto o regime de comunicação obrigatória tem caráter preventivo, atuando *a priori* na luta contra o abuso fiscal, a CGGA tem caráter repressivo, reagindo contra os mecanismos cujo potencial de abuso é confirmado mediante a verificação dos referidos pressupostos.

X. Neste contexto, tendo em conta a forma como as características-chave são apontadas como fortes indícios de práticas fiscais abusivas, e face ao caráter amplo e indeterminado da CGGA, poderá verificar-se uma tendência de presumir o abuso da verificação das primeiras.

XI. Da análise prática dos dois institutos (o regime de comunicação e a CGGA) e da aplicação dos seus pressupostos a um exemplo concreto, entendemos que tal presunção será indevida e a sua proibição deveria ser expressamente consagrada na lei. Tendo em conta a forma ampla como as características-chave estão definidas, abrangendo operações legítimas, esta presunção seria contrária à doutrina de não presunção de evasão e elisão fiscais conforme estabelecida pelo TJUE, e colocaria em crise a ponderação casuística dos elementos, absolutamente necessária na aplicação de um mecanismo tão intrusivo como a CGAA.

Bibliografia

- BLUM, D.W. & LANGER, A. (2019). European Union – At a crossroads: Mandatory disclosure under DAC-6 and EU primary law – Part 1. *European Taxation*, vol. 59, n.º 6, pp. 282-290.
- BUNDGAARD, J.; SCHMIDT, P.K.; TELL, M.; LAURSEN, A.N., & AARUP, L.B. (2018). European Union – When are domestic anti-avoidance rules in breach of primary and secondary EU law? – Comments based on recent ECJ decisions. *European Taxation*, vol. 58, n.º 4.
- CACHIA, F. (2018). Tax transparency for intermediaries: The mandatory disclosure rules and its EU impact. *EC Tax Review*, vol. 27, n.º 4.
- CALDERÓN, J.M.C. (2018). El nuevo marco europeo de transparencia sobre esquemas transfronterizos sujetos a declaración por intermediarios fiscales y contribuyentes: las “EU tax disclosure rules” y sus implicaciones. *Quincena Fiscal*, n.º 10.
- CARDOSO, P.M. (2017). *Os desafios da “maioridade”: Da cláusula geral anti-abuso: análise estática e dinâmica do seu estado evolutivo*. Lisboa: AADFL Editora.
- ČIČIN-ŠAIN, N. (2019). European Union/International – New mandatory disclosure rules for tax intermediaries and taxpayers in the European Union – Another “bite” into the rights of the taxpayer? *World Tax Journal*, vol. 11, n.º 1.
- CLAPPERS, T. & MAC-LEAN P. (2019). European Union/Netherlands – Tax avoidance in the spotlight: The EU mandatory disclosure rules and their impact on asset managers and private equity. *Finance and Capital Markets*, vol. 21, n.º 3.
- COURINHA, G.L. (2009). *A Cláusula Geral Anti-Abuso no direito tributário: Contributos para a sua compreensão*. Coimbra: Almedina.
- DA SILVA, J.N.C. (2006). Elisão fiscal e Cláusula Geral Anti-Abuso, *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II.
- DALY, M. (2020). EU mandatory disclosure: Irish guidance notes at a glance. *International Tax Review*.
- DE BROE, L. & BECKERS, D. (2017). The General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An analysis against the wider perspective of the European Court of Justice’s case law on abuse of EU Law. *EC Tax Review*, vol 26, n.º 3.
- DOURADO, A.P. (2015). Aggressive tax planning in EU law and in the light of BEPS: The EC Recommendation on aggressive tax planning and BEPS Action 2 and 6. *Intertax*, vol. 43, n.º 1.
- DOURADO, A.P. (2017). *Governança fiscal global*. Coimbra: Almedina.
- FEIO, D. (2020). Cláusula Geral Anti-Abuso: Antes e depois. Conceitos em construção. *Cadernos de Justiça Tributária*, n.º 29.
- FERREIRA, M.V. (2016). A Cláusula Geral Anti Abuso na jurisprudência do CAAD. *Arbitragem Tributária*, n.º 5, pp. 294-307.
- HILING, M. (2013). Justifications and proportionality: An analysis of the ECJ’s assessment of national rules for the prevention of tax avoidance. *Intertax*, vol. 41, n.º 5.
- JONES, B.; JERVIS, D. & UPADHYAY, D. (2021). DAC 6 restricted. *Tax Journal*.
- KEMMEREN, E; PRATS, A.G.; HASLEHNER, W.; HEYDT, V.; JOFLER, G.; LANG, M.; LÜDICKE, J.; NOGUEIRA, J.; PISTONE, P.; REAVENTOS-CALVO, S.; LA BLÉTIÈRE,

- E.R.; RICHELLE, I.; RUST, A.; SHIERS, R.; VALENTE, P. (2018). Anti-avoidance measures of general nature and scope – GAAR and other rules. *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 103, n.º 1.
- LARKING, B. (2018). No pain, no gain: Overkill in the EU’s mandatory disclosure rules. *Tax Notes International*, vol. 92, n.º 1, pp. 25-29.
- LAWRANCE, D. & BOOTE, E. (2020). DAC 6: Six types of ambiguity. *Tax Journal*.
- MORAIS, R.D. (2007). *Apontamentos ao IRC*. Coimbra: Almedina.
- MORAIS, R.D. (2012). *Manual de procedimento e processo tributário*. Coimbra: Almedina.
- NOGUEIRA, J.F. (2009). Abuso de direito em fiscalidade direta: A emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*.
- NOUWEN, M.A. & ELJSDEN, A.V. (2017). The new transparency rules for intermediaries and companies lead to a complete tax chaos. *Kluwer International Tax Blog*.
- O’DONNELL, K. & OLIVER, R.H. (2018). New EU Reporting obligations for tax intermediaries: Impact on alternative investments in Luxembourg. *Tax Notes International*, vol. 1, pp. 177-192.
- OCHÔA, J.P. (2021). Portugal – Mandatory disclosure rules applicable to reportable arrangements: Portuguese implementation of DAC 6. *European Taxation*, vol. 61, n.º 1.
- PANTAZATOU, K. (2020). Effective implementation of the ATAD: Information collection, exchange and monitoring through DAC 6. *A guide to the anti-tax avoidance directive*, vol. 1, pp. 1-27. Elgar Tax Law and Practice.
- PEETERS, B. & VANNESTE, L. (2020). European Union/international – DAC 6: An additional common EU reporting standard. *World Tax Journal*, vol. 12, n.º 3.
- PÉREZ, C.L. (2020). *Mecanismos transfronterizos de planificación fiscal vs. armonización fiscal*. Centro de Estudios Financieros Fiscal Impuestos.
- PIRES, J.M.F. (2015). *Lei Geral Tributária comentada e anotada*. Coimbra: Almedina.
- PRATS, A.G. (2019). La transposición en España de la Directiva sobre intermediarios tributarios (DAC 6). *AEDAF Paper*, n.º 14.
- ROLIM, J.D. (2016). The General Anti-Avoidance Rule: Its expanding role in international taxation. *Intertax*, vol. 44, n.º 11.
- SANCHES, J.L.S. (2002). *Manual de direito fiscal*, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- SANCHES, J.L.S. (2009). *Os limites do planeamento fiscal, substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional*. Coimbra: Coimbra Editora.
- SILVA, F.C. & NEVES, T.C. (2008). Planeamento fiscal abusivo: O caso português no contexto internacional. *Revista de Finanças e Direito Fiscal*, n.º 3.
- SILVA, G.M. (2018). *Direito penal tributário*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- TAVARES, T.C. (2020). Nova redação e novo contencioso da cláusula geral anti-abuso no direito fiscal: Art. 38.º da LGT e art. 63.º do CPPT. *Cadernos de Justiça Tributária*, n.º 29.
- TERRA, B.J.M. e WATTEL, P.J. (2012). *European tax law*. Lisboa: Kluwer Law International.
- VANISTENDAEL, F. (2018). The EU Directive on aggressive tax planning: The wrong approach. *Tax Notes International*, vol. 92, n.º 10, pp. 993-998.

- WEBER, D. (2010). *Abuse of law in the context of indirect taxation: Why we need the subjective intention test, when is combating abuse an obligation and other comments, in prohibition of abuse of law: A new general principle of EU*. Oxford: Oxford University Centre for Business Taxation.
- WEBER, D. (2016). The new common minimum anti-abuse rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: Background, impact, applicability, purpose and effect. *Intertax*, vol. 44, n.º 2.
- XAVIER, A. (2001). *Tipicidade da tributação, simulação e norma anti-elisiva*. São Paulo: Dialética.

Fontes eletrónicas

- Administration des contributions directes (2020). Précisions concernant l'implémentation de la loi du 25 mars 2020 relative aux dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration. <https://impotsdirects.public.lu/dam-assets/fr/echanges-electroniques/dac6/Precisions-concernant-l-interpretation-de-la-loi-du-25-mars-2020-Version-PDF-20210212-.pdf>.
- Autoridade Tributária e Aduaneira (2021). Orientações gerais (guidelines) relativas à obrigação de comunicação à Autoridade Tributária e Aduaneira de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal. https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/apoio_contribuinte/Regime_Comunicacao_Mecanismos_internos_transfronteiricos/Comunicacao_de_Mecanismos/Documents/Lei_26_2020_Orientacoes_Gerais_Guidelines.pdf.
- Autoridade Tributária e Aduaneira (2019). Divulgação do Anteprojeto de diploma sobre a Transposição da Diretiva (UE) 2018/822 (DAC 6). https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/destaques/Documents/Anteprojeto_DAC_6.pdf
- BERNABEU, L.S. (2017). La conexión entre la norma general anti-abuso introducida en la Propuesta de Directiva BICIS y la Acción 12 del Plan BEPS. *V Encuentro de Derecho Financiero y Tributario "El futuro del Impuesto sobre Sociedades (2.ª parte)*. https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2017_13.pdf.
- Bulletin Officiel des Finances Publiques – Impôts (2020). Obligations des contribuables tendant à la prévention de la fraude – Déclaration de dispositifs transfrontières – Champ d'application – Dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration (*guidelines* do Luxemburgo). https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/12276-PGP.html/identifiant=BOI-CF-CPF-30-40-10-10-20201125#1%C2%Bo_Critere_de_l%E2%80%99avantage_pr_063.
- CE (Comissão Europeia) (2017). Commission Staff Working Document Impact Assessment accompanying the document Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation in relation to reportable cross-border arrangements. SWD/2017/0236 final – 2017/0138”, 2017. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52017SC0236>.

- CE (Comissão Europeia) (2016). Proposal for a Council Directive laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market. COM (2016) 26 final. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-26-EN-F1-1.PDF>.
- CE (Comissão Europeia) (2017). Recomendação da Comissão de 6 de dezembro de 2012 relativa ao planeamento fiscal agressivo (2012/772/EU). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012H0772&from=ES>.
- CFE (Confédération Fiscale Européenne), & AOTCA (The Asia-Oceania Tax Consultants' Association) (2015). Joint Opinion Statement FC 7/2015 and PAC 1/2015 on mandatory disclosure rules (BEPS Action 12). <http://taxadviserseurope.org/wp-content/uploads/2018/12/CFE-and-AOTCA-Opinion-Statement-FC-7-2015-on-Mandatory-Disclosure-Rules-BEPS-Action-12.pdf>.
- CFE (Confédération Fiscale Européenne) (2017). Joint PAC/FC Opinion Statement 1/2017 on the European Commission public consultation 'Disincentives for advisers and intermediaries for potentially aggressive tax planning schemes'. <http://taxadviserseurope.org/wp-content/uploads/2018/05/CFE-PAC-FC-Joint-Opinion-Statement-Effective-Disincentives-1-2017.pdf>.
- CHANCE, C. (2018). Look out – Why new EU tax reporting requirements are ahead. https://www.cliffordchance.com/briefings/2018/06/look_out_why_neweutaxreportingrequirement.html.
- Commission Services (2018). Working Party IV – Direct taxation – 24 September 2018 – summary record.: <https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=19686>.
- Commission department on Taxation and Customs Union (2017). Document WK 9981/2017 INIT, Examples and origin of the Hallmarks. <https://globaltaxnews.ey.com/news/2018-5831-european-commission-provides-examples-of-hallmarks-under-eu-mandatory-transparency-rules>.
- Fundación Impuestos y Competitividad (2018). Accion 12: Seguimiento de la Transposición al Ordenamiento Español de la “DAC 6”, Contestación al Trámite de Consulta Pública, de fecha 11/12/2018, en relación com la incorporación de la DAC 6. <https://fundacionic.com/wp-content/uploads/2018/04/TRASPOSICION-DAC-6-2.pdf>.
- HAYDEN, H. (2019). A rule to catch them all, How European policies on combating abuse of rights in tax law aim at countering cynicism by non-state actors. *Völkerrechtsblog*. <https://voelkerrechtsblog.org/de/a-rule-to-catch-them-all/>.
- HM Revenue & Customs (2020). Disclosable arrangements legislation (guidelines do Reino Unido). IEIM600000 - International Exchange of Information Manual - HMRC internal manual - GOV.UK (www.gov.uk).
- HM Revenue & Customs (2020). Disclosure of Tax Avoidance schemes: guidance (DOTAS). <https://www.gov.uk/government/publications/disclosure-of-tax-avoidance-schemes-guidance/disclosure-of-tax-avoidance-schemes#the-hallmarks>

- Ministerie van Financiën (2020). Guidance on mandatory cross-border arrangements (guidelines da Holanda). Disponível em: [wetten.nl - Regeling - Leidraad meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies - BWBR0043757](https://wetten.nl/Regeling-Leidraad-meldingsplichtige-grensoverschrijdende-constructies-BWBR0043757) (overheid.nl).
- NEVES, A. (2021). O MDR já está em vigor... E agora? *EasyTax o Jornal Económico*. <https://easytax.jornaleconomico.pt/o-mdr-ja-esta-em-vigor-e-agora>.
- Norton Rose Fullbright (2018). DAC 6: new EU tax disclosures Mandatory reporting of cross-border transactions for taxpayers and intermediaries. <https://www.nortonrosefulbright.com/-/media/files/nrf/nrfweb/knowledge-pdfs/dac-6-new-eu-tax-disclosure-rules.pdf?la=en-de&revision=20e59a62-fcba-4a86-ae4d-4f394622b4b2>.
- OCDE (2013). Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting. OECD Publishing. https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting_9789264202719-en#page1.
- OCDE (2015). Comments Received on Public Discussion Draft BEPS Action 12: Mandatory Disclosure Rules, 4 May 2015. <https://www.oecd.org/tax/aggressive/public-comments-beps-action-12-mandatory-disclosure-rules.pdf>.
- OCDE (2015). Mandatory Disclosure Rules, Action 12 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing.: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/mandatory-disclosure-rules-action-12-2015-final-report_9789264241442-en#page1.
- Revenue Irish Tax and Customs (2021). EU Mandatory Disclosure of Reportable Cross-Border Arrangements Part 33-03-03 (guidelines da Irlanda). Part 33-03-03 - EU Mandatory Disclosure of Reportable Cross-border Arrangements (Chapter 3A of Part 33) (revenue.ie)
- SANDALO & MONTINARI (2020). Open issues on DAC 6 Italian implementation: the main benefit test and the reporting obligation. *IPSOA Quotidiano*. <https://www.ipsoa.it/documents/fisco/fiscalita-internazionale/quotidiano/2020/03/09/open-issues-on-dac-6-italian-implementation-the-main-benefit-test-and-the-reporting-obligation>
- Skat.dk (2020). The Legal Guide 2021-1, Reporting of cross-border schemes – DAC 6/MDR (guidelines da Dinamarca). <https://skat.dk/skat.aspx?oid=16962>
- TELLO, J.J. (2019). La obligatoria declaración de mecanismos transfronterizos de planificación fiscal bajo la directiva de cooperación administrativa (DAC 6). *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, n.º 53. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/6848/documento/esp02.pdf?id=9334>

Jurisprudência TJUE

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 17 de julho de 1997, C-28/95, *Leur-Bloem*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de dezembro de 2000, C-110/99, *Emsland-Stärke*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de fevereiro de 2006, C-255/02, *Halifax*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 12 de setembro de 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*.
Acórdão do Tribunal de Justiça, de 18 de julho de 2007, C-231/05, *Oy Aa*.
Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de janeiro de 2010, C-311/08, *SGL*.
Acórdão do Tribunal de Justiça, de 10 de novembro de 2011, C-126/10, *Foggia*.
Acórdão do Tribunal de Justiça, de 8 de março de 2017, C-14/16, *Euro Park Service*.
Acórdão do Tribunal de Justiça, de 7 de setembro de 2017, C-6/16, *Egiom SAS*.
Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de fevereiro de 2019, C-116/06, *T Danmark* e C-117/16, *Y Denmark*.

Jurisprudência nacional

Acórdão do CAAD de 9 de maio de 2013, Proc. N.º 123/2012-T.
Acórdão do CAAD de 6 de junho de 2013, Proc. N.º 124/2012-T.
Acórdão do CAAD de 14 de junho de 2014, Proc. N.º 258/2013-T.
Acórdão do CAAD de 21 de julho de 2014, Proc. N.º 143/2014-T.
Acórdão do CAAD de 16 de setembro de 2014, Proc. N.º 234/2014-T.
Acórdão do CAAD de 24 de novembro de 2014, Proc. N.º 379/2014-T.
Acórdão do CAAD de 19 de dezembro de 2014, Proc. N.º 200-2014-T.
Acórdão do CAAD de 3 de janeiro de 2015, Proc. N.º 240/2014-T.
Acórdão do CAAD de 30 de janeiro de 2015, Proc. N.º 381/2014-T.
Acórdão do CAAD de 2 de março de 2015, Proc. N.º 395/2014-T.
Acórdão do CAAD de 4 de maio de 2015, Proc. N.º 283/2014-T.
Acórdão do CAAD de 22 de maio de 2015, Proc. N.º 377/2014-T.
Acórdão do CAAD de 3 de julho de 2015, Proc. N.º 180/2014-T.
Acórdão do CAAD de 4 de novembro de 2015, Proc. N.º 173/2015-T.
Acórdão do CAAD de 26 de novembro de 2018, Proc. N.º 126/2018-T.
Acórdão do CAAD de 3 de janeiro de 2019, Proc. N.º 235/2018-T.
Acórdão do CAAD de 24 de maio de 2019, Proc. N.º 357/2018-T.
Acórdão do CAAD de 18 de novembro de 2019, Proc. N.º 165/2019-T.
Acórdão do CAAD de 23 de dezembro de 2019, Proc. N.º 303/2019-T.
Acórdão do CAAD de 15 de janeiro de 2020, Proc. N.º 317/2019-T.
Acórdão do CAAD de 25 de maio de 2020, Proc. N.º 480/2019-T.
Acórdão do STA de 4 de novembro de 2015, Proc. N.º 963/13-30.
Acórdão do TCAS de 13 de março de 2007, Proc. N.º 01576/07.
Acórdão do TCAS de 15 de fevereiro de 2011, Proc. N.º 04255/10.
Acórdão do TCAS de 14 de fevereiro de 2012, Proc. N.º 05104/11.
Acórdão do TCAS de 23 de fevereiro de 2017, Proc. N.º 637/09.2.

**O conflito entre os interesses de curto prazo dos investidores
institucionais e os interesses de longo prazo dos acionistas**
A sua relação com a sustentabilidade da empresa

Joana Santos Rodrigues Soares dos Reis

Sob a orientação do Professor
Doutor Armando Triunfante

Resumo

A presença cada vez mais forte dos investidores institucionais no mercado justifica que se apreciem as consequências que dela resultam, não só para o sistema, como para a sociedade no geral. Sem prejuízo das vantagens que estes investidores trouxeram para o mercado, *maxime* a facilitação de financiamento, é certo que há registo de desfechos desastrosos resultantes da política de atuação destas entidades.

O presente estudo centrará a sua atenção, num primeiro momento, na contextualização do leitor na esfera dos efeitos negativos advindos da política de investimento de curto prazo. Num segundo momento abordará o ativismo acionista, o qual é apontado pela doutrina como uma potencial solução para a prevenção desses mesmos efeitos. Finalmente, num terceiro ponto, refletirá sobre soluções alternativas avançadas pela doutrina nacional e internacional.

Palavras-chave: *short-termism*; investidor institucional; acionista minoritário; ativismo acionista; envolvimento a longo prazo; ação de lealdade.

Abstract

The increasing presence of institutional investors in the market justifies the appreciation of the consequences that result therefrom, not only for the system, but also for society in general. Notwithstanding the advantages that these investors have brought to the market – for instance, by providing an alternative to bank financing – there are records of disastrous outcomes for which such entities' investment policies are held accountable.

The present study focuses, firstly, on the contextualization of readers as regards the negative effects arising from short-term investment policies. Secondly, it addresses shareholder activism, which is pointed out as a potential solution for the prevention of those effects. Lastly, it reflects upon alternative solutions proposed by national and international doctrines.

Keywords: *short-termism*; institutional investor; minority shareholder; shareholder activism; long-term engagement; loyalty share.

Lista de siglas e abreviaturas

al(s).	Alínea(s)
art(s).	Artigo(s)
cf.	Conforme
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CVM	Código dos Valores Mobiliários
DL	Decreto-Lei
ECGI	European Corporate Governance Institute
<i>Idem ibidem</i>	Mesmo autor, mesma obra, mesma página
i.e.	Isto é
IPCG	Instituto Português de Corporate Governance
n.º	Número
p(p)	Página(s)
reimp.	Reimpressão
S.A.	Sociedade anónima
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
UE	União Europeia
<i>vd.</i>	<i>Vide</i>
<i>v.g.</i>	<i>Verbi gratia</i>
Vol.	Volume

Índice

Introdução	5
Capítulo I – A realidade atual da estrutura acionista e do mercado – o fenómeno de <i>short-termism</i>	6
1. A sociedade anónima e os seus subtipos	6
1.1. As sociedades abertas e as sociedades cotadas	6
2. Tipos de acionistas	7
2.1. Acionista maioritário e acionista minoritário	8
2.2. Conflitos de agência	9
2.3. A estrutura acionista atual	10
2.4. O investidor institucional	11
3. <i>Short-termism</i> : por que razão é uma ameaça?	13
Capítulo II – O ativismo acionista enquanto potencial solução para combater o <i>short-termism</i>	15
1. “Pequeno” acionista e ativismo acionista	15
2. O voto por correspondência nas sociedades anónimas	16
2.1. Nas sociedades anónimas fechadas	16
2.2. Nas sociedades anónimas abertas	17
3. Investidor institucional e ativismo acionista	19
3.1. <i>Free-riding problem</i>	20
4. Ativismo acionista como solução?	21
Capítulo III – Outras soluções apontadas para o combate ao <i>short-termism</i>	22
1. Diretiva dos Acionistas	22
2. Ações de lealdade	23
2.1. Ação de lealdade enquanto direito especial?	23
2.2. O princípio da igualdade de tratamento dos acionista	27
2.3. Admissibilidade das <i>L-shares</i> na ordem jurídica portuguesa: confronto com o art. 384.º, n.º 5 do CSC	28
2.4. Conclusões	29
3. O papel da <i>corporate governance</i>	29
Conclusão	33
Bibliografia	34

Introdução

A realidade da estrutura acionista tem vindo a transmutar-se nos últimos anos: a predominância de pequenos acionistas, individuais e não profissionais, no seio das sociedades anónimas abertas deu lugar, num ápice, à hegemonia dos investidores institucionais.

Paralelamente, o conflito de agência clássico que Berle e Means identificaram (entre administradores e acionistas) é obrigado a partilhar a sua centralidade com os vários conflitos de interesses que surgem na sociedade aberta atual, em virtude da multiplicidade de tipos de acionistas com intenções e horizontes temporais de investimento distintos. Dedicaremos, por isso, parte deste trabalho à contextualização do leitor na realidade da estrutura acionista atual de uma sociedade aberta, focando a nossa atenção na dupla *pequeno investidor individual e investidor institucional*.

Esta mudança de paradigma introduz alterações profundas no sistema, mas especialmente no modo como encaramos o mercado. A crescente importância dos investidores institucionais torna-os hoje detentores da maioria da capitalização das grandes bolsas de valores. Neste sentido, um mercado dominado por investidores institucionais estará orientado para o favorecimento da prossecução de resultados a curto prazo e para a assunção de risco excessivo. Estes dois elementos caracterizam a típica política de investimento destas entidades, a qual esteve muitas vezes na base de graves crises financeiras.

A nível internacional, a doutrina pondera soluções para combater a tendência de procura de resultados a curto prazo. O nosso trabalho reflete, por isso, sobre várias soluções apontadas quer pela doutrina, quer pela própria lei, quer ainda pelo movimento de *corporate governance*, a nível nacional e internacional, para combater o *short-termism*, analisando a potencialidade e eficiência de cada uma delas.

CAPÍTULO I

A realidade atual da estrutura acionista e do mercado – o fenómeno de *short-termism*

1. A sociedade anónima e os seus subtipos

A sociedade anónima é um tipo de sociedade capitalista de responsabilidade limitada cujo capital se encontra dividido em ações (art. 271.º CSC), estando o seu regime específico disposto no Título IV do CSC, nos arts. 271.º a 463.º.

Com a crescente complexidade do mundo societário, tem surgido a necessidade de regular aspetos muito específicos das sociedades anónimas, em razão das variadíssimas dimensões que este tipo societário pode tomar. Há que contar, num extremo, com uma sociedade anónima “pequena”: pense-se no caso de uma sociedade que, não querendo perder as vantagens associadas ao tipo societário capitalista, pretende usufruir de um regime mais simplificado. Noutro extremo, contamos com uma sociedade anónima cujo capital se encontra aberto ao investimento do público, o que pode resultar em milhares ou milhões de acionistas¹.

Esta particularidade obriga o legislador e a doutrina a distinguirem vários subtipos de sociedade anónima. É certo que vigora o princípio da tipicidade em matéria de sociedades comerciais (i.e., a tipicidade societária é de natureza taxativa); no entanto, como salienta Engrácia Antunes, os tipos societários são “*tipos abertos*”, justamente por haver características cuja presença ou ausência nas sociedades em concreto não afeta a sua correspondência ao tipo².

A realidade económica aproveitou a elasticidade destes tipos abertos para “*densificar a tipicidade societária*”³, surgindo, por exemplo, os dois extremos de dimensões que a sociedade anónima pode tomar (*vd. supra*).

Neste contexto, Paulo Olavo Cunha avança quatro “*subtipos atuais*” de sociedades anónimas, aos quais são aplicáveis regimes distintos⁴:

- (i) A (simples) sociedade anónima, qualquer que seja a sua dimensão (familiar, pequena ou média), regulada pelas normas do CSC⁵;
- (ii) A “*grande sociedade anónima*”, de maior dimensão, à qual é aplicável o CSC com as especificidades impostas em razão da sua dimensão⁶;

¹ Engrácia Antunes, 2020, pp. 34-35 e 158.

² Engrácia Antunes, 2020, pp. 139-140.

³ Engrácia Antunes, 2020, p. 140.

⁴ Olavo Cunha, 2019, pp. 101-102.

⁵ Excetuam-se as normas somente aplicáveis às “*grandes sociedades anónimas*” e às sociedades cotadas.

⁶ De entre as normas que contêm especificidades previstas apenas para este subtipo de sociedade anónima destacamos o art. 413.º, n.º 2, al. a), o qual determina que critérios a “*grande sociedade anónima*” deve preencher. Assim, estaremos perante este subtipo de sociedade anónima quando, durante dois anos

(iii) A sociedade anónima aberta (não cotada), regulada pelo CSC e, ainda, pelo CVM (doravante “sociedade aberta”)⁷;

(iv) A sociedade anónima (aberta) cotada, isto é, sociedades emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado (adiante “sociedade cotada”), às quais são aplicáveis, além das normas do CVM, normas comuns às “grandes sociedades anónimas” e sociedades abertas⁸ e, ainda, normas especificamente a si dirigidas⁹.

1.1. As sociedades abertas e as sociedades cotadas

Sendo certo que a generalidade das normas do CSC é aplicável às sociedades abertas, o seu regime específico está previsto nos arts. 13.º a 29.º do CVM. No entanto, este diploma não nos oferece uma noção absoluta de sociedade aberta, optando antes por determinar critérios no seu art. 13.º, os quais, se preenchidos, enquadram uma sociedade anónima no subtipo de sociedade aberta¹⁰. Assim, no nosso ordenamento jurídico temos, como sociedades abertas, por exemplo, as constituídas por oferta pública de subscrição (art. 13.º, n.º 1, al. a)), ou aquelas que hajam realizado ofertas públicas de subscrição, de venda ou de troca das suas ações (art. 13.º, n.º 1, als. b) e d))¹¹.

As sociedades abertas caracterizam-se pelo facto de serem as grandes emitentes dos valores mobiliários, os quais absorvem uma parte significativa do aforro privado. Por este motivo, nestas sociedades torna-se mais provável a existência de um grande número de pequenos acionistas movidos pela ideia de investirem as suas poupanças na expectativa de desinvestimento imediato¹².

Madalena Perestrelo de Oliveira aponta a sociedade aberta como “uma sociedade cujo capital pode ser subscrito ou adquirido pelo público, direta ou indiretamente, desde que esse público seja constituído por pessoas residentes ou com estabelecimento em Portugal, ou cuja aquisição de capital foi imposta no âmbito de plano de insolvência sem o consentimento dos adquirentes”¹³.

consecutivos, uma sociedade ultrapassar dois dos três limites previstos pelo legislador, a saber: um total do balanço de vinte milhões de euros; quarenta milhões de euros de vendas líquidas e outros proveitos; um número médio de duzentos e cinquenta trabalhadores durante o exercício (Olavo Cunha, 2019, p. 101).

⁷ Neste sentido, também, Engrácia Antunes, 2020, p. 141.

⁸ A título exemplificativo, o art. 396.º do CSC determina a obrigatoriedade de caucionar a responsabilidade dos administradores da sociedade, prevendo-se valores mínimos bastante superiores para a “grande sociedade anónima” e para a sociedade cotada (duzentos e cinquenta mil euros) em comparação com o valor mínimo exigido para a caução dos administradores de uma sociedade anónima simples (cinquenta mil euros).

⁹ Temos, por exemplo, o art. 414.º, n.º 6 do CSC, o qual determina a obrigatoriedade de integrar uma maioria de membros independentes no conselho fiscal.

¹⁰ Olavo Cunha, 2019, p. 100.

¹¹ Engrácia Antunes, 2020, p. 159.

¹² Neste sentido, Engrácia Antunes, 2020, p. 157 e Ribeiro, 2007, p. 13.

¹³ Oliveira, 2015, pp. 443-444.

É importante que não confundamos a sociedade aberta com a sociedade cotada. É certo que todas as sociedades cotadas são abertas por definição; no entanto, a sociedade aberta, tendo o seu capital aberto ao investimento do público, não tem, todavia, ações ou outros valores mobiliários em negociação no mercado regulamentado – como é o caso da sociedade cotada¹⁴.

É largamente aceite a consideração das sociedades abertas e cotadas como subtipos de sociedade anónima. No entanto, o rigoroso regime que regula a sociedade cotada está inundado de especificidades, dando-se especial atenção a deveres de informação e transparência. As particularidades da sociedade cotada levam hoje alguns autores a refletir sobre a aplicabilidade de certas normas do CSC dirigidas à generalidade das sociedades anónimas às sociedades cotadas¹⁵.

Caracterizadas pela dispersão das ações pelo público, é no seio das sociedades abertas que um número reduzido de ações pode efetivamente permitir alcançar o domínio. Com efeito, havendo desinteresse dos sócios investidores pelos assuntos da sociedade, admite-se a possibilidade de surgirem *grupos minoritários de controlo*¹⁶. Neste tipo de sociedade devem ser ponderados, também, os interesses de todos os intervenientes¹⁷: dos administradores, dos diferentes tipos de acionistas, dos potenciais investidores, dos credores e, ainda, dos *stakeholders*^{18/19}.

2. Tipos de acionistas

2.1. Acionista maioritário e acionista minoritário

Numa sociedade anónima, a aquisição da qualidade de acionista passa pela subscrição de ações da sociedade, podendo o sócio subscrever tantas quanto quiser e lhe permitir a sua capacidade financeira²⁰. De acordo com o art. 384.º CSC, a cada ação corresponde um voto, o que determina, em regra, que o acionista detentor de um maior número de ações terá um maior número de votos²¹. No limite, um acionista pode deter

¹⁴ Olavo Cunha, 2019, p. 100.

¹⁵ Oliveira, 2015, p. 447.

¹⁶ A existência destes grupos acarreta um perigo grave para a sociedade, *maxime* para os seus credores. O perigo decorre do facto de as decisões em sede de assembleia geral serem tomadas pelos pequenos acionistas, os quais correm um risco financeiro diminuído em virtude do reduzido valor da sua participação (Ribeiro, 2007, p. 14). Para maior desenvolvimento, *vd. infra*, Cap. II, ponto 1.

¹⁷ Falaremos em detalhe sobre os conflitos de agência *infra* (Cap. I, ponto 2.2).

¹⁸ Quando nos referimos a *stakeholders*, fazemo-lo em relação aos titulares de indemnização ou “*partes interessadas*” na atividade da sociedade (Olavo Cunha, 2019, p. 848). De um modo mais desenvolvido, Engrácia Antunes insere na figura de *stakeholder* os trabalhadores, consumidores, clientes e interesses difusos (*v.g.* meio ambiente), além dos referidos credores (Engrácia Antunes, 2020, p. 34). Neste sentido, também, os autores Lucian A. Bebchuk e Roberto Tallarita, adiantando ainda como *stakeholders* os fornecedores e a própria comunidade (Bebchuk & Tallarita, 2020, p. 1).

¹⁹ Oliveira, 2015, p. 447.

²⁰ Olavo Cunha, 2019, p. 148.

²¹ Contudo, a lei prevê a possibilidade de serem introduzidas limitações ao exercício de voto nos estatutos da sociedade (*v.g.* criação de ações sem direito de voto e a exigência da detenção de um mínimo de ações para atribuir um voto).

ações representativas de uma maioria do capital e controlar a sociedade, determinando sozinho o sentido das deliberações tomadas em assembleia geral²².

À luz do exposto, são facilmente compreensíveis os conceitos de acionista maioritário e acionista minoritário, bem como a fragilidade da posição deste último.

2.2. Conflitos de agência

Com o surgimento de sociedades anónimas cujo capital se encontra disperso por um grande número de acionistas assistiu-se a um movimento de profissionalização do órgão de administração, sendo a gestão da sociedade delegada em administradores com competências técnicas para o efeito. Cria-se, neste contexto, uma separação entre a *propriedade* da sociedade, pertencente aos acionistas, e o *controlo* da mesma, levado a cabo pelos administradores²³, facto que origina uma relação de agência entre estes sujeitos²⁴.

Decorre desta relação de agência o *conflito de agência clássico* ou vertical: os acionistas (principais) têm dificuldade em assegurar o alinhamento entre os seus interesses e os interesses dos administradores (agentes)²⁵. Através da liberdade de que dispõem, os administradores têm condições para orientar a gestão da sociedade no sentido de maximizar os seus próprios ganhos, negligenciando a maximização do investimento dos acionistas²⁶.

Noutro prisma, no contexto de uma sociedade com elevada concentração de capital num número reduzido de acionistas, o problema de agência clássico não surge tão intensificado. Com efeito, o acionista maioritário tem à sua disposição meios para controlar a administração, seja através do efetivo exercício dos seus direitos, seja através da simples ameaça de os exercer. É, assim, reconhecida esta vantagem à presença de um grande acionista numa sociedade: uma maior monitorização da gestão pode determinar melhor *performance*, aproveitando a todos os acionistas (*shared benefits*)^{27/28}.

Todavia, há inúmeros problemas decorrentes de uma elevada concentração de capital num sócio. Em primeiro lugar, a fiscalização excessiva por parte do grande acionista pode levar a uma política de gestão estagnada, desincentivada a procurar novos e melhores negócios. Ademais, o acionista maioritário sentir-se-á inclinado a orientar a gestão para a obtenção de benefícios privados (*private benefits*), eventualmente

²² Além disto, podendo apenas com os seus votos destituir administradores, o acionista controlador exerce uma forte influência sobre a administração da sociedade.

²³ Oliveira, 2018a, pp. 18-19.

²⁴ Alves, 2005, pp. 22-23.

²⁵ Oliveira, 2018a, p. 19.

²⁶ Alves, 2005, p. 23.

²⁷ *Idem*, *ibidem*.

²⁸ Oliveira, 2018a, p. 51.

conflitantes com os da sociedade e dos restantes acionistas^{29/30}. Facilmente se conclui que o controlo exercível por este acionista não resulta necessariamente num benefício para a sociedade como um todo, podendo conduzir somente a um benefício exclusivo para o próprio³¹.

Não obstante a vertente negativa da posição privilegiada do acionista maioritário, devemos pesar que deste privilégio resultam “custos privados” por si suportados – o que sucede, *v.g.*, com a fiscalização da gestão – dos quais aproveitam os restantes acionistas. No contexto dos custos suportados pelos acionistas, é de destaque, ainda, a existência de “custos partilhados” por todos, associados, por exemplo, à aquisição de bens à sociedade abaixo do seu valor de mercado³².

Note-se que não falamos, agora, de um confronto entre os interesses dos administradores e dos acionistas; refletimos antes sobre o equilíbrio entre os interesses *dos acionistas da mesma sociedade*, i.e., de um conflito de agência horizontal. Este conflito “principal-principal” surge classicamente nos termos que descrevemos *supra* – entre acionista maioritário e acionistas minoritários³³.

O objeto do nosso trabalho, contudo, não se prende intimamente com nenhum destes dois tipos de conflito de agência, ainda que a sua explicitação seja necessária para a compreensão do problema central a que propomos dedicar-nos. A base do conflito de interesses que queremos estudar ultrapassa a existência de acionistas maioritários: centraremos a nossa atenção na multiplicidade de tipos de acionistas – e, assim, de interesses – e no modo como estes exercem influência sobre a sociedade através de mecanismos que não dependem da detenção de uma maioria de capital³⁴.

2.3. A estrutura acionista atual

No panorama atual da estrutura acionista das sociedades já não é possível dicotomizá-la em acionistas maioritário e acionistas minoritários. A realidade mostra-nos, de facto, que este binómio está ultrapassado e que há uma multiplicidade de modelos de sócios com interesses e objetivos distintos. Não obstante, dividiremos a nossa atenção em dois tipos de acionistas: o investidor institucional e o “pequeno” acionista individual não profissional.

²⁹ Alves, 2005, pp. 41-42.

³⁰ Oliveira, 2018a, p. 51.

³¹ Oliveira, 2018a, pp. 19-20.

³² Oliveira, 2018a, p. 51.

³³ Oliveira, 2018a, p. 18.

³⁴ Queremos com isto dizer que já não será relevante saber qual a percentagem do capital social (ou de votos) que o acionista detém, mas antes o poder que a sua participação lhe dá no contexto da sociedade concreta. No entendimento de Pedro Maia, trata-se de aferir se o acionista “ocupa, estavelmente, um lugar que lhe permite usufruir de benefícios especiais” (*vd.* Maia, 2020, pp. 584-586).

2.4. O investidor institucional

O CVM refere-se aos investidores institucionais como “investidores profissionais” no seu art. 30.º. Sendo o elenco exaustivo, destacaremos somente as instituições de crédito, as empresas de investimento, as empresas de seguros, os fundos de capital de risco e as sociedades de capital de risco.

É sabido que a atividade de um investidor institucional, enquanto investidor profissional, se foca no desempenho do mercado de capitais. Compreende-se, assim, que o seu voto seja exercido não no melhor interesse da sociedade, mas antes em sentido favorável ao mercado – e fazemos, aqui, uso da palavra *mas* uma vez que, mais frequentemente do que se desejaria, o benefício que resulta para o mercado não se reflete na sociedade³⁵.

Desde 2014 que se assiste a um aumento do investimento por parte dos fundos de capital de risco em alternativa ao tradicional financiamento bancário, *maxime* no contexto de empresas em fase de instalação e desenvolvimento³⁶. A importância que os fundos de investimento e de capital de risco assumem, hoje, no financiamento das sociedades obriga-nos a debruçarmo-nos especificamente sobre eles^{37/38}.

Encontramos evidência do aumento deste tipo de investimento em Portugal nos Relatórios Anuais da Atividade de Capital de Risco elaborados pela CMVM. De acordo com o Relatório de 2018, o qual se reporta a informações obtidas até 20-08-2019, “os ativos sob gestão do setor do capital de risco em Portugal mantiveram a tendência de crescimento verificada em anos anteriores, tendo no final do ano aumentado para € 4,8 mil milhões”³⁹.

O investimento em capital de risco traduz-se na aquisição ou subscrição de participações sociais numa empresa em fase de instalação (*venture capital*) ou reestruturação (*private equity*) com vista à sua valorização, para posteriormente proceder à alienação dessas mesmas participações sociais com lucro (art. 3.º do Regime Jurídico do Capital de Risco, Empreendedorismo Social e Investimento Especializado, aprovado pela Lei n.º 18/2015, de 4 de março, doravante RJCR)⁴⁰. Deste modo, o investidor é remunerado através da mais-valia gerada pelo desinvestimento. Assim, podemos afirmar que as características de destaque deste tipo de investimento residem,

³⁵ Oliveira, 2018a, p. 64.

³⁶ A opção das empresas pelo financiamento através do recurso a capital de risco resulta, em regra, da dificuldade de acesso ao crédito bancário em virtude de, por exemplo, juros excessivamente altos. Ademais, é ainda associada a vantagem de monitorização e profissionalização da empresa, bem como a possibilidade de obter aconselhamento estratégico – embora, por vezes, à custa do controlo da empresa (Oliveira, 2018b, p. 71).

³⁷ Teixeira, 2018, p. 562.

³⁸ Oliveira, 2018b, p. 71.

³⁹ Relatório Anual da Atividade de Capital de Risco de 2018, CMVM, p. 6.

⁴⁰ Oliveira, 2018b, p. 71.

em primeiro lugar, no facto de ser tendencialmente de curto prazo e, em segundo lugar, no facto de comportar um risco^{41/42}.

O investimento é levado a cabo através das entidades elencadas no art. 1.º do RJCR, entre elas as sociedades de capital de risco, fundos de capital de risco e investidores em capital de risco. As sociedades de capital de risco são sociedades anónimas (art. 11.º, n.º 1) cuja firma deve incluir a expressão “Sociedade de Capital de Risco” ou a abreviatura “SCR” (art. 11.º, n.º 2). Estas podem investir diretamente no capital de risco ou através da gestão de fundos de investimento (art. 17.º, n.º 2 e art. 1.º, al. b)). Os fundos de capital de risco, por sua vez, são patrimónios autónomos e investem através de participações em sociedades⁴³. Por fim, os investidores de capital de risco (ou “*business angels*”⁴⁴) são investidores individuais com grande capacidade financeira que providenciam financiamento e *know-how* diretamente à sociedade financiada (geralmente não cotada)⁴⁵.

De acordo com o Relatório de 2018, a esmagadora maioria da quota do mercado de capital de risco em Portugal pertence a fundos de capital de risco (95,1%), ao passo que as sociedades de capital de risco detêm 4,9%⁴⁶.

Assiste-se, hoje, a um aumento do peso dos investidores institucionais por todo o mundo. Nos Estados Unidos, a antiga realidade de o capital de uma sociedade aberta ser detido por um acionista individual desapareceu. Surgem no seu lugar os investidores institucionais, i.e., entidades que captam aforro de várias pessoas (coletivas ou singulares) e o investem no mercado⁴⁷. No contexto norte-americano, o aumento do peso destes investidores no mercado é evidente: em 1950, os investidores institucionais detinham somente 8% do *stock* público; em 2010, o valor atingiu os 70%⁴⁸.

⁴¹ Neste sentido, Oliveira, 2018b, pp. 71-72. Com efeito, ao contrário das instituições de crédito, os investidores em capital de risco não têm qualquer garantia de retorno do seu investimento, dependendo este do sucesso da empresa financiada.

⁴² Teixeira, 2018, p. 560.

⁴³ Teixeira, 2018, pp. 563-564.

⁴⁴ Um “*business angel*” é um investidor individual privado que investe nas sociedades na sua fase *start up* ou *early stage* (Ibrahim, 2019). Destaca-se, em Portugal, a Associação Portuguesa de Business Angels (APBA). De acordo com Ana Perestrelo de Oliveira, os *business angels* atuam num “mercado informal de capital de risco”, o qual já terá sido apontado como mais importante que o mercado formal: em 2012, na Europa, estes sujeitos investiram cerca de cinco mil milhões de euros em empresas *early stage*, tendo o investimento em *venture capital* ficado na ordem dos dois mil milhões de euros (Oliveira, 2018b, pp. 73-74).

⁴⁵ Teixeira, 2018, p. 564 e Oliveira, 2018b, p. 73.

⁴⁶ Relatório Anual da Atividade de Capital de Risco de 2018, CMVM, pp. 6 e 12-13.

⁴⁷ Quimby, 2013, p. 391.

⁴⁸ Quimby, 2013, p. 393.

3. *Short-termism*: por que razão é uma ameaça?

Os investidores institucionais administram, em regra, fundos de que não são proprietários: são geralmente meros mediadores, captando o aforro dos seus clientes para depois o investir noutras sociedades⁴⁹. Os clientes *investidores finais* esperam deles a maximização do retorno do seu investimento, pelo que os investidores institucionais devem ter condições para proceder ao desinvestimento a qualquer momento. Assim, a sua atividade centra-se numa lógica de curto prazo: o objetivo não é, necessariamente, a maximização do valor da sociedade, mas antes a maximização do retorno do investimento⁵⁰.

Há casos em que o cliente do investidor institucional espera um retorno rápido do seu investimento, contribuindo diretamente para a promoção do *short-termism*. Neste cenário, o investidor institucional terá um plano de investimento algo consistente com a expectativa do cliente⁵¹.

No entanto, no extremo oposto, *v.g.* em fundos de pensões, os clientes aplicam as suas poupanças com a expectativa de, anos mais tarde, terem acesso a uma pensão na reforma^{52/53}. Este quadro é especialmente complexo: damos conta da existência de um interesse essencialmente de longo prazo do *end user* (investidor final), de um interesse de curto prazo do investidor institucional e, ainda, dos interesses das inúmeras sociedades participadas por este fundo^{54/55}.

A antiga e comum perspectiva de um investimento a longo prazo numa sociedade foi, então, substituída pela lógica de investimento a curto prazo, consequência da concentração do capital das sociedades nas mãos dos investidores institucionais. A este modelo de investimento de curto prazo chamamos *short-termism* e é considerado, em muitos ordenamentos jurídicos, como a “maldição”⁵⁶ trazida à *corporate governance* pelos investidores institucionais⁵⁷.

⁴⁹ Oliveira, 2018a, p. 81.

⁵⁰ Alves, 2005, pp. 54-55.

⁵¹ Quimby, 2013, p. 395.

⁵² Quimby, 2013, p. 394.

⁵³ O mesmo acontece nos Estados-Unidos, talvez até em maior escala. Leo E. Strine diz-nos: “the focus of many of these institutions on quarterly earnings and other short-term metrics is fundamentally inconsistent with the objective of most of their end-user investors, people saving primarily for two purposes, to put their kids through college and to fund their own retirements” (Strine, 2010, p. 12, *apud* Quimby, 2013, p. 389).

⁵⁴ O caso torna-se ainda mais complexo se tivermos em conta o facto de os investidores institucionais recorrerem frequentemente a *proxy advisors*, i.e., a agências profissionais que recolhem e analisam informação sobre assembleias gerais para, depois, recomendarem um determinado sentido de voto aos seus clientes. *Vd.*, sobre o desalinhamento de interesses potenciado pelos *proxy advisors*, Oliveira, 2018a, pp. 126 e ss.

⁵⁵ Oliveira, 2018a, p. 81.

⁵⁶ A expressão é de Robert J. Rhee (tradução nossa), embora não seja representativa do seu entendimento. O autor ataca, com efeito, a impulsividade dos críticos do *short-termism*, defendendo que estes olham imprudentemente de um modo genérico para as consequências deste modelo, sem pesar os detalhes da situação em concreto (Rhee, 2018, p. 495).

⁵⁷ Quimby, 2013, p. 389.

Vários estudos apontam para o impacto negativo do *short-termism* na sociedade como um todo, estando na base de graves crises financeiras⁵⁸. Além disto, a forte presença do investidor institucional pressiona a administração a prosseguir políticas de investimento de curto prazo à custa de investimento em formação e tecnologia, essenciais para o crescimento da empresa⁵⁹. Os investidores institucionais tendem a eleger administradores que partilhem dos seus objetivos de curto prazo e exercem pressão para que estes sejam cumpridos⁶⁰.

O impacto negativo do *short-termism* começa, assim, pela menor alocação de investimento à investigação e desenvolvimento da empresa. No limite, assiste-se a um menor avanço tecnológico e à possível criação de menos emprego ou, até, se se mostrar rentável, ao despedimento de trabalhadores, circunstâncias que se refletem na qualidade de vida da sociedade no geral⁶¹.

No contexto do mercado de capitais, o *short-termism* potencia os chamados choques de mercado (“*market-wide negative shocks*”), criando variações extremas nos valores em negociação, bem como a assunção de riscos excessivos que estão na base de crises financeiras⁶².

Não obstante a evidência das consequências negativas do *short-termism*, Alexander P. Quimby alerta para o facto de que nem todo o impacto causado é efetivamente negativo: o autor sustenta que o *high frequency trading*⁶³, por exemplo, providencia liquidez e eficiência no mercado. Assim, embora concluindo pela primazia dos efeitos negativos, defende uma *redução* do nível geral de *short-termism*⁶⁴. Segundo o entendimento do autor, o foco na obtenção de resultados a longo prazo levará a uma fiscalização mais eficiente, à estabilidade dos postos de trabalho e até a uma valorização da empresa⁶⁵.

⁵⁸ Quimby, 2013, pp. 389-391.

⁵⁹ Oliveira, 2018a, p. 81.

⁶⁰ Quimby, 2013, p. 395.

⁶¹ Quimby, 2013, p. 398.

⁶² Quimby, 2013, pp. 398-399.

⁶³ *High Frequency Trading* consiste numa forma automatizada de negociação no mercado através de algoritmos de computador, abrindo a possibilidade de haver transações em curtos períodos de tempo, alcançando, inclusivamente, os microssegundos.

⁶⁴ Quimby, 2013, pp. 395-396 e 399.

⁶⁵ Quimby, 2013, pp. 399-400.

CAPÍTULO II

O ativismo acionista enquanto potencial solução para combater o *short-termism*

1. “Pequeno” acionista e ativismo acionista

O pequeno investidor surge tradicionalmente como um investidor passivo, isto é, é-lhe associada uma “apatia racional”. A posição destes investidores é compreensível se analisarmos o exercício de voto numa perspetiva de custo-benefício: o custo associado à sua atuação não justifica o ganho que dela eventualmente resulte⁶⁶.

É necessária uma contextualização para que percebamos o total alcance desta afirmação. Como escreve Pedro Maia, além de a passividade ser racional para o acionista, esta será “*ainda mais racional*, se assim se pode dizer, para o sistema, pois seria impensável que as mais importantes e as mais complexas decisões sobre a empresa societária pudessem ser determinadas por muitos acionistas”. De acordo com o autor, um acionista que tenha um volume maior de investimento terá proporcionalmente maior interesse económico na sociedade e usará, assim, de maior diligência no momento de ponderação do sentido de voto. Nesta linha, se a maioria do capital for detida por uma multiplicidade de pequenos acionistas, as decisões estarão entregues ao bloco de sócios cujo interesse económico na sociedade é menor⁶⁷ – o que pode resultar, inclusivamente, em deliberações determinadas “pela conjugação aleatória de votos de pequenos investidores”⁶⁸.

Assiste-se, neste caso, a uma *perda da racionalidade do voto por capital*⁶⁹. Com efeito, segundo o princípio *one share, one vote* associado ao voto nas sociedades anónimas, há uma correspondência entre os votos e as ações⁷⁰, pelo que o acionista terá mais votos quanto mais tiver investido na sociedade⁷¹. Trata-se de entregar um poder de decisão maior a sócios que *a priori* terão um interesse proporcionalmente sério no sucesso da sociedade. Conclui-se, então, que a racionalidade inerente ao voto de capital é ameaçada pela possibilidade de vários pequenos acionistas, desinformados e indiligentes, poderem determinar o sentido das deliberações.

⁶⁶ Maia, 2020, p. 846.

⁶⁷ Além disso, estes pequenos investidores são, muitas vezes, não profissionais, não dispendo de conhecimentos técnicos suficientes para ponderar um adequado sentido de voto.

⁶⁸ Maia, 2020, pp. 846-848.

⁶⁹ Maia, 2020, pp. 846-847.

⁷⁰ A regra é a atribuição de um voto por ação, cf. art. 384.º, n.º 1; contudo, o Código prevê a possibilidade de criação de ações preferenciais sem voto (arts. 341.º e ss.), bem como a possibilidade de, nos estatutos, fazer caber um voto a um número mínimo de ações, eventualmente resultando em sócios sem direito de voto (Coutinho de Abreu, 2019).

⁷¹ Olavo Cunha, 2019, p. 381.

À luz do exposto, compreende-se que se tenha procurado manter estes pequenos acionistas afastados das assembleias gerais, de modo a salvaguardar a racionalidade económica inerente ao voto de capital⁷². O legislador desempenhou um papel importante no afastamento do pequeno acionista através da sua abordagem à regulação do voto por correspondência, como veremos de seguida.

2. O voto por correspondência nas sociedades anónimas

2.1. Nas sociedades anónimas fechadas

Até à reforma societária de 2006 (DL n.º 76-A/2006, de 29 de março), nas sociedades fechadas, o voto por correspondência estava previsto apenas para as deliberações do conselho de administração. A reforma de 2006 veio estender a todas as sociedades anónimas aquilo que já existia nas sociedades abertas: a possibilidade de o acionista votar por correspondência. A opção do legislador em prever esta modalidade de voto nas sociedades anónimas fechadas foi aplaudida pela doutrina, que há muito discutia a sua urgência e utilidade neste tipo de sociedade pautado pela dispersão de sócios. Porém, nem assim foi dado como obrigatório, dado que o art. 384.º, n.º 9 CSC consagra a possibilidade de os acionistas renunciarem ao voto por correspondência através de proibição expressa nos estatutos. No caso de não deliberarem nesse sentido – permitindo o voto por correspondência – é-lhes imposta a regulação do exercício do mesmo, de forma a garantir a confidencialidade e autenticidade do voto (art. 384.º, n.º 9)^{73/74}.

Assim, numa sociedade anónima fechada que proíba o voto por correspondência, o acionista acarreta um custo de deslocação para exercer o direito de voto, exigindo-se a sua presença física nas assembleias gerais. Certo é que, perante a impossibilidade de se deslocar, resta ao acionista a opção de se fazer representar por terceiro, possibilidade conferida pelo legislador (art. 380.º CSC). No entanto, o representante não terá, em

⁷² Maia, 2020, p. 847.

⁷³ Olavo Cunha, 2019, pp. 687-694 e Triunfante, 2007, p. 368.

⁷⁴ De acordo com Armando Triunfante, em bom rigor, decorre do preceito que há uma necessidade de o contrato de sociedade se referir ao voto por correspondência nos estatutos, seja para o afastar, seja para o regular. Contudo, somos obrigados a colocar uma terceira hipótese: a ausência de qualquer referência ao voto por correspondência no contrato.

Perante esta situação, o autor defende a aceitação da modalidade de voto em apreço, sustentando a sua posição em vários argumentos. Desde logo, o mesmo acontece no contexto das sociedades abertas (desde sempre), nas quais é também imposto o voto por correspondência, mesmo sem regulação – tal demonstra que esta não é indispensável. Ademais, a intenção do legislador parece ser, com efeito, a de que o voto por correspondência seja aplicado nas sociedades anónimas, uma vez que parte do princípio que só é afastado mediante expressão no contrato. Por fim, o art. 377.º, n.º 5, al. f) determina que a convocatória de uma assembleia geral deve sempre esclarecer os acionistas sobre o modo de exercício de voto por correspondência, se “não for proibido pelos estatutos”: como aponta Armando Triunfante, “apenas esse requisito interessa e não o de saber se o contrato o regulou ou não”. *Vd.*, a este respeito, Triunfante, 2007, pp. 368-369.

princípio, um interesse próprio inerente ao exercício do direito de voto, pelo que a contrapartida consistirá numa remuneração; ora, se o acionista não participa pessoalmente na assembleia geral por implicar custos de deslocação, não podemos esperar, logicamente, que suporte custos de representação⁷⁵.

É concebível a hipótese de o representante ter interesse *pessoal* na representação, caso em que pode oferecer o serviço ao representado, retirando os custos de representação da esfera do acionista. Na Alemanha, nomeadamente, o exercício de voto pertencente a um número elevado de pequenos acionistas foi remetido para bancos, caso em que estes passam a ter um duplo interesse na *performance* da sociedade investida: enquanto eventuais credores da sociedade, por um lado, e enquanto prestadores de serviços (bancários) aos acionistas, por outro⁷⁶.

A aliança entre a facilitação do exercício do direito de voto através de representação⁷⁷ e a proibição de votar por correspondência entregou a tomada de decisões no seio de uma sociedade anónima a entidades profissionais não titulares do direito de voto. Podemos afirmar, assim, ter havido uma *perda de poder* dos acionistas nas grandes sociedades resultante de “opções jurídicas”, como defende Pedro Maia⁷⁸.

2.2. Nas sociedades anónimas abertas

Nas sociedades anónimas abertas, o legislador consagra, desde a génese do CVM, o voto por correspondência; além disto, à semelhança das sociedades anónimas fechadas, previu a possibilidade de os estatutos o afastarem (cf. art. 22.º). Há, porém, uma diferença essencial: o CVM não permite que o voto por correspondência seja afastado quando esteja em causa a alteração dos estatutos e a eleição de titulares dos órgãos sociais. Assim, há uma obrigatoriedade de aceitação do voto por correspondência nas matérias de maior sensibilidade numa sociedade anónima aberta.

Aqui chegados, é importante refletir novamente sobre como encarar o voto por correspondência perante a ausência de regulação no contrato de sociedade. Com efeito, o legislador não lhe associa qualquer sanção.

Imaginemos uma sociedade aberta cujos estatutos os sócios pretendem alterar. Convocada a assembleia geral, temos, desde logo, duas notas a destacar: em primeiro lugar, o voto por correspondência não pode ser afastado; em segundo lugar, a lei exige um quórum constitutivo, i.e., a presença ou representação de, no mínimo, um terço do

⁷⁵ Maia, 2020, pp. 847-848.

⁷⁶ Maia, 2020, p. 848.

⁷⁷ Note-se que, de acordo com o disposto no art. 380.º, a participação do acionista em assembleia geral através de representante não pode ser proibida nem limitada nos estatutos.

⁷⁸ Maia, 2020, p. 849.

capital social em primeira convocação (cf. art. 383.º, n.º 2 CSC). Devem os votos por correspondência ser contados para efeitos de satisfação do quórum?

Com efeito, como afirma Armando Triunfante, “a lei poderia ter optado pela solução de só admitir esta modalidade de voto nos casos em que a lei não faça depender a deliberação de determinada representatividade em assembleia geral”. Porém, não terá sido esta a solução apontada pelo legislador⁷⁹.

A CMVM aprovou, em fevereiro de 2001, as Recomendações da CMVM Relativas ao Exercício do Voto por Correspondência nas Sociedades Abertas, na sequência da consagração desta modalidade de voto no CVM. No seu parágrafo n.º IV-12 recomenda-se que “o voto exercido por correspondência *deve relevar*⁸⁰ para a formação do quórum constitutivo da assembleia geral”. Contudo, a *ratio* da figura de quórum constitutivo reside em assegurar a representatividade nos momentos pré-votação, onde há intervenções e discussão; aceitar que o voto por correspondência, cujo sentido pré-determinado não pesa as intervenções, conte para efeitos de cumprimento do quórum, é rejeitar o fim do art. 383.º, n.º 2⁸¹.

Não temos, hoje, uma solução legal para este problema – ou, diga-se, para outros ainda mais complexos que se levantam nesta sede. Neste sentido, realcemos o que Armando Triunfante escreveu em 2007 e que mantém a sua relevância na atualidade: “futuras intervenções legislativas devem promover a progressiva eliminação do quórum constitutivo e passar a usar, em exclusivo, sempre que se mantenham as necessidades de representatividade, a figura do quórum deliberativo”⁸².

Em matéria de *soft law*, o Código de Governo das Sociedades do IPCG (de 2018 e revisto em 2020) recomenda que a sociedade implemente “meios adequados para o exercício do direito de voto por correspondência”, convocando o princípio de que “a sociedade deve ainda permitir a participação dos acionistas na Assembleia Geral por meios telemáticos” e que o “adequado envolvimento dos acionistas no governo societário constitui um fator positivo”⁸³. Nesta linha, todas as sociedades que adiram a este Código devem justificar o eventual afastamento da possibilidade de voto por correspondência, em respeito ao princípio *comply or explain*⁸⁴.

Esta modalidade de voto atinge atualmente o seu pico de utilidade na sequência da pandemia causada pela doença COVID-19. A Lei n.º 50/2020, de 25 de agosto, que transpõe a Diretiva dos Acionistas II⁸⁵ para o nosso ordenamento jurídico, veio inclusiva

⁷⁹ Triunfante, 2007, p. 371.

⁸⁰ Itálico nosso.

⁸¹ Triunfante, 2007, pp. 371-372.

⁸² Triunfante, 2007, p. 372.

⁸³ Código de Governo das Sociedades, IPCG, 2018 (revisto em 2020), pp. 10-11.

⁸⁴ *Vd. infra*, Cap. III, ponto 3.

⁸⁵ Diretiva (UE) n.º 2017/828 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de maio de 2017, relativa aos direitos dos acionistas de sociedades cotadas no que concerne ao seu envolvimento a longo prazo.

e convenientemente aditar ao CVM o art. 22.º-A, o qual regula a votação por via eletrónica nas assembleias gerais de sociedades abertas.

3. Investidor institucional e ativismo acionista

Resulta do exposto *supra* que se assiste, hoje, a uma ampla aceitação do exercício do direito de voto por correspondência ou via eletrónica. Trata-se de uma das muitas alterações que o movimento de *corporate governance* introduziu no direito societário⁸⁶. A questão que se deve colocar é: porquê?

Repare-se que a maioria do capital das grandes sociedades europeias é atualmente detido por investidores institucionais, o que não sucedia até recentemente. É estratégia típica destas entidades não ter participações significativas nas sociedades em que investem, preferindo dispersar o seu investimento por várias sociedades. Surgem, assim, como pequenos acionistas nas sociedades em que investem⁸⁷.

Se antes era reconhecida uma apatia racional ao pequeno acionista decorrente da falta de informação ou de competência técnica para assimilá-la, estamos agora perante um “pequeno acionista” *profissional* cuja ocupação reside justamente no tratamento e análise dessa informação⁸⁸. Além disto, a racionalidade económica do voto que referimos ser posta em causa pelo pequeno acionista desinformado⁸⁹ não é ameaçada pelo pequeno acionista investidor institucional: mesmo detendo participações “pequenas” numa sociedade, são entidades informadas e têm grande interesse no seu bom desempenho^{90/91}, pelo que podemos esperar um voto que, no mínimo, não será prejudicial para o mercado⁹².

Em resposta à questão colocada *supra*, Pedro Maia defende que a substituição dos acionistas individuais por investidores institucionais, da qual resulta uma proeminência destes últimos no mercado, é a única explicação para a aceitação do voto fora da assembleia⁹³.

Não obstante, o aumento da influência dos investidores institucionais parece, à luz do exposto, trazer algo de positivo. Este tipo de investidor está, com efeito, mais bem

⁸⁶ Maia, 2020, p. 784.

⁸⁷ Maia, 2020, p. 850.

⁸⁸ Maia, 2020, p. 851.

⁸⁹ *Vd. supra*, Cap. II, ponto 1.

⁹⁰ Dado que a estratégia de investimento dos investidores institucionais segue no sentido de investir em várias sociedades (política de *portfolio*), o seu interesse último reside na valorização das participações que detêm em cada uma delas. Deste modo, não é totalmente correto afirmar que os investidores institucionais têm um grande interesse no bom desempenho da sociedade. É possível, inclusivamente, que tenham interesse na desvalorização de uma sociedade se tal implicar a valorização de uma outra sociedade participada pelos mesmos (cf. Maia, 2020, pp. 852-854).

⁹¹ Maia, 2020, p. 851.

⁹² Maia, 2020, p. 785.

⁹³ Maia, 2020, pp. 785-786.

preparado para acompanhar ativamente a sociedade do que um pequeno acionista individual⁹⁴.

3.1. *Free-riding problem*

Concluimos, assim, que o investidor institucional se encontra numa posição favorável para exercer o seu direito de voto: além de ter conhecimentos técnicos suficientes para determinar um adequado e racional sentido de voto, é facilitado o exercício do seu direito de voto fora da assembleia geral.

Com efeito, a crescente aceitação do exercício de voto fora da assembleia nas sociedades anónimas é, para Pedro Maia, “o expoente máximo da nova centralidade de poder que o movimento de *corporate governance* pretende instilar na sociedade anónima”. Seria inviável para os investidores institucionais suportarem os custos de deslocação associados ao exercício do direito de voto presencialmente, tendo em conta o facto de que a sua política de investimento em portfólio dita que possuam ações em variadíssimas sociedades⁹⁵.

Contudo, no contexto do mercado de capitais atual coloca-se o problema do *free-riding*, considerado um obstáculo ao ativismo deste tipo de acionista. O investidor ativo suporta sozinho os custos associados ao ativismo e à consequente melhoria do governo da sociedade, o que aproveita aos restantes acionistas⁹⁶. Tendo em conta o facto de, no mercado de capitais atual, haver uma predominância de investidores institucionais, estes “restantes acionistas” serão, muitas vezes, investidores institucionais concorrentes. Neste sentido, é, assim, compreensível a passividade deste tipo de investidor, evitando conceder benefícios aos seus concorrentes⁹⁷.

Não sendo racional o ativismo do investidor institucional neste contexto, restar-lhes-ia a opção *exit* perante um mau desempenho da sociedade (por oposição à opção *voice*): não tendo condições para mudar *a* sociedade, mudam *de* sociedade. Porém, nem esta terá sido uma opção viável, uma vez que a saída de uma sociedade investida implicava a venda das participações a outros investidores institucionais⁹⁸ que, também eles, preferem o *exit*. No limite, não houve quem adquirisse as participações⁹⁹.

Os investidores institucionais foram, por conseguinte, obrigados a recorrer à opção *voice*, o que deu origem ao modelo de *governance* atual centrado na esfera interna da

⁹⁴ Quimby, 2013, p. 393.

⁹⁵ Maia, 2020, p. 876.

⁹⁶ Pinto Vieira dos Santos, 2014, p. 472.

⁹⁷ Maia, 2020, pp. 851-852.

⁹⁸ Por serem, relembre-se, predominantes no mercado de capitais.

⁹⁹ Maia, 2020, pp. 854-855.

vida da sociedade: o funcionamento da administração, da sua fiscalização e dos direitos dos acionistas¹⁰⁰.

4. Ativismo acionista como solução?

À luz do exposto, a questão que se coloca é se fará sentido olhar para a promoção do ativismo acionista como a solução para combater o *short-termism*. Com efeito, dada a sua forte presença no mercado, os investidores institucionais representam (frequentemente) a maioria¹⁰¹ da estrutura acionista de uma sociedade. Promovendo-se o ativismo acionista, estar-se-á a dar voz aos sujeitos que estão na origem do problema que se quer solucionar.

É este o entendimento de Alexander P. Quimby. O autor critica a ineficiência das (poucas) medidas legislativas adotadas nos Estados Unidos para combater o *short-termism*: tendo estas por base a atribuição de maior poder aos *shareholders*, ignora-se o facto de estes mesmos *shareholders* terem, essencialmente, interesses de curto prazo¹⁰².

Madalena Perestrelo de Oliveira segue igualmente neste sentido. A autora afirma que a estratégia de combate ao *short-termism* que passe pela atribuição de mais poder ao acionista “implica esquecer que os acionistas a quem se está a conceder mais poder têm interesses de curto prazo e que o seu horizonte de investimento é de meses, de dias, ou, (...) até por períodos mais curtos (de minutos ou até segundos)”. Madalena Perestrelo de Oliveira defende, assim, que a melhor estratégia a adotar será a concessão de poder aos acionistas de uma forma que alinhe os interesses dos investidores com as empresas¹⁰³.

¹⁰⁰ Maia, 2020.

¹⁰¹ Não falamos, aqui, de uma maioria de capital detida por um investidor institucional, uma vez que a sua política de investimento não consiste em deter parcelas significativas do capital de uma sociedade. Referimo-nos, sim, a vários investidores institucionais que, juntos, representam a maioria da estrutura acionista, sendo a percentagem detida por investidores individuais não profissionais muito menor.

¹⁰² Quimby, 2013, p. 391.

¹⁰³ Cf. Oliveira, 2015, pp. 459-460. *Vd.*, quanto à solução apontada pela autora, o ponto 2 do Cap. III, dedicado à figura da ação de lealdade.

CAPÍTULO III

Outras soluções apontadas para o combate ao *short-termism*

1. Diretiva dos Acionistas

O movimento atual de governo societário europeu segue no sentido de promover e simplificar a intervenção do acionista minoritário, surgindo a Diretiva dos Acionistas¹⁰⁴ como um exemplo disso. Já em 2007 se escrevia: “sendo uma condição indispensável para o bom governo das sociedades, o controlo eficaz por parte dos acionistas deverá ser facilitado e incentivado¹⁰⁵”.

Não obstante, atenta à realidade atual, a Diretiva (UE) 2017/828 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de maio de 2017 (adiante “Diretiva dos Acionistas II”), veio alterar a Diretiva 2007/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, no que se refere aos incentivos ao *envolvimento dos acionistas a longo prazo*. Com efeito, no Considerando (2) da Diretiva dos Acionistas II, o legislador afirma que “há indicações claras de que o atual nível de acompanhamento das sociedades participadas e de envolvimento dos investidores institucionais e dos gestores de ativos é frequentemente inadequado e demasiado centrado em retornos a curto prazo, o que pode conduzir a um governo e a um desempenho subotimizados”. O legislador reconhece, assim, que os investidores institucionais exercem “pressão sobre as sociedades para operarem a curto prazo, o que pode pôr em risco o seu desempenho financeiro e não financeiro a longo prazo e, entre outros efeitos negativos, pode conduzir a um nível de investimento subotimizado, por exemplo, em termos de investigação e desenvolvimento, o que seria prejudicial para os resultados a longo prazo, tanto para as sociedades como para os investidores”¹⁰⁶.

Consequentemente, a Diretiva impõe aos investidores institucionais a elaboração e divulgação de uma política de envolvimento dos acionistas, numa lógica de *comply or explain*: caso optem por não o fazer, devem justificar a sua opção¹⁰⁷.

A Diretiva reflete sobre a necessidade de transparência entre as sociedades e os seus investidores, uma vez que as ações das sociedades cotadas “são frequentemente detidas através de cadeias complexas de intermediários que tornam o exercício dos direitos dos acionistas mais difícil e que podem constituir um obstáculo ao envolvimento dos acionistas”¹⁰⁸. Assim, as alterações centram-se maioritariamente na divulgação de

¹⁰⁴ Diretiva 2007/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, alterada pela Diretiva EU 2017/828 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de maio de 2017.

¹⁰⁵ Considerando (3) da Diretiva 2007/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007.

¹⁰⁶ Considerando (15).

¹⁰⁷ Considerando (17).

¹⁰⁸ Considerando (4).

informação acerca da identidade dos acionistas, com vista a facilitar a comunicação direta entre estes e a sociedade.

Além disto, a Diretiva procura ainda facilitar o exercício do direito de voto: “[f]ace à importância do seu papel, os intermediários deverão ser obrigados a facilitar o exercício dos direitos pelos acionistas, quer estes exerçam eles próprios esses direitos quer nomeiem um terceiro para o fazer”¹⁰⁹. Ainda no contexto do exercício do direito de voto, o legislador europeu afirma ser importante assegurar que os acionistas “votando possam saber se o seu voto foi corretamente tido em conta”. Para isto, “deverá ser fornecida uma confirmação da receção de voto”, impondo, ainda, a possibilidade de verificar se o voto foi validamente registado e contabilizado pela sociedade¹¹⁰.

2. Ações de lealdade

Nos Estados-Unidos e na Europa tem sido alvo de discussão a admissibilidade de ações de lealdade para combater o *short-termism*, surgindo como um incentivo na procura de um retorno sustentável de investimento¹¹¹. Contudo, a figura das ações de lealdade não foi, até então, introduzida no ordenamento jurídico português¹¹².

Segundo João Nuno Pinto Vieira dos Santos, as ações de lealdade são “um tipo de ações que atribuem benefícios especiais, como por exemplo em matéria de lucros ou de direitos de voto, em favor daqueles acionistas que investem numa perspetiva de longo prazo”, partindo da premissa de retribuição pela lealdade dos sócios à sociedade¹¹³.

As questões que se colocam em relação à licitude destas ações passam por saber se estamos perante um direito especial e, ainda, pela sua compatibilidade com o princípio da igualdade de tratamento dos sócios.

2.1. Ação de lealdade enquanto direito especial?

Segundo Paulo Olavo Cunha, as ações podem distinguir-se com base nos direitos que conferem. Com efeito, nas sociedades anónimas, a lei não impõe que todas as ações tenham um conteúdo idêntico; no entanto, exige que a variação de direitos esteja prevista nos estatutos e, ainda, que as ações que confirmam direitos idênticos formem uma *categoria de ações* (arts. 272.º, al. c) e 302.º, n.º 2 do CSC). O autor distingue, com base

¹⁰⁹ Considerando (9).

¹¹⁰ Considerando (10).

¹¹¹ Pinto Vieira dos Santos, 2014, pp. 447-448.

¹¹² Pinto Vieira dos Santos, 2014, p. 459.

¹¹³ Pinto Vieira dos Santos, 2014, pp. 448-449.

neste critério, as ações ordinárias das ações privilegiadas¹¹⁴ – referindo-se o legislador a estas últimas como *direitos especiais* (art. 24.º, n.º 4 a 6)¹¹⁵.

As ações ordinárias integram os direitos e as obrigações que a lei atribui, pelo que exprimem a “situação típica *comum* de accionista”. Estas ações apenas podem apresentar outras características por duas formas: por desvio de regras legais supletivas ou, ainda, por resultado da criação de categorias de ações que suprimam quantitativamente os direitos das ações ordinárias^{116/117}.

As ações privilegiadas, por sua vez, são aquelas que, relativamente às demais, conferem vantagens aos seus detentores. Estas vantagens – ou direitos especiais – podem consistir em privilégios de foro patrimonial e não patrimonial¹¹⁸, além de o seu conteúdo poder ser fixado livremente (não estando, portanto, em causa um *numerus clausus* de categorias de ações, cf. art. 302.º, n.º 1). Note-se, contudo, que terão sempre de estar presentes as limitações decorrentes de regras imperativas (*v.g.* art. 391.º, n.º 2 *in fine*) e do regime e natureza dos direitos a criar¹¹⁹.

A doutrina diverge quanto ao conceito de direito especial, dado que o legislador não o definiu no CSC.

Por um lado, temos autores como Olavo Cunha, defensores de que o direito só é especial quando comparado a um direito que se tenha por *geral* – enquanto direito comum a todos os acionistas e baseado na essência da participação social (*v.g.* direito ao lucro). Para o autor, a “especialidade” assenta precisamente na característica “de só poderem ser concedidos a *alguns* sócios”¹²⁰. Armando Triunfante, nesta linha de entendimento, defende que um direito será considerado especial – suscetível, assim, de gozar da proteção conferida pela lei¹²¹ – apenas na medida em que seja titulado *somente por algumas ações*, posto que, se estivermos perante uma característica comum a todas as ações, passamos a ter um direito geral, atribuído a todo e qualquer acionista¹²².

¹¹⁴ Olavo Cunha introduz, ainda, o conceito de ações diminuídas: trata-se de ações que, relativamente às ações ordinárias, só apresentam desvantagens (cf. Olavo Cunha, 1993, p. 144).

¹¹⁵ Olavo Cunha, 1993, p. 143.

¹¹⁶ O autor dá-nos um exemplo: uma categoria que atribua o direito à partilha dos lucros remanescentes não deixa de integrar ações ordinárias; a “diminuição” do direito aos lucros (por serem satisfeitos somente após a satisfação das preferências) não torna a ação *diminuída*, uma vez que resulta da criação de uma categoria de ações preferenciais.

¹¹⁷ Olavo Cunha, 1993, pp. 7-8 e 144-146.

¹¹⁸ Armando Triunfante discorda da admissibilidade de um direito especial de conteúdo não patrimonial. Com efeito, atentando no art. 302.º, n.º 1, damos conta de que o legislador se refere somente a direitos de conteúdo patrimonial. O autor, mesmo afirmando tratar-se de um elenco não taxativo, não julga razoável sustentar a admissibilidade nesta circunstância: a *ratio* da norma será, no seu entendimento, apenas a de permitir a criação de *outros direitos patrimoniais* para além daqueles diretamente referenciados (Triunfante, 2004a, pp. 398-399).

¹¹⁹ Olavo Cunha, 1993, pp. 146-156.

¹²⁰ Olavo Cunha, 1993, pp. 21 e 144, e Pinto Vieira dos Santos, 2014, pp. 460-461.

¹²¹ *Vd.* nota 123.

¹²² Triunfante, 2004a, p. 395.

Por outro lado, para autores como Cristiano Ramos Dias, a “especialidade” não reside no campo da titularidade, i.e., na atribuição do direito a um número restrito de acionistas, mas antes na *própria natureza de privilégio inderrogável*¹²³. Para o autor, para efeitos de qualificação como direito especial, é irrelevante que o direito seja atribuído a um ou a todos os sócios, desde que seja inderrogável¹²⁴.

Na qualificação da ação de lealdade como um direito especial deve atentar-se, por um lado, ao que é realmente uma categoria de ações e, por outro, se o conteúdo destas ações será idêntico, i.e., passível de formar uma categoria.

Atentando na noção de categoria de ações, Olavo Cunha baseia-se na natureza capitalista da sociedade anónima para sustentar uma “*objetivação da acção*” (tornando-se irrelevante a pessoa do acionista) e, consequentemente, defender a atribuição do direito especial à *ação* e não *diretamente ao sócio*. No contexto do seu raciocínio, a propósito do regime jurídico das ações com voto duplo em França, o autor pesa a ideia de que pode, neste caso, estar presente um elemento subjetivo, referindo “que os titulares dessas ações formam uma *categoria de accionistas*, e não que se trata de uma categoria de acções”, deixando transparecer a ideia de não estarmos, então, perante um direito especial. No entanto, para o autor, esta questão é algo irrelevante, uma vez que, na sua opinião, *categoria de acionistas* e *categoria de ações* são realidades coincidentes: “[i]mportante é que o critério, que permite numa sociedade anónima diferenciar uma categoria de outra, seja o mesmo – identidade de conteúdo de direitos”¹²⁵.

Armando Triunfante, partindo da mesma base de a sociedade anónima ser capitalista, sustenta que os direitos especiais são atribuídos às *ações*, sendo inclusivamente transmissíveis com as mesmas. Assim, o autor afasta a possibilidade de atribuição de direitos especiais de índole pessoal. Desta forma – adianta – destrinça-se claramente *direito especial de vantagem especial*¹²⁶: os direitos especiais acompanham a ação, pelo que o titular perdê-los-á na sequência de uma transmissão; as vantagens especiais, por sua vez, não dependem da qualidade de sócio, uma vez que o seu titular as mantém mesmo alienando a sua participação¹²⁷.

João Vieira dos Santos discorda do entendimento de Olavo Cunha no que toca às categorias de ações, defendendo que *categoria de ações* e *categorias de acionistas* não são a mesma realidade. A *ratio* que está na base da proibição legal de atribuição de direitos especiais a acionistas determinados também impede a criação de categorias que

¹²³ Note-se que, de acordo com o art. 24.º, n.º 5, o suprimimento ou coartação dos direitos especiais carecem do consentimento do seu titular.

¹²⁴ Dias, 2011, pp. 740-741.

¹²⁵ Olavo Cunha, 1993, pp. 218-221 e 63-68.

¹²⁶ As vantagens especiais são aquelas atribuídas em favor dos acionistas fundadores (e apenas destes), aquando da constituição da sociedade, como retribuição pelo papel desempenhado nesta operação, cf. arts. 16.º, n.º 1 e 19.º, n.º 4 (Triunfante, 2004a, p. 398).

¹²⁷ Triunfante, 2004a, pp. 397-398.

operem uma distinção com base num critério subjetivo. Pode argumentar-se que a ação de lealdade, por ceder privilégios a acionistas que permaneçam na sociedade por um período de tempo mais longo, atribui direitos com base num critério subjetivo, o que seria contrário à lei.

Como bem explica João Vieira dos Santos, mesmo partindo do raciocínio de que os direitos são atribuídos ao objeto *ação* detida pelo mesmo titular num período longo de tempo – e não ao sujeito *acionista* –, entramos numa falácia: afirmar que “os direitos são atribuídos a ações detidas por ‘Jaime’ é o mesmo que afirmar que os direitos são atribuídos a ‘Jaime’”¹²⁸.

Relativamente ao conteúdo das categorias de ações, estas são, por definição, formadas por ações de conteúdo idêntico de direitos (art. 302.º, n.º 2). Ora, temos que as ações de lealdade não têm todas o mesmo conteúdo de direitos: um acionista que tenha ações de lealdade há mais tempo do que outro terá mais direitos do que este. Por conseguinte, para haver identidade de conteúdo de direitos e para poderem, assim, qualificar-se como direito especial, as ações de lealdade deveriam ser atribuídas numa só emissão¹²⁹.

Não são estes os únicos obstáculos colocados à qualificação da ação de lealdade como direito especial. A exigência da lei em fazer estipular no contrato o número de ações de determinada categoria (cf. art. 272.º, al. c) não é praticável num regime como o da ação de lealdade, uma vez que o número destas é variável¹³⁰.

Ademais, como aponta Armando Triunfante, a configuração de um privilégio de voto plural como direito especial é duvidosa se atentarmos na figura do consentimento para a sua extinção ou limitação. Com efeito, o art. 531.º, n.º 2 prevê a possibilidade de, *mediante deliberação dos sócios*, se extinguir ou limitar o direito de voto plural “sem necessidade de consentimento dos sócios titulares desses direitos”. É uma situação impensável no contexto de direitos especiais, caracterizados, na sua essência, pela inderrogabilidade (cf. art. 24.º, n.º 5)¹³¹.

Por este motivo, para João Vieira dos Santos, fará mais sentido as ações de lealdade não serem qualificadas como direito especial, mas antes atribuídas pelos estatutos, abrindo a possibilidade de conferir diferentes direitos consoante o tempo de detenção¹³².

¹²⁸ Pinto Vieira dos Santos, 2014, pp. 462-463.

¹²⁹ Pinto Vieira dos Santos, 2014, pp. 463-464.

¹³⁰ Pinto Vieira dos Santos, 2014, pp. 463-464.

¹³¹ Triunfante, 2004a, pp. 330-333.

¹³² Triunfante, 2004a. No mesmo sentido, *vd.* Oliveira, 2015, p. 468.

2.2. O princípio da igualdade de tratamento dos acionistas

Assumindo a idoneidade da previsão estatutária da ação de lealdade, cumpre-nos agora refletir sobre se esta contraria um dos princípios fundamentais do direito societário atual: o princípio do igual tratamento dos acionistas¹³³. Numa formulação positiva, Pedro Maia afirma que este princípio se destina a assegurar que os sócios sejam tratados de igual forma mediante pressupostos iguais; numa formulação negativa, o princípio corresponde a uma proibição de discriminação¹³⁴. No fundo, este princípio procura colocar todos os sócios em pé de igualdade na prossecução da atividade societária¹³⁵.

No entendimento de Armando Triunfante, o fundamento para a igualdade de tratamento no contexto de uma sociedade anónima parece ser a proteção da expectativa do acionista que, decidindo investir numa sociedade, o faz atendendo a um certo conjunto de fatores – fatores que não são determinados somente pela disciplina legal aplicável, mas também pelo disposto no contrato de sociedade. Deste modo, perante uma alteração (estatutária) destes fatores no sentido de ser concedido um benefício, não é razoável que estes sejam injustificadamente limitados a um número determinado de acionistas¹³⁶.

Armando Triunfante posiciona-se do lado da doutrina que entende não estar em causa uma violação do princípio: mesmo assumindo que as ações privilegiadas pressupõem uma “natural desigualdade” entre os sócios, entende serem conciliáveis com a igualdade de tratamento justamente por estar assegurada a proteção das expectativas: “os sócios estão de acordo com as diferenças entre as diferentes categorias de ações”¹³⁷.

João Vieira dos Santos insere-se, também, nesta fração da doutrina: defende que os acionistas de longo prazo têm objetivos legítimos bastante diferentes dos outros, não estando, por isso, na mesma posição. Adianta, inclusive, que “a própria admissibilidade legal de direitos especiais só favorece este entendimento, desde que a proteção das expectativas esteja assegurada”¹³⁸.

No mesmo sentido seguem Patrick Bolton e Frédéric Samama, sustentando que todos os acionistas têm a mesma oportunidade de acesso às ações. Servindo-se do

¹³³ Olavo Cunha, 2019, p. 120. O autor refere ainda que o princípio da igualdade de tratamento “não colhe no Direito Português a regulação e autonomia semelhantes à que recebe noutras ordens jurídicas, nomeadamente no Direito Alemão, onde é hoje um princípio geral inquestionável”. Entre nós, o CVM consagra expressamente este princípio no seio das sociedades anónimas abertas (cf. arts. 15.º, 112.º e 197.º). Mais recentemente, com a aprovação da Lei n.º 50/2020, de 25 de agosto, foi aditado o art. 249.º-C, que, também ele, se refere à igualdade de tratamento dos acionistas. No CSC, encontramos somente um seu afloramento no art. 321.º, a propósito do caso específico das ações próprias (Olavo Cunha, 2019, pp. 120-121).

¹³⁴ Maia, 2020, pp. 155-156.

¹³⁵ Olavo Cunha, 2019, p. 120.

¹³⁶ Triunfante, 2004a, pp. 330-333.

¹³⁷ Triunfante, 2004a, pp. 333-334.

¹³⁸ Pinto Vieira dos Santos, 2014, pp. 466-467.

exemplo dos *L-warrants*, i.e., *warrants* obtidos através da detenção de ações durante um período de tempo determinado, afirmam os autores que “o acesso aos *L-warrants* apenas depende do comportamento do acionista durante o período de lealdade, o qual (...) é o mesmo para todos os acionistas”^{139/140}.

Aqui chegados, cumpre-nos esclarecer que a discussão em torno da viabilidade das ações de lealdade se centra em dois tipos: as *L-shares* e os *L-warrants*. Adiantada a noção destes últimos *supra*, as *L-shares*, por sua vez, são ações que, após detenção ininterrupta por um determinado período de tempo, concedem aos seus titulares um direito de voto duplo ou plural¹⁴¹.

2.3. Admissibilidade das *L-shares* na ordem jurídica portuguesa: confronto com o art. 384.º, n.º 5 do CSC

Argumentando que os *L-warrants* têm uma utilidade diluída no contexto do mercado português, Madalena Perestrelo de Oliveira pende para a instituição de *L-shares* no nosso ordenamento jurídico¹⁴². Neste contexto, a questão que se coloca de imediato prende-se com a conjugação deste tipo de ação com a proibição do voto plural nas sociedades anónimas, consagrada no art. 384.º, n.º 5 do CSC.

Alexander P. Quimby refuta o argumento de que a atribuição de privilégios de voto põe em causa a “democracia acionista”: segundo o autor, e partindo do exemplo norte-americano, a realidade atual mostra-nos que as empresas criam desde sempre esquemas para desconsiderar a proporcionalidade que está na base do princípio *one share, one vote*. Assim, o mercado sobrevive há muito com este princípio sob ameaça. Assumindo a derrogação do princípio, será evidentemente preferível o acolhimento da ação de lealdade à aceitação dos esquemas das empresas, posto que a primeira promove a sustentabilidade da sociedade¹⁴³.

Madalena Perestrelo de Oliveira sustenta que a autonomia dogmática das sociedades cotadas e a mudança no modo como se encara o direito de voto no mercado atual¹⁴⁴ justificam a não aplicação do art. 384.º, n.º 5 às sociedades cotadas. Aliás, mesmo que se admita a sua aplicabilidade a estas sociedades, a autora adianta outro argumento: sendo a destinatária natural da norma proibitiva a categoria de ação – formada por

¹³⁹ Tradução nossa.

¹⁴⁰ Bolton & Samama, 2013, p. 36. No mesmo sentido, *vd.* Oliveira, 2015, pp. 462-463.

¹⁴¹ Oliveira, 2015, p. 460.

¹⁴² Oliveira, 2015, pp. 463-464.

¹⁴³ Quimby, 2013, pp. 408-409.

¹⁴⁴ Madalena Perestrelo de Oliveira refere-se, neste contexto, à negociabilidade do direito de voto no mercado, à existência de *proxy advisors*, ao facto de o voto não ser exercido, em regra, pelos verdadeiros proprietários da ação, entre outras realidades do mercado que justificam o afastamento da aplicação do art. 384.º, n.º 5. A autora afirma que a premissa em que se baseia a regra *one share, one vote* não se verifica nas sociedades cotadas: a premissa de que os acionistas estão interessados no aumento dos lucros da sociedade a longo prazo. *Vd.*, mais desenvolvidamente, Oliveira, 2015, pp. 447 e ss.).

direitos especiais de conteúdo idêntico –, e partilhando a autora da tese de que a ação de lealdade não é um direito especial, deverá afastar-se a aplicação da norma à *L-share*¹⁴⁵.

Para Armando Triunfante, os privilégios de voto plural são nada mais que exceções legais ao regime geral. Com efeito, a existência deste privilégio é admissível à luz do art. 531.º, n.º 1, desde que tenha sido legalmente constituído antes da entrada em vigor do atual CSC. No entanto, esta admissibilidade não se reporta a uma recetividade, por parte da lei, do privilégio *per se*; esta admissibilidade é motivada, antes, por razões de justiça, *maxime* a proteção de direitos adquiridos antes da entrada em vigor do CSC. Esta tese parece ser inclusivamente sustentada pelo próprio art. 531.º, pois “é nítido que o seu regime mostra não ser desejável, pelo legislador, a manutenção, *ad eternum*, destas figuras”¹⁴⁶.

2.4. Conclusões

Em suma, a eventual previsão de uma ação de lealdade no ordenamento jurídico português, na sua vertente *L-share* ou *L-warrant*, pode surgir como um incentivo eficiente ao envolvimento dos acionistas a longo prazo. Não seríamos, aliás, os primeiros em contexto europeu: o legislador francês prevê ambas as vertentes da ação de lealdade, referindo-se a *voto de lealdade* (associado à vertente *L-share*) e *dividendo de lealdade* (associado ao *L-warrant*); em Itália está previsto um dividendo de lealdade, embora a doutrina italiana seja muito crítica da introdução desta figura na sua ordem jurídica, sustentando que não operou, como esperado, um incentivo ao envolvimento acionista¹⁴⁷.

3. O papel da *corporate governance*

Nas palavras de Coutinho de Abreu, a governação societária surge como um “complexo das regras (legais, estatutárias, jurisprudenciais, deontológicas), instrumentos e questões respeitantes à administração e ao controlo (ou fiscalização) das sociedades”¹⁴⁸. Estas regras procuram traçar um caminho com vista à obtenção de uma boa governação societária, a qual resultará num benefício para a sociedade como um todo, fim último da *corporate governance*¹⁴⁹.

A sua origem remonta aos Estados-Unidos, depois da publicação do célebre estudo Berle-Means¹⁵⁰, ao qual devemos a explicitação da separação entre propriedade e

¹⁴⁵ Oliveira, 2015, pp. 467-468.

¹⁴⁶ Triunfante, 2004a, pp. 401-402.

¹⁴⁷ Pinto Vieira dos Santos, 2014, pp. 452-453.

¹⁴⁸ Coutinho de Abreu, 2010, p. 7.

¹⁴⁹ Oliveira, 2018a, p. 13.

¹⁵⁰ *The modern corporation and private property*. Nova Iorque: Harcourt, Brace & World, 1932.

controlo que está na base do conflito de agência “principal-agente” que analisámos *supra*^{151/152}.

Podemos dizer que a governação societária procura tornar transparente a administração da sociedade, tentando alcançar um ponto de equilíbrio entre a gestão e as tendências acionistas¹⁵³.

Se quisermos concretizar este fim, realcemos um dos objetivos primordiais da governação societária: o equilíbrio entre interesses conflitantes no núcleo de uma sociedade anónima¹⁵⁴. Note-se que falamos na procura de um *equilíbrio* entre os interesses e não numa total eliminação dos conflitos entre os mesmos. Na verdade, como adverte Ana Perestrelo de Oliveira, “nem por isso deverá esquecer-se que [os conflitos de interesses] surgem inevitavelmente nas relações sociais e económicas e que uma postura excessivamente rígida da lei poderá prejudicar o bom governo societário”¹⁵⁵.

Relativamente ao modo como a governação societária é colocada em prática, podemos apontar dois níveis distintos de regulação. O primeiro nível prende-se com regras estritas (*hard law*) aplicáveis às sociedades, surgindo o direito societário com especial ênfase. Com efeito, o legislador português, ciente da crescente relevância da boa governação societária, aproveitou a reforma do CSC de 2006 para alargar “ao restante universo societário nacional” a atenção dispensada até então às sociedades com ações admitidas à negociação em mercados regulamentados¹⁵⁶.

O segundo nível recorre a recomendações de boa prática societária, destituídas de vinculatividade jurídica tradicional, e cuja adoção se pauta pelo princípio *comply or explain*: falamos aqui de *soft law*, materializada em códigos de governo. Nos termos do princípio mencionado, cabe às sociedades seguirem as recomendações e regras estabelecidas no código a que adiram (*comply*); a não adoção de uma recomendação ou regra investe a sociedade numa obrigação de justificar a opção (*explain*), não lhe sendo, contudo, associada qualquer sanção.¹⁵⁷ Em Portugal destaca-se o atual Código de Governo das Sociedades do Instituto Português de *Corporate Governance* (IPCG), o qual compila “orientações que, no plano nacional e internacional, são reconhecidas como de *bom governo*”^{158/159}. A influência deste movimento na própria lei é evidente: destaca-se o facto de as sociedades cotadas estarem hoje obrigadas a elaborar um *relatório anual sobre governo das sociedades* (cf. art. 245.º-A CVM), do qual devem constar elementos

¹⁵¹ *Vd. supra*, Cap. I, ponto 2.2.

¹⁵² Engrácia Antunes, 2020, p. 291.

¹⁵³ Olavo Cunha, 2019, pp. 573-575.

¹⁵⁴ Oliveira, 2018a, p. 12.

¹⁵⁵ Oliveira, 2018a, p. 13.

¹⁵⁶ Decreto-lei n.º 76-A/2006, de 29 de março.

¹⁵⁷ Decreto-lei n.º 76-A/2006, de 29 de março.

¹⁵⁸ Código de Governo das Sociedades do IPCG, 2018 (revisto em 2020), p. 6.

¹⁵⁹ Engrácia Antunes, 2020, pp. 36-37.

como a identificação da estrutura acionista, acordos parassociais restritivos da transmissibilidade dos valores mobiliários, e, em especial, a *declaração sobre o acolhimento do código de governo das sociedades ao qual o emitente se encontre sujeito...* entre outros¹⁶⁰.

Os códigos de governo societário foram, em grande medida, criados e desenvolvidos por investidores institucionais. Veja-se o exemplo português: o Conselho Geral do IPCG integra sociedades como o Banco Comercial Português, S.A., a Caixa Geral de Depósitos, S.A., a EDP – Energias de Portugal, S.A. e a NOS, SGPS, S.A. Estas e outras sociedades com assento no Conselho Geral do IPCG integram alguns dos grupos com maior presença no mercado de capitais português. Assim, podemos afirmar que as regras consideradas como “bom governo societário” dispostas nos códigos de governo são estabelecidas por – ou, no mínimo, contam com a intervenção de – alguns dos investidores institucionais mais influentes em Portugal.

É viável que se argumente que as sociedades não estão obrigadas a seguir as recomendações e a respeitar os princípios dos códigos. Porém, na prática, o carácter recomendatório dá lugar a uma “*real obrigação*”¹⁶¹ de seguir as recomendações: uma sociedade que não adote o modelo de governação idealizado pelos códigos não será atrativa para os investidores institucionais, pelo que será difícil captar investimento no contexto do mercado atual¹⁶².

À luz deste raciocínio, não é surpreendente que muitas das recomendações e princípios dirigidos aos conselhos de administração e de fiscalização das sociedades beneficiem a posição deste tipo de investidor. Ademais, princípios que julgamos serem básicos numa sociedade anónima – como a tutela do acionista minoritário – são, também eles, um benefício direto para os investidores institucionais, visto que estes representam, em boa verdade, a maioria dos acionistas minoritários presentes no mercado.

A ideia de que as regras de bom governo societário se alinham com os interesses dos investidores institucionais é suportada por Pedro Maia. Neste contexto, o autor refere-se à “Carta de direitos dos acionistas”, redigida em 1986 por um conjunto de investidores institucionais norte-americanos, representando uma “carta dos interesses dos investidores institucionais”. Nesta estão plasmados aqueles que são, ainda hoje, pontos essenciais da “boa” governação societária, muitos dos quais seguindo o sentido de atribuição de maior poder aos acionistas dispersos (minoritários)¹⁶³. Pedro Maia

¹⁶⁰ Engrácia Antunes, 2020, pp. 295-296.

¹⁶¹ A expressão e o itálico são de Pedro Maia (Maia, 2020, p. 865).

¹⁶² Maia, 2020, pp. 865-866.

¹⁶³ Maia, 2020, pp. 873-875.

afirma haver parcialidade no movimento de *corporate governance*, precisamente por, na opinião do autor, este ser orientado pelos interesses dos investidores institucionais¹⁶⁴.

O autor afirma de modo algo fascinante: “a almejada *primazia dos acionistas* é, na verdade, a *primazia dos acionistas institucionais*”¹⁶⁵.

Não obstante, Pedro Maia defende que não se trata de avaliar se a *corporate governance* é, em si mesmo, “boa” ou “má”. As medidas por esta propostas devem ser aferidas segundo o circunstancialismo específico de cada ordenamento jurídico, *maxime* a estrutura acionista típica de uma sociedade nessa ordem jurídica¹⁶⁶.

Com efeito, em ordenamentos jurídicos cuja estrutura acionista não seja (ainda) dominada por investidores institucionais, poderá ser vantajosa a tutela do acionista “empresário”¹⁶⁷. Este tipo de acionista detém uma minoria de capital dita *qualificada*¹⁶⁸ e exerce uma influência relevante na gestão da sociedade, podendo inclusivamente controlá-la devido à dispersão do capital característica das sociedades abertas¹⁶⁹.

Noutro extremo, nos ordenamentos jurídicos caracterizados pela hegemonia dos investidores institucionais, é nuclear satisfazer os interesses destes investidores, uma vez que sem estes não é possível pensar-se num bom funcionamento do mercado¹⁷⁰.

¹⁶⁴ Maia, 2020, p. 877.

¹⁶⁵ Maia, 2020, p. 873.

¹⁶⁶ Maia, 2020, p. 884.

¹⁶⁷ Maia, 2020, pp. 881-882.

¹⁶⁸ Entende-se por direito de minoria qualificada aquele que exige um mínimo de percentagem do capital social para ser exercido; por outras palavras, será um direito cujo exercício não depende exclusivamente da qualidade de sócio, mas também da proporção da participação social (Triunfante, 2004b, p. 88).

¹⁶⁹ Branco, 2008, pp. 67-69.

¹⁷⁰ Maia, 2020, p. 882.

Conclusão

Atualmente, a nível internacional, verifica-se uma proeminência dos investidores institucionais na estrutura acionista de uma típica sociedade aberta. Verificámos ao longo deste estudo que a influência que estes investidores conseguem exercer sobre o mercado não é, de todo, positiva.

Apontámos, num primeiro momento, as desvantagens resultantes do *short-termism*, introduzido no mercado pelos investidores institucionais. Desde logo, é de destaque a insuficiência de investimento alocado à formação de trabalhadores, ao desenvolvimento (sustentável) da empresa, à investigação e à tecnologia. De outra banda, a complexa “teia” de interesses que concluímos existir no caso, por exemplo, de fundos de investimento – envolvendo, além destas entidades, outras como consultoras de voto e investidores finais – suscita questões profundas de conflitos de interesses: a “imposição” da tendência *short-termism* no mercado expõe acionistas que não partilham desta perspetiva a riscos que não acarretariam de outro modo.

Cumprida a contextualização do leitor na problemática do mercado atual, dedicámos a nossa atenção, no Cap. II, à apreciação do *ativismo acionista* como solução para o combate ao movimento *short-termism*. Dadas as circunstâncias atuais, concluímos não ser *per si* a figura mais eficiente para minimizar as consequências daquele movimento. Com efeito, finda a apreciação, resta-nos uma simples, mas cortante conclusão: facilitar a intervenção de acionistas é, em bom rigor, facilitar a intervenção de investidores institucionais.

Finalmente, no Cap. III analisámos soluções alternativas – desenhadas no contexto internacional – que pendem para a promoção do *envolvimento do acionista a longo prazo*, ao invés de simplesmente lhe atribuir poder. Num primeiro ponto abordámos o direito europeu e concluímos que este tem efetivamente adotado a linha de atuação de envolvimento do acionista a longo prazo. Num segundo ponto destacámos a figura da ação de lealdade e a sua admissibilidade na ordem jurídica portuguesa. Por fim, um estudo incidente neste tema não estaria terminado sem dedicar um ponto à *corporate governance* e ao papel que desempenha nacional e internacionalmente.

Bibliografia

- ALVES, C.F. (2005). *Os investidores institucionais e o governo das sociedades: Disponibilidade, condicionantes e implicações*. Coimbra: Almedina.
- BEBCHUK, L.A. & TALLARITA, R. (2020). The illusory promise of stakeholder governance. *Cornell Law Review*, vol. 106, pp. 91-178.
- BOLTON, P. & SAMAMA, F. (2013). L-shares: Rewarding long-term investors. *ECGI – Finance Working Paper*, n.º 342.
- BRANCO, S.R. (2008). *O direito dos accionistas à informação*. Coimbra: Almedina.
- CMVM (2018). Relatório anual da atividade de capital de risco de 2018.
- COUTINHO DE ABREU, J.M. (2010). *Governança das sociedades comerciais*, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- COUTINHO DE ABREU, J.M. (2019). *Curso de direito comercial*, vol. II, 6.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- DIAS, C.A.R. (2011). Os direitos especiais dos sócios nas sociedades anónimas: As golden shares. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 3, pp. 740-741.
- ENGRÁCIA ANTUNES, J. (2020). *Direito das sociedades – Parte geral*, 9.^a Edição. Porto.
- IBRAHIM, D.M. (2019). The (not so) puzzling behavior of angel investors. *Vanderbilt Law Review*, vol. 61, n.º 5, pp. 1405-1452.
<https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol61/iss5/3>.
- IPCG. Código de Governo das Sociedades, 2018 (revisto em 2020). Lisboa: IPCG.
<https://www.cgov.pt>.
- MAIA, P. (2020). *Voto e corporate governance – Um novo paradigma para a sociedade anónima*, reimp. Coimbra: Almedina.
- OLAVO CUNHA, P. (1993). *Os direitos especiais nas sociedades anónimas: As acções privilegiadas*. Coimbra: Almedina.
- OLAVO CUNHA, P. (2019). *Direito das sociedades comerciais*, 7.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- OLIVEIRA, A.P. de (2018). *Manual de corporate finance*, 2.^a Edição (reimp.). Coimbra: Almedina.
- OLIVEIRA, A.P. de (2018). *Manual de governo das sociedades*, reimp. Coimbra: Almedina.
- OLIVEIRA, M.P. de (2015). Direito de voto nas sociedades cotadas: Da admissibilidade de categorias de ações com direito de voto plural às L-shares. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 2, pp. 443-468.
- QUIMBY, A.P. (2013). Addressing corporate short-termism through loyalty shares. *Florida State University Law Review*, vol. 40, n.º 2, pp. 389-409.
<https://ir.law.fsu.edu/lr/vol40/iss2/5>.
- RHEE, R.J. (2018). Corporate short-termism and intertemporal choice. *Washington Law Review*, vol. 96, n.º 3, p. 495.
https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol96/iss3/2.
- RIBEIRO, M.F. (2007). Sociedades abertas, valores mobiliários e intermediação financeira. In *Jornadas – Sociedades abertas, valores mobiliários e intermediação financeira*, pp. 13-14. Coimbra: Almedina.

- SANTOS, J.N.P.V. dos (2014). Ações de lealdade – A primazia dos interesses da estabilidade a longo prazo das sociedades anónimas. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 2, pp. 447-472.
- TEIXEIRA, A.N. (2018). A gestão dos fundos de capital de risco – Conflitos de interesses entre a entidade gestora e os participantes. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 3, pp. 560-564.
- TRIUNFANTE, A.M. (2004). *A tutela das minorias nas sociedades anónimas – Direitos de minoria qualificada e abuso de direito*. Coimbra: Coimbra Editora.
- TRIUNFANTE, A.M. (2004). *A tutela das minorias nas sociedades anónimas – Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- TRIUNFANTE, A.M. (2007). *Código das Sociedades Comerciais – anotado (anotações a todos os preceitos alterados), atualizado até ao Decreto-Lei n.º 8/2007, de 17 de Janeiro*. Coimbra: Coimbra Editora.

Tributação dos rendimentos gerados pela participação em OIC
nacional e estrangeiro

Análise comparativa na ótica do participante pessoa singular
residente em território português

João Pedro Fernandes Regufe

Sob orientação do Professor
Doutor Luís Fernando Sampaio Pinto Bandeira

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Luís Bandeira, pela motivação, sugestões, críticas e paciência.

Ao Professor Doutor João Sérgio Ribeiro, pela solicitude e partilha de conhecimentos.

Aos meus pais, Maria de Nazaré e Fernando, por sempre acreditarem em mim.

À minha irmã, Joana, pelos preciosos conselhos.

Aos meus amigos, pelo apoio incondicional.

Resumo

A presente dissertação consiste numa análise comparativa ao tratamento fiscal dos rendimentos obtidos por pessoas singulares residentes em território português, consoante a sua participação seja feita em OIC *nacionais* ou em OIC *estrangeiros*.

Em concreto, pretendemos apurar as diferenças previstas na legislação portuguesa para a tributação dos rendimentos que derivem de operações equivalentes, consoante o investimento seja feito em OIC *nacional* ou em OIC *estrangeiro*. Como procuraremos demonstrar, o regime nacional em vigor, seja por via legal ou regulamentar, parece beneficiar, paradoxalmente, o investimento em OIC *estrangeiros*, no que a determinadas operações geradoras de rendimento concerne.

A participação em OIC *estrangeiro* poderá desencadear uma situação de dupla tributação jurídica na esfera do participante. Nessa medida, procuraremos aferir como se efetua a repartição da competência tributária internacional entre o Estado português e o Estado da fonte, de forma a perceber em que hipóteses e em que termos os rendimentos obtidos pelo participante não de ficar sujeitos à aplicação do regime fiscal português.

Palavras-chave: OIC; EBF; CIRS; Convenções sobre Dupla Tributação; mais-valias; rendimentos de capitais; rendimentos prediais.

Abstract

This dissertation consists of a comparative analysis of the tax treatment of income obtained by natural persons resident in Portuguese territory, depending on whether they invest in Portuguese or non-Portuguese CIUs.

Specifically, we intend to determine the differences in Portuguese legislation for the taxation of income derived from equivalent operations, depending on whether the investment is made in a Portuguese or non-Portuguese CIU. As we will try to demonstrate, paradoxically, the national regime in force, whether by law or regulation, seems to benefit investment in non-Portuguese CIUs in what respects certain income generating operations.

The investment in a non-Portuguese CIU may give rise to a situation of juridical double taxation in the sphere of the investor. To this extent, we will seek to assess how the division of international tax jurisdictions between the Portuguese State and the source State takes place to understand in what circumstances and under what terms the income obtained by the investor will be subject to the Portuguese tax regime.

Keywords: Collective Investment Undertaking; Portuguese tax benefits statute; Portuguese Personal Income Tax Code; double taxation conventions; capital gains; investment gains; immovable property income.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
AT	Autoridade Tributária e Aduaneira
CAAD	Centro de Arbitragem Administrativa
CDT	Convenção sobre Dupla Tributação
Cfr.	Conferir/Confrontar
Coord.	Coordenação
CIRC	Código do IRC
CIRS	Código do IRS
CMOCDE	Convenção Modelo da OCDE
CVDT	Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
CVM	Código dos Valores Mobiliários
DL	Decreto-lei
DUE	Direito da União Europeia
EBF	Estatuto dos Benefícios Fiscais
EC	Estado Contratante/Estados Contratantes
FCR	Fundo de Capital de Risco
FI	Fundo de Investimento
FII	Fundo de Investimento Imobiliário
FIIAH	Fundo de Investimento Imobiliário para Arrendamento Habitacional
FIIRF	Fundo de Investimento Imobiliário em Recursos Florestais
FIIRU	Fundo de Investimento Imobiliário para Reabilitação Urbana
FIM	Fundo de Investimento Mobiliário
FPR	Fundo de Poupança-reforma
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
IRS	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
IS	Imposto do Selo
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
OIA	Organismo de Investimento Alternativo
OIC	Organismo de Investimento Coletivo
OICVM	Organismo de Investimento Coletivo em Valores Mobiliários
p./pp.	Página(s)
Para./paras.	Parágrafo/Parágrafos
Pr.	Processo

RGIOC	Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo
Ss.	Seguintes
UCP-CRP	Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto
Vd.	Ver
V.g.	Por exemplo

Índice

Introdução	9
1. Objeto do estudo	9
1.1. Delimitação	9
2. Justificação do tema	10
3. Plano e sequência	10
4. Metodologia	11
Capítulo I – Aspetos Elementares dos OIC	12
1. Conceito e propósito do investimento coletivo	12
2. Caracterização dos OIC	12
2.1. Quanto à forma	12
2.2. Quanto à natureza dos ativos integrantes da carteira do OIC	13
2.3. Quanto à variabilidade do capital	13
2.4. Quanto à política de rendimentos	13
3. Participante	14
3.1. As diferentes operações geradoras de rendimentos	14
4. Princípios e fatores enformadores do regime tributário dos OIC	15
Capítulo II – Tributação dos rendimentos obtidos por participantes residentes em virtude do investimento em OIC nacionais	17
1. Introdução ao regime	17
2. A isenção na esfera dos OIC	17
3. A tributação na esfera dos participantes	18
3.1. Rendimentos distribuídos pelo OIC	19
3.1.1. OIC mobiliário	19
3.1.2. OIC imobiliário	19
3.2. Rendimentos resultantes da transação de participações	20
3.2.1. OIC mobiliário	20
3.2.2. OIC imobiliário	21
3.3. Rendimentos resultantes do resgate	22
3.3.1. OIC mobiliário	23
3.3.2. OIC imobiliário	25
3.4. Rendimentos resultantes da liquidação do OIC	25
3.4.1. OIC mobiliário	26
3.4.2. OIC imobiliário	26
3.4.3. A prática regulamentar e administrativa	27
Capítulo III – Tributação dos rendimentos obtidos por participantes residentes em virtude do investimento em OIC estrangeiros	29

1. O regime tributário nacional	29
1.1. Rendimentos distribuídos pelo OIC	29
1.2. Rendimentos resultantes da transação, do resgate e da liquidação do OIC	30
2. Repartição internacional da competência tributária	31
2.1. Rendimentos distribuídos pelo OIC	32
2.1.1. Qualificação como dividendos	32
2.1.2. Qualificação como rendimentos de bens imobiliários	35
2.2. Rendimentos resultantes da transação de participações	35
2.2.1. Qualificação como mais-valias	35
2.3. Rendimentos resultantes do resgate e da liquidação do OIC	38
2.3.1. Qualificação como dividendos	38
2.3.2. Qualificação como rendimentos de bens imobiliários	43
Conclusões	44
Bibliografia	47

Introdução

1. Objeto do estudo

O regime fiscal aplicável aos rendimentos obtidos por pessoas singulares residentes em território português em virtude da sua participação em OIC *nacionais*¹ encontra-se previsto em regime especial consagrado no EBF. Trata-se de um regime peculiar relativamente ao tratamento fiscal de determinadas operações geradoras de rendimentos que, quando comparado com o regime geral do CIRS, se apresenta prejudicial na ótica do sujeito passivo.

A participação em OIC *estrangeiros* permite que o sujeito passivo residente em Portugal, sem necessidade de alterar o tipo de investimento, veja os rendimentos auferidos serem tributados de acordo com as regras do CIRS. Contudo, sendo esta uma situação jurídica de índole transfronteiriça, levantar-se-ão, por regra, questões de dupla tributação jurídica internacional, pelo que nem sempre a tributação dos rendimentos será feita de acordo com a legislação portuguesa.

A posição fiscal do participante singular residente em território português é, portanto, substancialmente diferente consoante o seu investimento seja efetuado em OIC *nacional* ou em OIC *estrangeiro*. Com o presente estudo, pretendemos apurar as diferenças no tratamento fiscal dos rendimentos obtidos pelo participante, com origem em operações similares, conforme a sua fonte seja nacional ou estrangeira.

1.1. Delimitação

O presente estudo é limitado à análise dos rendimentos gerados por participação em OIC mobiliários e imobiliários cujo regime tributário se subsuma ao âmbito de aplicação dos arts. 22.º e 22.º-A do EBF².

A tributação dos rendimentos obtidos por participantes que sejam pessoas singulares não residentes em território português não constitui objeto do estudo. Fica igualmente de fora do escopo da nossa análise a tributação dos rendimentos obtidos por participantes que correspondam a pessoas coletivas, residentes ou não residentes.

¹ Designaremos por *nacionais* os OIC que se constituam e operem de acordo com a legislação portuguesa, e por *estrangeiros* os demais.

² O EBF consagra regimes especiais de tributação para fundos de pensões (art. 16.º), FPR (art. 21.º), FCR (art. 23.º), FIIRF (art. 24.º) e FIIRU e FIIAH (art. 71.º), que não serão alvo de análise.

O presente estudo não consiste numa análise de direito comparado, pelo que não iremos analisar como se processa a tributação dos rendimentos gerados por via dos OIC no âmbito da legislação interna de nenhum Estado em particular além do português.

São vários os modelos que cada Estado pode adotar na sua legislação interna no que concerne à tributação de rendimentos gerados por via de OIC. Iremos assumir, para efeitos do presente estudo, que o OIC *estrangeiro* em que a pessoa singular residente participa corresponde a uma entidade opaca, e não transparente, para efeitos fiscais. Assumimos, ainda, que existe CDT celebrada entre o Estado português e o Estado de residência do OIC *estrangeiro*.

2. Justificação do tema

O regime fiscal dos rendimentos gerados por OIC *nacionais* foi alvo de reforma em 2015. Esta reforma teve como um dos seus principais objetivos o aumento da competitividade internacional do regime tributário, no sentido de atrair o investimento por parte de participantes não residentes em OIC *nacionais*. Porquanto tal desiderato terá sido alcançado, a verdade é que o novo regime consagra soluções controversas ao nível do apuramento da matéria coletável e da forma de tributação de certos rendimentos obtidos por participantes residentes, ainda pouco exploradas pela doutrina.

Por sua vez, a análise ao tratamento fiscal concedido aos rendimentos obtidos por pessoas singulares residentes em território português em virtude da sua participação em OIC *estrangeiros* permite-nos apurar as razões pelas quais a legislação portuguesa parece, de forma paradoxal, beneficiar o investimento indireto por via dos últimos. Acresce que ainda não encontra resposta consensual a questão da repartição da competência internacional tributária em relação a rendimentos obtidos por via de participação em OIC.

3. Plano e sequência

O próximo Capítulo destina-se à introdução a alguns conceitos relacionados com o funcionamento e dinâmica dos OIC, indispensáveis para a compreensão das questões fiscais abordadas a jusante. Será feita, ainda, uma breve abordagem aos fatores e princípios que devem presidir à construção do regime tributário aplicável a rendimentos gerados por via de OIC.

O núcleo essencial do estudo concentra-se nos Capítulos III e IV. No Capítulo III, analisaremos a forma como são tributados os rendimentos obtidos por pessoas singulares residentes que participem em OIC *nacionais*. No Capítulo IV, será feita análise equivalente em relação a rendimentos obtidos por via de participação em OIC *estrangeiros*, incluindo uma

abordagem à questão da repartição da competência tributária internacional entre o Estado português e o Estado da fonte dos rendimentos.

Terminaremos o estudo com as conclusões.

4. Metodologia

Na elaboração da dissertação, foi seguido o Manual de Estilo da UCP-CRP.

O estudo consiste, essencialmente, numa análise a normas legais, alicerçada pelo recurso a elementos doutrinários, jurisprudenciais e regulamentares que se relacionam com os temas abordados.

Para análise das questões relacionadas com a repartição da competência tributária internacional, seguiremos a versão de 2017 da CMOCDE³, bem como os Comentários a esta versão.

³ Sempre que haja recurso a normas previstas nas concretas CDT, ou a versões anteriores da CMOCDE, o leitor será devidamente advertido.

Capítulo I – Aspetos elementares dos OIC

1. Conceito e propósito do investimento coletivo

Os OIC correspondem a instituições que, assentando numa coletividade de participantes, investem em ativos diversos, como valores mobiliários e imobiliários, visando a rendibilização do seu património. O beneficiário final dos proveitos gerados pela atividade do OIC é cada um dos seus participantes.

Na sua génese e no seu conceito, estes *veículos* de investimento estão vocacionados, essencialmente, para o pequeno ou médio investidor que pretenda rendibilizar poupanças. O investidor em OIC, mormente quando seja pessoa singular, não está geralmente dotado dos conhecimentos necessários para um investimento direto que seja seguro e lucrativo. O acesso a uma gestão profissional da carteira de ativos, da qual os OIC estão providos, surge como principal fator de atração para recurso ao investimento indireto por via destas instituições.

A gestão profissionalizada do património do OIC, feita no exclusivo interesse do participante, tende a alavancar a probabilidade de rendibilização do capital investido e a diminuir o risco do investimento. O investimento indireto por via destes entes coletivos permite, desta forma, a realização de operações de complexidade ou montantes em princípio inacessíveis por via do investimento direto⁴.

2. Caracterização dos OIC

2.1. Quanto à forma

Tradicionalmente, os OIC são constituídos na forma contratual, correspondendo aos FI. Trata-se de uma entidade desprovida de personalidade jurídica⁵, correspondendo, ao invés, a um património autónomo pertencente aos participantes em regime geral de comunhão⁶. Consequentemente, o património autónomo apenas responde pelas suas dívidas (e não por dívidas dos participantes ou da sociedade gestora); no reverso, o património pessoal de cada um dos participantes e da sociedade gestora não responde pelas dívidas do FI⁷.

Os OIC societários, por sua vez, correspondem a entidades dotadas de personalidade jurídica.

⁴ Neste sentido, vd. Brandão da Veiga, 1999, p. 20, e Almeida, 2008, p. 10.

⁵ Questionando a plausibilidade do não reconhecimento de personalidade jurídica aos FI, vd. Reis Martins, 2007, p. 396.

⁶ Cfr. art. 2.º, n.º 1, u) RGOIC.

⁷ Cfr. art. 13.º RGOIC.

2.2. Quanto à natureza dos ativos integrantes da carteira do OIC

Os OIC podem ainda ser qualificados como mobiliários ou imobiliários, em função da natureza dos ativos que compõem a sua carteira.

A carteira dos OIC imobiliários não será necessariamente composta por imóveis, podendo ainda integrar participações noutros OIC imobiliários e sociedades imobiliárias⁸.

2.3. Quanto à variabilidade do capital

Os OIC podem ser classificados em função do critério da variabilidade do capital. O que é definido de forma variável ou invariável é o número de participações no OIC⁹: sendo variável, o OIC tem-se por aberto; sendo invariável, será fechado.

Num OIC aberto, a entrada do participante é efetuada através das operações de subscrição ou aquisição de participações, sendo o desinvestimento feito com a alienação ou resgate das participações. A possibilidade de exercício do resgate determina que o capital do OIC seja variável, na medida em que a contraparte da mencionada operação é o próprio *veículo* de investimento. Se, a qualquer momento, o participante pode dar início (aumentando, assim, o património do OIC com o montante correspondente ao valor da sua participação) ou fim (diminuindo o património do OIC) ao seu investimento, o capital do OIC é necessariamente mutável em função das decisões dos seus participantes.

Sendo fechado, o investimento é igualmente efetuado através das operações de subscrição em determinados momentos, como sejam a constituição do OIC ou no âmbito de uma operação de aumento de capital, ou de aquisição da participação. No entanto, o desinvestimento ocorre apenas com a alienação da participação, não havendo possibilidade de resgate. Assim, a decisão do participante em investir ou desinvestir no OIC não tem qualquer reflexo no património deste, dado que o último não é contraparte no investimento ou desinvestimento dos participantes. Não existindo possibilidade de resgate, mas tão somente de transferir a titularidade da participação para outra entidade, o capital do OIC permanece inalterado. O que caracteriza, portanto, os OIC fechados é a invariabilidade do seu capital.

2.4. Quanto à política de rendimentos

Em função da política de rendimentos adotada, existem OIC de capitalização e OIC de distribuição.

No primeiro caso, não existe distribuição dos proveitos gerados pela atividade do OIC aos seus participantes. Ocorre, ao invés, a incorporação dos rendimentos do OIC nas participações de cada investidor, na medida e proporção do seu investimento. Desta forma, a

⁸ Cfr. arts. 2.º, n.º 1, a), 205.º e 206.º RGOIC.

⁹ Cfr. art. 10.º RGOIC.

operação por via da qual os participantes tipicamente auferem rendimentos nos OIC de capitalização é o resgate.

Com a adoção de uma política de distribuição por parte do OIC, geralmente procurada por aqueles que pretendam uma remuneração regular¹⁰, o participante tem acesso aos rendimentos periodicamente¹¹, sendo esta periodicidade definida nos documentos constitutivos.

3. Participante

Os participantes são os titulares do património do OIC. Nos OIC societários, o património é representado por ações; já nos FI, é representado por unidades de participação. O RGOIC¹² e o CVM¹³ garantem “um princípio geral de equiparação entre os valores mobiliários dos organismos de investimento coletivo de base contratual (...) e de base societária”¹⁴.

As participações “são valores mobiliários¹⁵ que representam o estatuto jurídico dos participantes” nos OIC, conferindo “uma posição jurídica unitária e global, constituída por um feixe de direitos e deveres”¹⁶.

3.1. As diferentes operações geradoras de rendimentos

São essencialmente quatro as operações que podem estar na origem da obtenção de rendimentos pelo participante: a distribuição, a transação de participações, o resgate e a partilha pós-liquidação.

A distribuição corresponde à operação por via da qual o OIC transfere os lucros realizados em virtude da sua atividade para os seus investidores, na medida da participação destes. Esta operação pressupõe a existência de resultados positivos na esfera da entidade coletiva.

Da transação ou venda das participações podem resultar ganhos ou perdas para o alienante, consoante o valor da venda seja superior ou inferior ao valor de subscrição ou de aquisição. Ao contrário do que sucede nas outras operações em apreço, os rendimentos não são pagos pelo OIC ao participante.

O resgate corresponde a um direito unilateral, derivando o seu exercício da iniciativa do participante com o propósito de fazer cessar a sua participação, ou parte dela, no OIC, de forma a obter liquidez. Ao contrário do que sucede com a transação, o exercício do resgate implica a

¹⁰ Brandão da Veiga, 1999, p. 216, e Almeida, 2008, p. 15.

¹¹ A periodicidade da distribuição é geralmente definida nos documentos constitutivos do OIC.

¹² Cfr. art. 7.º, n.º 3.

¹³ Cfr. art. 2.º, n.º 7.

¹⁴ Antunes, 2017, p. 98.

¹⁵ Cfr. art. 1.º, a) e d) CVM.

¹⁶ Antunes, 2017, p. 98.

cessação do ativo, e não a transferência da sua propriedade para outra entidade. Desta operação podem também resultar ganhos ou perdas, consoante o montante que o participante obtenha seja superior ou inferior, respetivamente, ao montante investido através da subscrição ou de aquisição da participação.

A liquidação corresponde ao “processo pelo qual um determinado património é desfeito na sua unidade”¹⁷, seguindo-se a determinado facto extintivo¹⁸. O produto da liquidação é posteriormente imputado na esfera dos participantes, na proporção do valor das participações detidas¹⁹. À fase de imputação do produto da liquidação no património de cada participante dá-se o nome de partilha. Desta operação pode, também, resultar um ganho ou uma perda²⁰ para o participante, consoante o valor da subscrição ou aquisição da participação seja inferior ou superior ao valor obtido em virtude da liquidação.

4. Princípios e fatores enformadores do regime tributário dos OIC

A participação de um OIC no processo de investimento é idónea a gerar um duplo fluxo do mesmo rendimento: numa primeira fase, o rendimento é obtido pelo *veículo* de investimento; numa segunda fase, pelos participantes. Sendo o OIC sujeito passivo de IRC e os participantes sujeitos passivos de IRS ou de IRC, esta dinâmica de investimento é propícia a desencadear uma situação de dupla tributação económica dos rendimentos: num primeiro momento na esfera do OIC e, num segundo, na esfera do participante²¹.

Porquanto a opção pela dupla tributação dos rendimentos possa constituir uma legítima decisão soberana, numa ótica de dinamização da economia é de todo o interesse a sua eliminação ou, pelo menos, a mitigação dos seus efeitos. Entre nós, no que concerne ao investimento por via de OIC, a opção do legislador passou sempre pela consagração de um único nível de tributação: numa fase embrionária e de reduzida duração, isenção ao nível do OIC²²; no regime seguinte, merecedor de considerável estabilização no nosso ordenamento, isenção ao nível dos participantes²³; no regime que hoje vigora, regresso à *isenção* ao nível do OIC²⁴.

Ligado à necessidade da consagração de um único nível de tributação está o princípio da neutralidade fiscal, que, neste âmbito, foi desde cedo reconhecido pelo legislador como um

¹⁷ Brandão da Veiga, 1999, p. 300.

¹⁸ Quanto aos OIC, as causas de dissolução estão previstas no art. 42.º, n.º 1 RGOIC.

¹⁹ A partilha na liquidação pode ser feita em espécie. No que concerne a OIC imobiliários, adjudicação de imóveis aos participantes constitui facto gerador da obrigação de pagamento de IMT, nos termos do art. 2.º, n.º 5, e) CIMT.

²⁰ Aliás, como refere Brandão da Veiga, 1999, p. 303, nota 473, não raras vezes da liquidação resultará uma perda para o participante, dado que, por força da limitação em termos de prazos, os negócios realizados a montante não são tão frutíferos como seriam se realizados em “condições ideais”.

²¹ Madeira, 2015, p. 16.

²² Regime introduzido pelo DL n.º 215/89, de 1/07.

²³ Regime introduzido pela Lei n.º 4/90, de 17/02.

²⁴ Regime introduzido pelo DL n.º 7/2015, de 13/01.

desiderato a ser alcançado²⁵. A mera opção, por parte do investidor, em recorrer a OIC não constitui motivo suficiente para que os rendimentos por si obtidos sejam sujeitos a um regime fiscal mais gravoso que o previsto para os investidores diretos. Os últimos procuram a rendibilização do seu capital sem interposição de qualquer entidade para investimento, inexistindo, em virtude da natureza do processo, um duplo fluxo de rendimentos.

O único critério válido para aferição das situações merecedoras de tratamento fiscal distinto é o da capacidade contributiva do sujeito passivo, expressão máxima do princípio da igualdade no âmbito do direito tributário²⁶. A capacidade contributiva é apurada posteriormente à obtenção de rendimentos, e não em função dos modelos de organização económica do contribuinte²⁷. Daí que, pelo menos à partida, não existam razões para, na modelação do sistema tributário, favorecer a opção pelo investimento direto ou pelo investimento indireto²⁸. A consagração de um único nível de imposto no âmbito dos rendimentos gerados por OIC é, portanto, também corolário da neutralidade do imposto e da tributação segundo a capacidade contributiva do sujeito passivo.

Por fim, questões de competitividade internacional estão na génese da decisão do sistema fiscal a adotar. Ao invés do que sucede com a maioria das atividades geradoras de rendimentos, nomeadamente rendimentos do trabalho, o local de residência do participante não se apresenta como um fator de peso na sua decisão em investir num OIC *nacional* ou num OIC *estrangeiro*. Elementar para a decisão será, certamente, o tratamento fiscal atribuído aos rendimentos por si obtidos, pois que é, entre outros, um fator que determina a maior ou menor rendibilidade do seu investimento.

²⁵ Vd. o art. 29.º do DL n.º 134/85, de 2/05, o qual regia a constituição dos FIM e das suas Sociedades Gestoras, onde consta que os “participantes não poderão em caso algum ser objecto de um tratamento fiscal menos favorável do que aquele que teriam se fossem investidores directos”.

²⁶ Neste sentido, vd. Casalta Nabais, 1998, pp. 445 e 446, Vasques, 2015, p. 289, e Rosado Pereira, 2020, pp. 17 e ss.

²⁷ Como refere Vasques, 2015, p. 302, a força económica “meramente presumida” não é admissível como critério de tributação à luz dos modernos princípios do direito fiscal.

²⁸ Como refere Adema, 2009, p. 1, “a carga fiscal suportada nos investimentos por via de OICVM ou de outros fundos de investimento coletivo deve ser semelhante à suportada pelo investidor direto”. Tradução nossa.

Capítulo II – Tributação dos rendimentos obtidos por participantes residentes em virtude do investimento em OIC *nacionais*

1. Introdução ao regime

Em 2015 foi introduzido um novo modelo de tributação dos rendimentos gerados por via de participação em OIC *nacionais*. A tributação ocorre, desde então, na esfera dos participantes, com *isenção* ao nível dos OIC, sendo conhecido como um sistema de isenção à *entrada* e tributação à *saída*.

A reformulação do regime de tributação dos OIC teve como móveis primários o aumento da competitividade internacional, no sentido de captar o investimento em OIC *nacionais* por participantes não residentes, bem como o acompanhamento da tendência no sentido de tributação à *saída* adotado pela maioria das legislações fiscais europeias, facilitando a comparação do desempenho entre OIC *nacionais* e *estrangeiros*²⁹.

A alteração ao regime comportou modificações ao nível da modelação legal. Ao invés do que sucedia no anterior modelo de tributação à *entrada*, cujo regime estava totalmente previsto em artigo único, a regulação da tributação à *saída* está prevista em dois artigos, ambos do EBF: o 22.º, que regula a tributação na esfera dos OIC, e o 22.º-A, que se ocupa da tributação na esfera dos participantes.

2. A *isenção* na esfera dos OIC

Os OIC são, formalmente, sujeitos passivos de IRC, independentemente da forma sob a qual sejam constituídos e da natureza dos ativos que compoñham a sua carteira³⁰. No entanto, os rendimentos tipicamente obtidos no âmbito da sua atividade (rendimentos de capitais, mais-valias e rendimentos prediais) são desconsiderados para apuramento do lucro tributável³¹. Daí que a tributação na esfera do OIC seja meramente potencial³², porquanto não se afiguram outros tipos de rendimentos que possam ser auferidos pelo OIC. A *isenção* na esfera dos OIC permite que, à semelhança do que sucedia no modelo de tributação à *entrada* vigente até 2015, seja alcançado um nível único de tributação.

²⁹ Cfr. Preâmbulo do DL n.º 7/2015, de 13/01. Atualmente, 16 dos 27 EM da UE adotam um sistema de tributação à *saída* no que concerne ao regime de tributação dos OIC; os dados foram retirados do “Relatório de avaliação do regime fiscal dos Organismos de Investimento Coletivo”, realizado pelo Estado Português, disponível em <https://www.parlamento.pt>. Também neste sentido, vd. Balula, 2021, p. 14.

³⁰ Cfr. art. 22.º, n.º 1 EBF.

³¹ Cfr. art. 22.º, n.º 3 EBF. Esta *isenção* é apenas aplicável na esfera dos OIC *nacionais*, tornando dúbia a compatibilidade da solução com o DUE. Os OIC *estrangeiros* estão sujeitos a tributação nos termos gerais do CIRC, relativamente a rendimentos com fonte em território português. Pronunciando-se no sentido da incompatibilidade do regime com o DUE, vd. acs. do CAAD de 23-07-2019 (Pr. 90/2019-T), de 27-12-2019 (Pr. 528/2019-T) e de 26-06-2020 (Pr. 548/2019-T). Para desenvolvimentos relativamente aos momentos de exame de compatibilidade de normas tributárias nacionais com o DUE, vd. Nogueira, 2010, pp. 205 e ss.

³² Madeira, 2015, p. 48.

A isenção à *entrada* não é, porém, absoluta. Desde logo, os OIC não estão isentos de tributação quando os rendimentos por si obtidos provenham de entidade com residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável³³. Os OIC estão ainda sujeitos a IS, incidente sobre o seu valor líquido global³⁴. Por fim, são aplicáveis na sua esfera as taxas de tributação autónoma previstas no art. 88.º do CIRC³⁵.

Na essência, trata-se de um modelo de transparência fiscal “parcial”³⁶, o qual se traduz numa sujeição formal ou potencial dos OIC a imposto, ocorrendo a efetiva tributação dos rendimentos na esfera dos participantes.

3. A tributação na esfera dos participantes

Ocorrendo a tributação efetiva na esfera do participante, o tratamento fiscal a conferir aos rendimentos por aquele auferidos está dependente do tipo de operação que esteja na sua origem. Nos termos do n.º 13 do art. 22.º-A, os rendimentos obtidos por via de participação em OIC imobiliários são qualificados como rendimentos de bens imóveis, o que obriga a uma análise segregada entre as hipóteses de participação em OIC mobiliários e imobiliários dentro de cada operação geradora de rendimentos³⁷.

O regime previsto no art. 22.º-A do EBF é especial em relação ao regime geral do CIRS. Nessa medida, as soluções para as questões sobre as quais o art. 22.º-A se ocupa prevalecem sobre as soluções que o CIRS prevê para as mesmas matérias. As respostas para as questões sobre as quais o regime especial não se pronuncia devem ser encontradas no CIRS, aplicável a título subsidiário.

³³ Previstos na Portaria n.º 150/2004, de 13/02.

³⁴ Cfr. Verba 29 da Tabela Geral do IS.

³⁵ Cfr. art. 22.º, n.º 8 EBF. Assume particular relevância a eventual aplicação da taxa prevista no n.º 11 do art. 88.º do CIRC. Uma vez que é pressuposto de aplicação desta norma que o obtentor do rendimento esteja “isento” de tributação, e uma vez que este requisito não se verifica, formalmente, em relação aos OIC, cremos não ser aplicável. Uma interpretação em sentido contrário compromete o propósito de consagração um único nível de tributação, que inere ao regime previsto nos arts. 22.º e 22.º-A do EBF.

³⁶ Neste sentido, vd. Silva, 2015, p. 38.

³⁷ Como refere Almeida, 2017, pp. 49 e 50, a qualificação destes rendimentos como rendimentos de bens imóveis tem essencialmente por fim garantir a competência tributária do Estado português relativamente aos rendimentos obtidos por participantes não residentes em OIC *nacionais*. Enquanto relativamente a rendimentos derivados OIC *nacionais* mobiliários os participantes não residentes se encontram isentos de tributação, já em relação a rendimentos derivados de OIC imobiliários estão sujeitos a tributação, à taxa de imposto fixa de 10%; cfr. art. 22.º-A, n.º 1, c) e d) EBF.

3.1. Rendimentos distribuídos pelo OIC

3.1.1. OIC mobiliário

Os rendimentos distribuídos por OIC mobiliários são qualificados como rendimentos de capitais³⁸. O rendimento tributável corresponderá ao rendimento bruto, na medida em que o CIRS não prevê qualquer dedução objetiva aos rendimentos de categoria E.

Os rendimentos distribuídos por OIC *nacionais* aos seus participantes estão sujeitos a retenção na fonte a título definitivo, à taxa de imposto fixa de 28%, prevista no artigo 71.º do CIRS³⁹. Está em causa a aplicação de taxa liberatória, a qual determina que o participante fique dispensado do cumprimento de obrigações declarativas, não chegando a intervir na relação jurídico-tributária, em virtude da substituição fiscal total que se verifica nesta situação.

O participante pode optar por englobar os rendimentos distribuídos. O exercício deste direito legal de opção comporta relevantes consequências, como a obrigação de englobamento de todos os rendimentos de categoria E⁴⁰ auferidos no mesmo ano fiscal e a sujeição da totalidade dos rendimentos englobados à aplicação de taxas de imposto progressivas, previstas no art. 68.º do CIRS. Exercida esta opção, o imposto previamente retido na fonte assume a natureza de pagamento por conta do imposto devido a final, sendo dedutível à coleta⁴¹.

3.1.2. OIC imobiliário

A qualificação enquanto rendimentos “de bens imóveis”, operada pelo n.º 13 do art. 22.º-A do EBF, não insere, por si, os rendimentos distribuídos por OIC imobiliários em nenhuma categoria de IRS. A AT pronunciou-se no sentido do seu enquadramento na categoria F, de rendimentos prediais⁴².

Quanto ao apuramento da matéria coletável e à taxa de imposto a esta aplicável, é extensível a solução legal prevista para a distribuição por OIC mobiliários: retenção na fonte a título definitivo, por aplicação de taxa liberatória⁴³. A aplicação da taxa liberatória determina uma clara aproximação ao tratamento fiscal concedido pelo CIRS aos rendimentos de capitais, sendo que a qualificação operada pelo EBF enquanto rendimentos de bens imóveis parece não ter qualquer relevância prática, a menos que o sujeito passivo opte pelo englobamento. A aplicação de taxa liberatória a rendimentos de categoria F diverge da solução consagrada no

³⁸ Cfr. art. 5.º, n.º 2, j) CIRS.

³⁹ Cfr. art. 22.º-A, n.º 1, a) (i) EBF.

⁴⁰ Cfr. art. 22.º, n.º 5 CIRS.

⁴¹ Cfr. arts. 71.º, n.º 9 e 78.º, n.º 2 CIRS.

⁴² Cfr. ponto 32, i) da Circular n.º 6/2015, de 17/06.

⁴³ Cfr. art. 22.º-A, n.º 1, a) (i) EBF.

CIRS, este que prevê a aplicação de taxa de imposto fixa especial, e não liberatória, aos rendimentos prediais obtidos por sujeitos passivos residentes em território português⁴⁴.

O participante pode optar pelo englobamento, sendo que o exercício desta opção obriga ao englobamento de todos os rendimentos de categoria F auferidos no mesmo ano, ficando sujeitos à aplicação de taxas de imposto progressivas. Embora a opção pelo englobamento permita o apuramento do rendimento coletável de acordo com as regras do CIRS, as deduções objetivas previstas no art. 41.º deste diploma não são aplicáveis no caso em apreço. Nessa medida, também em caso de opção pelo englobamento, o rendimento coletável corresponderá ao rendimento bruto.

3.2. Rendimentos resultantes da transação de participações

O regime fiscal aplicável aos rendimentos derivados da transação de participações em OIC é o constante do CIRS: seja porque se entenda que esta operação não se insere no âmbito de aplicação do art. 22.º-A do EBF⁴⁵; ou porque, entendendo-se que o regime especial do EBF se aplica, no plano teórico, à transação de participações, o mesmo faz remissão expressa para o CIRS relativamente ao tratamento fiscal a atribuir aos rendimentos resultantes desta operação⁴⁶.

3.2.1. OIC mobiliário

Os rendimentos derivados da transação de participações em OIC mobiliários correspondem a mais-valias mobiliárias, sendo cada mais-valia individualmente considerada determinada pela diferença entre o valor de aquisição ou subscrição da participação e o valor de realização⁴⁷. O valor de aquisição será corrigido pelos coeficientes de correção monetária sempre que entre a aquisição ou subscrição da participação e a alienação da mesma medeie um período temporal superior a 24 meses⁴⁸. O valor de aquisição será ainda incrementado pelas despesas praticadas pelo alienante, inerentes à aquisição e alienação da participação⁴⁹.

O rendimento tributável corresponderá ao saldo positivo entre mais-valias e menos-valias mobiliárias apurado no ano fiscal, ao qual será aplicada taxa de imposto especial fixa de

⁴⁴ Cfr. art. 72.º, n.º 1, e) CIRS.

⁴⁵ Vd., neste sentido, Bandeira, 2019, pp. 75-77. O Autor entende que, uma vez que epígrafe do referido artigo limita o seu âmbito aos rendimentos “pagos por” OIC, o regime não será aplicável a operações de transação, caso em que o rendimento é pago pelo adquirente.

⁴⁶ Cfr. art. 22.º-A, n.º 1, e).

⁴⁷ Cfr. art. 10.º, n.º 1, b) e n.º 4, a) CIRS.

⁴⁸ Cfr. art. 50.º, n.º 1 CIRS. Esta norma restringe o seu âmbito de aplicação à transação de “partes sociais”, o que, por via de interpretação literal, nos levaria a concluir que apenas no caso de transação de participações em OIC societários haveria lugar à aplicação de correção monetária. Contudo, com Almeida, 2017, pp. 47-48, cremos que a correção monetária é igualmente aplicável no caso de venda de participações em OIC contratuais.

⁴⁹ Cfr. art. 51.º, n.º 1, b) CIRS.

28%, que não opera por via de substituição fiscal nem dispensa o sujeito passivo de obrigações declarativas.

O participante poderá optar pelo englobamento do saldo anual positivo ou negativo entre mais-valias e menos-valias mobiliárias. Sendo o saldo positivo, o mesmo ficará sujeito à aplicação de taxas de imposto progressivas, em conjunto com os restantes rendimentos englobados; sendo negativo, o mesmo relevará por via de reporte, sendo dedutível ao eventual saldo positivo de mais-valias que se verifique nos cinco anos posteriores⁵⁰.

3.2.2. OIC imobiliário

A qualificação operada pelo n.º 13 do art. 22.º-A determina a qualificação dos rendimentos derivados da alienação em OIC imobiliários como mais-valias imobiliárias⁵¹.

O apuramento do rendimento sujeito a imposto, corresponde, neste âmbito, a uma tarefa *sui generis*: são aplicáveis todas as normas previstas no CIRS relativas à tributação da alienação de bens imobiliários, desde que compatíveis com a natureza mobiliária de uma participação em OIC⁵².

Nessa medida, no que concerne ao apuramento do valor de aquisição, o mesmo deve ser efetuado de acordo com as normas do CIRS aplicáveis a mais-valias mobiliárias⁵³. As normas do CIRS que regulam o apuramento do valor de aquisição em caso de alienação de ativos imobiliários têm por base vicissitudes estritamente relacionadas com um bem imóvel⁵⁴. Ora, o participante não obtém rendimento em virtude da alienação de um direito real sobre um bem imóvel, mas como resultado da venda de um bem mobiliário, não se afigurando compatível com a natureza da participação em OIC a aplicação de normas que se ocupam da alienação de bens imóveis⁵⁵.

Por sua vez, dada a compatibilidade com operações de alienação de bens mobiliários, parecem-nos aplicáveis a consideração em apenas 50% do saldo positivo ou negativo entre mais-valias e menos-valias⁵⁶, bem como o englobamento obrigatório do rendimento, soluções previstas no CIRS somente para mais-valias imobiliárias.

⁵⁰ Cfr. art. 55.º, n.º 1, d) CIRS; com a eliminação da referência a “rendimentos com a mesma natureza” na reforma de 2015, as mais-valias e menos-valias mobiliárias e imobiliárias são atualmente comunicáveis para efeitos de reporte.

⁵¹ Cfr. ponto 32, i) da Circular n.º 6/2015, de 17/06.

⁵² Neste sentido, vd. Almeida, 2017, pp. 54 e 55.

⁵³ Em concreto, serão aplicáveis os arts. 48.º e 51.º, n.º 1, b) CIRS.

⁵⁴ Cfr. arts. 46.º e 51.º, n.º 1, a) CIRS.

⁵⁵ Neste sentido, vd. Almeida, 2017, p. 55.

⁵⁶ Neste sentido, embora com referência às mais-valias da liquidação e do resgate, vd. ac. do CAAD de 29-01-2019 (Pr. nº 253/2018-T).

3.3. Rendimentos resultantes do resgate

O CIRS, até à sua reforma de 2015⁵⁷, não fazia uma referência específica quanto à qualificação dos rendimentos derivados do resgate de participações em OIC. A norma de incidência de rendimentos de capitais incluía em tal categoria os “rendimentos das unidades de participação em fundos de investimento”⁵⁸. A abertura desta disposição, a qual não especificava quais os rendimentos derivados de investimento em OIC que deveriam ser considerados rendimentos de capitais, tornou admissível a interpretação segundo a qual os rendimentos derivados do resgate de participações em OIC deveriam ser inseridos na categoria E. Perante este contexto, a AT entendia que os rendimentos resultantes do resgate deviam ser qualificados como rendimentos de capitais⁵⁹.

Como já fizemos referência, o rendimento derivado do resgate de participações é apurado pela diferença entre o valor de subscrição e o valor pelo qual é exercido o resgate, significando que dessa operação podem resultar perdas para o participante. A qualificação dos rendimentos de resgate como rendimentos de capitais implicaria a desconsideração de tais perdas, seja quanto ao apuramento de um eventual saldo anual, seja quanto à possibilidade de reporte.

A montante da inserção do rendimento em determinada categoria, é essencial atender à natureza da operação em causa. O elo entre o participante e o OIC é garantido pela participação que aquele detém neste; ou seja, a fonte do rendimento do participante é a participação detida no OIC. Uma operação de resgate é uma das formas de desinvestimento que implica a perda da participação⁶⁰ e, conseqüentemente, a quebra da ligação entre o participante e o OIC. Constituindo o resgate a destruição da fonte do rendimento, e não o mero recolher dos seus frutos, assemelha-se, economicamente, a uma operação geradora de mais-valias⁶¹, que tem por matriz a alienação de determinado ativo⁶².

Característico das mais-valias é, ainda, o facto de não corresponderem a “uma remuneração tendencialmente regular, periódica ou reiterada”⁶³. Esta particularidade também não se verifica nos rendimentos do resgate, que constitui uma operação isolada no decorrer da relação entre o participante e o OIC⁶⁴.

⁵⁷ Reforma operada pela Lei n.º 82-E/2014, de 31/12.

⁵⁸ Cfr. art. 5.º, n.º 2, j) CIRS, na versão vigente até à reforma de 2015.

⁵⁹ Cfr. Bandeira, 2019, p. 68; vd., também no sentido da qualificação dos rendimentos derivados do resgate como rendimentos de capitais, até à reforma do CIRS, a decisão do CAAD de 29-01-2019 (Pr. n.º 253/2018-T).

⁶⁰ Cfr. art. 9.º, n.º 2 RGOIC.

⁶¹ No sentido de, havendo destruição da fonte, o rendimento dever ser qualificado como mais-valia, vd. Morais, 2016, p. 96, e Rosado Pereira, 2019, pp. 129 e 130.

⁶² Saldanha Sanches, 1992, p. 46.

⁶³ Lobo Xavier, Braga & Mendes da Silva, 2014, p. 58.

⁶⁴ O resgate pode ser parcial, subsistindo a participação no OIC; cfr. art. 8.º, n.º 2 RGOIC.

Terá sido também esta a visão do legislador aquando da reforma do CIRS, o qual desde então dispõe, expressamente, que o rendimento derivado do resgate de participações em OIC deve ser considerado rendimento de categoria G, concretamente mais-valia⁶⁵.

3.3.1. OIC mobiliário

Na ausência de disposição em sentido contrário no regime especial do EBF, os rendimentos resultantes do resgate em OIC *nacionais* correspondem a mais-valias, como definido pelo CIRS. O EBF estabelece, no entanto, regras específicas quanto ao modo de tributação destes rendimentos: “retenção na fonte a título definitivo à taxa prevista no n.º 1 do artigo 72.º do CIRS”⁶⁶. Apesar de não haver uma referência expressa, este regime determina que às mais-valias decorrentes do resgate seja aplicada uma taxa de imposto equivalente à taxa liberatória consagrada no art. 71.º do CIRS, que opera através de substituição fiscal total.

A análise às normas do CIRS, em especial às que se ocupam do apuramento do rendimento tributável e às taxas de imposto aplicáveis, permite-nos concluir que a taxa liberatória está essencialmente concebida para rendimentos de categoria E. A aplicação de taxa liberatória a rendimentos de capitais encontra fundamento na ausência de previsão, nas normas que regulam a determinação do rendimento tributável desta categoria, de deduções objetivas ao rendimento bruto. Não havendo deduções reconhecidas pela lei, faz sentido que, por razões de comodidade e simplificação⁶⁷, apenas as entidades que sejam a fonte do rendimento entrem na relação jurídica tributária.

Estas virtudes não são extensíveis à aplicação do mecanismo de retenção na fonte a título definitivo a mais-valias. Das operações geradoras de rendimentos que qualifiquem como mais-valias podem resultar ganhos ou perdas para o sujeito passivo. Por esse motivo, a tributação deve incidir sobre o saldo positivo entre mais-valias e menos-valias. A tributação sobre o saldo é um evidente corolário da tributação segundo a capacidade contributiva do sujeito passivo, já que só a consideração das perdas por este suportadas permite o concreto apuramento do aumento da sua capacidade económica.

A aplicação do mecanismo de substituição fiscal, ao exonerar o sujeito passivo de obrigações declarativas, impede o apuramento de um saldo positivo ou negativo entre mais-valias e menos-valias, bem como de deduções objetivas ao rendimento bruto. O esguardo que o legislador do EBF teve em relação à qualificação operada com a reforma do CIRS resultou inócuo, porquanto foi ignorada a relação de interdependência entre a fase analítica e a forma de tributação dos rendimentos resultantes do resgate. Há um aparente “mau perder do

⁶⁵ Cfr. art. 10.º, n.º 1, b), 5) CIRS; para Bandeira, 2019, pp. 84-85, não está em causa uma alteração na qualificação do rendimento, mas uma mera “explicitação”, dado que, no entender do Autor, das “soluções legais anteriores” já se podia inferir “a qualificação dos ganhos do resgate como mais-valias”.

⁶⁶ Cfr. art. 22.º-A, n.º 1, b).

⁶⁷ Neste sentido, Vasques, 2015, p. 384.

legislador fiscal dos OIC”⁶⁸, que, através da autonomização de regras relativas ao apuramento do rendimento tributável, emulou os rendimentos derivados do resgate em rendimentos de capitais. Em suma, e como é típico de tributação que assente no mecanismo de substituição fiscal total, a tributação há de incidir sobre o rendimento bruto – que, no caso do resgate de participações, corresponde à diferença positiva entre o valor de realização e o valor de aquisição de cada operação de resgate individualmente considerada⁶⁹.

A questão elementar, no que a rendimentos do resgate concerne, consiste em saber qual o tratamento a conferir às perdas aliadas ao exercício da mencionada operação. Uma vez que a tributação incide sobre cada resgate, individual e autonomamente considerado, havendo perdas e ganhos derivados de vários resgates no mesmo ano fiscal, haverá desconsideração das primeiras e tributação efetiva sobre os segundos.

Numa ótica de respeito pelo princípio da capacidade contributiva, parece-nos essencial a revisão e alteração das normas vigentes. Efetivamente, não é comportável a existência de um regime, dentro do nosso ordenamento, que impeça que o contribuinte aceda às regras que permitem a tributação sobre um saldo positivo e que seja, pelo contrário, idóneo a sujeitar o contribuinte a tributação efetiva num ano em que o saldo entre mais-valias e menos-valias do resgate seja negativo⁷⁰.

A aplicação de retenção na fonte a título definitivo contrasta com a solução prevista no CIRS para a tributação de mais-valias mobiliárias. Como vimos a propósito da transação de participações, o regime geral sujeita o rendimento tributável à aplicação de taxa de imposto especial que, não alheando o participante da relação jurídica tributária, permite o apuramento de um saldo positivo ou negativo entre mais-valias e menos-valias.

O sujeito passivo pode optar pelo englobamento⁷¹, constituindo o exercício desta opção uma via de acesso às regras do CIRS. O exercício desta opção poderá, contudo, ser desvantajosa quando o saldo global entre mais-valias e menos-valias mobiliárias for positivo. A opção pelo englobamento obriga o seu exercício em relação a todos os rendimentos de Categoria G obtidos no ano fiscal⁷², sujeitando-os à aplicação de taxas de imposto progressivas⁷³, que podem ascender a 48%, e, potencialmente, à taxa adicional de solidariedade⁷⁴. Esta opção constituirá uma evidente vantagem quando o saldo global anual entre mais-valias e menos-valias for negativo, pois que além de não aumentar a matéria

⁶⁸ Bandeira, 2019, p. 84.

⁶⁹ Cfr. ponto 28 da Circular n.º 6/2015, de 17/06.

⁷⁰ Vd., a este propósito, Faustino, 2020, pp. 305-306. O Autor, ainda que visando outra realidade (a da qualificação dos rendimentos obtidos pelo reembolso de obrigações), refere que a existência de uma categoria que desconsidere a existência de *rendimentos negativos* é, além de “desproporcionada e inaceitável”, inconstitucional, por violação dos princípios constitucionais da justiça e da proporcionalidade.

⁷¹ Cfr. art. 22.º-A, n.º 2 EBF.

⁷² Cfr. art. 22.º, n.º 5 CIRS.

⁷³ Previstas no art. 68.º CIRS.

⁷⁴ Cfr. art. 68.º-A CIRS.

coletável – e, dessa forma, a taxa de imposto aplicável –, permite que o saldo negativo seja tido em consideração nos cinco anos seguintes, por via de reporte⁷⁵.

Desta forma, o regime previsto no EBF resulta complexo no caso de serem exercidos resgates dos quais resultem perdas, constituindo na esfera do sujeito passivo um acrescido “ônus de gestão fiscal”⁷⁶.

3.3.2. OIC imobiliário

Os rendimentos derivados do resgate em OIC imobiliários são qualificados como mais-valias imobiliárias. No entanto, o tratamento fiscal atribuído pelo EBF a estes rendimentos é similar ao conferido aos rendimentos do resgate em OIC mobiliários, sendo aplicável de taxa de imposto fixa de 28%, por retenção na fonte a título definitivo, a cada mais-valia individualmente considerada. Nessa medida, são integralmente devidas as críticas apontadas no estudo do tratamento fiscal concedido aos rendimentos do resgate de participações em OIC mobiliários, relacionadas com a desconsideração das perdas realizadas e com a falta de coadunação das soluções vigentes com o princípio da capacidade contributiva.

A menos que o participante exerça a opção pelo englobamento, a distinção na qualificação dos rendimentos em função da natureza dos ativos componentes da carteira do OIC não se afigura relevante, já que em ambos os casos é aplicada retenção na fonte a título definitivo. Esta solução contrasta com as previstas no CIRS para o mesmo tipo de rendimento, que sujeita o saldo positivo entre mais-valias e menos-valias imobiliárias a englobamento obrigatório.

O exercício da opção pelo englobamento permite o acesso às regras do CIRS, ficando o rendimento sujeito à aplicação de taxas de imposto progressivas. Na medida em que o ativo em causa não deixa de corresponder a um valor mobiliário, são ao caso do resgate extensíveis as considerações tecidas a propósito do apuramento da matéria coletável no âmbito da transação de participações em OIC imobiliários, nomeadamente a consideração em apenas 50% do saldo positivo ou negativo⁷⁷. Sendo o saldo negativo, o mesmo poderá relevar por via de reporte, durante os cinco anos seguintes⁷⁸.

3.4. Rendimentos resultantes da liquidação do OIC

A liquidação do OIC é, tal como a transação e o resgate de participações, um facto que quebra a ligação entre o participante e o OIC, determinando a extinção da fonte geradora de rendimentos⁷⁹. Não consubstancia um rendimento periódico ou regular, mas um rendimento

⁷⁵ Cfr. art. 55.º, n.º 1, d) CIRS.

⁷⁶ Bandeira, 2019, pp. 87-88.

⁷⁷ Vd. ac. do CAAD de 29-01-2019 (Pr. nº 253/2018-T).

⁷⁸ Cfr. art. 55.º, n.º 1, c) CIRS.

⁷⁹ Cfr. art. 9.º, n.º 2 RGOIC.

isolado, que só ocorre uma vez: no momento da extinção do OIC. Desta operação podem igualmente resultar perdas para o investidor: bastará, para tal, que o valor de subscrição ou de aquisição da participação seja superior ao valor recebido em virtude da partilha. Tendo em conta as características deste rendimento, apenas a sua inserção na categoria G de IRS, enquanto mais-valia, se afigura plausível.

Após a reforma de 2015, o CIRS passou a qualificar expressamente os rendimentos resultantes da liquidação do OIC como mais-valias⁸⁰.

3.4.1. OIC mobiliário

O regime especial do EBF não contraria a qualificação operada pelo CIRS, e não estabelece um regime específico para determinação do rendimento líquido, ou sequer uma específica forma de tributação do mesmo. É esta a única interpretação da lei que se nos afigura aceitável: em nenhuma das alíneas do n.º 1, o art. 22.º-A do EBF se refere, especificamente, aos rendimentos obtidos pelos participantes singulares residentes em virtude da liquidação do OIC. Nessa medida, cremos que esta operação se insere no escopo da alínea e), que remete para o regime do CIRS a tributação dos “outros rendimentos” que não sejam referidos nas alíneas anteriores.

Porém, como veremos *infra*, a solução legal resulta inaplicável, por força das soluções contidas no modelo declarativo de IRS.

O englobamento é uma opção para o sujeito passivo, uma vez que as mais-valias mobiliárias se encontram, por regra, sujeitas à aplicação de taxa fixa especial de 28%⁸¹. O exercício da opção pelo englobamento tem as consequências já mencionadas: necessidade de englobamento de todas as mais-valias realizadas no ano fiscal⁸² e sujeição da matéria coletável à aplicação de taxas de imposto progressivas.

3.4.2. OIC imobiliário

O disposto no n.º 13 do art. 22.º-A do EBF determina que os rendimentos resultantes da liquidação do OIC imobiliário sejam qualificados como mais-valias imobiliárias.

A nosso ver, esta qualificação, associada à remissão expressa para as normas do CIRS quanto à tributação dos rendimentos, tem as consequências já estudadas no âmbito da transação de participações em OIC imobiliários: consideração em apenas 50% do saldo anual positivo ou negativo⁸³, bem como o seu englobamento obrigatório.

⁸⁰ Cfr. art. 10.º, n.º 1, b), 5) CIRS.

⁸¹ Cfr. art. 72.º, n.º 13 CIRS.

⁸² Cfr. art. 22.º, n.º 5 CIRS.

⁸³ Vd. ac. do CAAD de 29-01-2019 (Pr. n.º 253/2018-T).

Contudo, também no âmbito dos OIC imobiliários, a solução legal resulta inaplicável, em virtude das soluções contidas no modelo declarativo, que analisaremos no ponto seguinte.

3.4.3. A prática regulamentar e administrativa

Como referimos, o texto da lei parece não oferecer ambiguidades. O legislador do EBF definiu, explicitamente, que todos os rendimentos pagos por OIC *nacionais* a participantes residentes em território português que não correspondam a distribuição ou resgate não obedecem ao regime especial previsto no art. 22.º-A, mas ao regime geral do CIRS.

É, outrossim, no plano administrativo e regulamentar que os problemas se centram. O modelo declarativo em vigor, no que a rendimentos derivados da liquidação⁸⁴ concerne, permite a declaração desses rendimentos apenas quando o sujeito passivo vise exercer a opção pelo englobamento⁸⁵, pressupondo a existência prévia de retenção na fonte a título definitivo. A solução que consta do modelo declarativo está em evidente contradição com a que consideramos ser a solução legal, segundo a qual o sujeito passivo se encontra adstrito à obrigação declarativa mesmo quando não tencione optar pelo englobamento⁸⁶.

Reiteramos que, no nosso entender, não devem ser confundidos os rendimentos derivados do resgate e da liquidação para aferição do tratamento fiscal a ser concedido. Desta interpretação parece afastar-se a AT, que defende que o resgate e a liquidação são operações equivalentes e que devem, por esse motivo, ser subordinadas ao mesmo regime fiscal⁸⁷. Corrobora este entendimento a inclusão das operações de resgate e liquidação no mesmo quadro do modelo declarativo.

Certo é que a margem para o exercício da tarefa hermenêutica é, também quanto às normas fiscais, concedida e balizada pelo texto da lei⁸⁸, que se nos apresenta como primeiro elemento de interpretação. E, quanto a nós, a letra é clara: quanto a participantes singulares residentes, os rendimentos derivados da distribuição resgate estão sujeitos à aplicação de taxa liberatória; já os restantes rendimentos pagos por OIC aos participantes – onde se insere, necessariamente, a liquidação – obedecem às disposições do regime geral.

Sendo a letra inequívoca, não “persistindo a dúvida”⁸⁹, não é necessário atender à substância económica das operações do resgate e da liquidação, equiparando-as ou diferenciando-as: estão em causa conceitos jurídicos, com razões de ser e forma de execução distintas. E foram autonomamente considerados pelo legislador do EBF⁹⁰, que optou pela

⁸⁴ Constante do quadro 11-B do Anexo G à Declaração Modelo 3 de IRS, aprovado pela Portaria n.º 8/2021, de 7/01.

⁸⁵ A AT pronunciou-se, expressamente, neste sentido; cfr. pontos 10.1. e 10.2. do Ofício Circulado n.º 20190, de 25-05-2016.

⁸⁶ Cfr. leitura conjunta dos arts. 57.º e 72.º do CIRS, para os quais o regime especial do EBF remete.

⁸⁷ Embora a AT não tenha exteriorizado o entendimento em nenhum documento público, o ponto de vista foi manifestado em sede de resposta no ac. do CAAD de 29-01-2019 (Pr. n.º 253/2018-T).

⁸⁸ Cfr. art. 9.º, n.º 2 CC, *ex vi* art. 11.º, n.º 1 LGT.

⁸⁹ Cfr. art. 11.º, n.º 3 LGT.

⁹⁰ Vd. alínea d) do n.º 1 do art. 22.º-A, na qual é feita referência expressa à liquidação.

segregação para efeitos da sua tributação. Nessa medida, cremos que não se coaduna com a letra da lei uma interpretação da qual resulte a equiparação dos rendimentos do resgate aos rendimentos da liquidação para efeitos tributários.

São evidentes as consequências da solução contida no modelo declarativo: caso queira aproveitar as deduções objetivas que o CIRS prevê para as mais-valias mobiliárias, o sujeito passivo terá de englobar os rendimentos; caso não opte pelo englobamento, fica sujeito à aplicação de retenção na fonte a título definitivo, a aplicar sobre cada mais-valia individualmente aferida, com total desconsideração das menos-valias.

Desta forma, a solução do EBF resulta inaplicável, em virtude da sua desconsideração por via do modelo declarativo de rendimentos, com o qual o contribuinte tem *de facto* contacto direto.

Capítulo III – Tributação dos rendimentos obtidos por participantes residentes em virtude do investimento em OIC *estrangeiros*

1. O regime tributário nacional

Na medida em que a legislação fiscal portuguesa consagra um princípio de tributação de base mundial em relação aos sujeitos passivos residentes em território nacional, o Estado português terá a pretensão de tributar os rendimentos por aqueles obtidos em virtude da participação em OIC *estrangeiros*⁹¹.

A tributação dos rendimentos obtidos pelos participantes em OIC *estrangeiros* é feita de acordo com o regime geral previsto no CIRS, porquanto o regime do EBF apenas se aplica ao investimento em OIC *nacionais* e não existe qualquer regime especial consagrado para OIC *estrangeiros*.

O CIRS não contém nenhuma norma que se assemelhe à prevista no art. 22.º-A, n.º 13 do EBF. Uma vez que a participação em OIC corresponde a um valor mobiliário, todos os rendimentos relacionados com essa participação devem ser considerados rendimentos de bens mobiliários, mesmo nos casos em que a carteira do OIC *estrangeiro* no qual o participante invista seja composta por ativos imobiliários. Assim, não é necessário proceder a uma análise segregada entre OIC *estrangeiros* mobiliários e imobiliários.

1.1. Rendimentos distribuídos pelo OIC

Os rendimentos distribuídos por OIC *estrangeiros* são alvo de um tratamento fiscal idêntico aos rendimentos distribuídos por OIC *nacionais*. São qualificados como rendimentos de capitais, estando a matéria coletável sujeita à aplicação de taxa de imposto fixa e liberatória de 28%, que opera através do mecanismo de retenção na fonte a título definitivo⁹². A matéria coletável corresponde ao rendimento bruto, na medida em que o CIRS não consagra nenhuma dedução objetiva, aplicável ao caso em estudo, relativamente a rendimentos de categoria E.

O sujeito passivo pode optar pelo englobamento⁹³. Exercendo tal opção, terá de englobar todos os rendimentos de categoria E obtidos no mesmo ano fiscal, e sujeitar a totalidade dos rendimentos englobados, obrigatoriamente e por opção, à aplicação de taxas de imposto progressivas.

Assim, no que concerne a rendimentos distribuídos, a legislação fiscal portuguesa parece não privilegiar o investimento em OIC *nacionais* ou em OIC *estrangeiro*, colocando as duas hipóteses em plano de igualdade.

⁹¹ Cfr. art. 15.º, n.º 1 CIRS.

⁹² Cfr. art. 71.º, n.º 1, b) CIRS.

⁹³ Cfr. art. 71.º, n.º 8 CIRS.

1.2. Rendimentos resultantes da transação, do resgate e da liquidação do OIC

Os rendimentos derivados da transação, do resgate e da liquidação estão sujeitos ao mesmo tratamento fiscal, sempre que o investimento seja feito em OIC *estrangeiro*.

Os rendimentos são qualificados como mais-valias mobiliárias⁹⁴. Cada mais-valia, individualmente considerada, corresponde à diferença positiva entre o valor de realização e o valor de aquisição. Caso o valor de aquisição seja superior ao valor de realização, o sujeito passivo terá uma menos-valia.

O valor de aquisição corresponderá ao valor pelo qual a participação foi adquirida ou subscrita pelo sujeito passivo. No valor de aquisição devem ser imputados os gastos inerentes à aquisição ou subscrição das participações, bem como à alienação da mesma. Acresce que o mesmo deve ser retificado pela aplicação dos coeficientes de correção monetária⁹⁵.

O valor de realização corresponderá ao valor pelo qual o sujeito passivo vendeu ou resgatou a participação, ou ao valor obtido pela partilha pós-liquidação.

A matéria coletável corresponde ao saldo anual positivo entre mais-valias e menos-valias. Este saldo é tributado por aplicação de taxa de imposto fixa especial, que, como vimos, não dispensa o sujeito passivo de obrigações de índole declarativa.

Essencialmente, a vantagem do regime do CIRS em relação ao regime do EBF reside nos rendimentos derivados do resgate e da liquidação, e deve-se ao facto de o rendimento tributável corresponder a um saldo positivo, e não à soma de todas as mais-valias individualmente consideradas, com desconsideração das menos-valias. Além de as menos-valias diminuírem o valor positivo do saldo, havendo um saldo global negativo, o sujeito passivo não será tributado em relação a tais rendimentos, ao contrário do que pode ocorrer no caso de investimento em OIC *nacionais*.

Para que seja aplicável este tratamento fiscal aos rendimentos obtidos pelo participante, este não necessita de exercer a opção pelo englobamento. Em virtude de não ser aplicável o mecanismo de substituição fiscal às mais-valias obtidas em território estrangeiro, o sujeito passivo será tributado por aplicação de taxa fixa de 28% ao saldo global positivo entre mais-valias e menos-valias do ano fiscal, num regime que se afigura manifestamente benéfico em relação ao regime do EBF, e que não coloca sobre o sujeito passivo o mencionado ónus de gestão fiscal.

Acresce que, ao contrário do que sucede em OIC *nacionais*, o modelo declarativo aplicável a rendimentos de fonte estrangeira obtidos por pessoas singulares residentes está em perfeita consonância com as disposições legais, não pressupondo a existência de uma retenção

⁹⁴ Cfr. art. 10.º, n.º 1, b) CIRS.

⁹⁵ A este propósito, vd. nota 48.

na fonte relativamente aos rendimentos do resgate e da liquidação, o que permite a declaração de um rendimento líquido sem necessidade do exercício da opção pelo englobamento⁹⁶.

O sujeito passivo pode, ainda assim, optar pelo englobamento⁹⁷. Caso exerça tal direito, terá de fazê-lo em relação a todas as mais-valias mobiliárias⁹⁸ auferidas no mesmo ano fiscal. Sendo o saldo apurado entre mais-valias e menos-valias positivo, o mesmo fica sujeito à aplicação de taxas progressivas⁹⁹; caso o saldo seja negativo, o mesmo poderá relevar por via do reporte, a realizar nos cinco anos seguintes¹⁰⁰. A opção pelo englobamento constituirá, naturalmente, uma vantagem nas situações em que o saldo anual seja negativo.

2. Repartição internacional da competência tributária

Se o sujeito passivo residente em território português optar por participar num OIC *estrangeiro*, diferentes cenários podem surgir no que concerne à repartição internacional da competência tributária.

Caso o Estado da fonte opte por não tributar os rendimentos obtidos pelo participante, Portugal será exclusivamente competente para tributar aqueles rendimentos.

Já se o Estado da fonte sujeitar o participante a tributação pelos rendimentos auferidos, levantar-se-á uma situação de dupla tributação jurídica internacional¹⁰¹. Perante tal fenómeno, torna-se necessário recorrer à CDT celebrada entre o Estado português e o Estado da fonte, de forma a apurar o Estado que será competente (e em que medida) para tributar os rendimentos auferidos pelo participante. A resposta a tal quesito depende, essencialmente, da qualificação dos rendimentos derivados da distribuição, da transação, do resgate e da liquidação no âmbito das CDT.

Como nota prévia, esclareçamos que o participante pessoa singular, residente fiscal em território português, estando sujeito a tributação sobre o rendimento obtido em qualquer parte do mundo, deve ser considerado pessoa residente para efeitos das CDT, podendo aceder aos benefícios resultantes das mesmas¹⁰².

⁹⁶ Vd. Campo 9 do Anexo J ao Modelo 3 da Declaração de IRS.

⁹⁷ Cfr. art. 72.º, n.º 13 CIRS.

⁹⁸ Cfr. art. 22.º, n.º 5 CIRS.

⁹⁹ Previstas no art. 68.º CIRS.

¹⁰⁰ Cfr. art. 55.º, n.º 1, d) CIRS.

¹⁰¹ Assim acontece porque, como refere Xavier, 2014, pp. 31 e ss., há um concurso de normas, na medida em que o mesmo facto (havendo, quanto a este, identidade do objeto, do sujeito, do período tributário e do imposto) “se integra na hipótese de incidência de duas normas tributárias materiais distintas”, pertencentes a ordenamentos jurídicos distintos.

¹⁰² Cfr. arts. 3.º, n.º 1, a) e 4.º, n.º 1 CMOCDE.

2.1. Rendimentos distribuídos pelo OIC

2.1.1. Qualificação como dividendos

O art. 10.º da CMOCDE regula a repartição da competência tributária no âmbito dos “dividendos”. A aplicação desta norma está dependente da verificação dos requisitos previstos nos n.ºs 1 e 3 daquela disposição: a existência de uma operação de pagamento de dividendos, levada a cabo por uma sociedade residente no Estado da fonte dos rendimentos obtidos pelo participante.

a. Do OIC enquanto “sociedade residente”

O termo “sociedade”, para efeitos das CDT, abrange as pessoas coletivas e as entidades àquelas equiparadas pela legislação fiscal do seu Estado de residência¹⁰³.

No que concerne aos OIC societários, é pacífica a sua inclusão no conceito de sociedade, enquanto pessoa coletiva. As dúvidas surgem em relação aos OIC contratuais. A OCDE faz depender, ainda que pela negativa, a qualificação do ente coletivo como “pessoa” do tratamento fiscal a que está sujeito nos termos da legislação interna do seu Estado de residência¹⁰⁴. Nessa medida, o OIC contratual deve ser qualificado como “sociedade” no âmbito das CDT, desde que a legislação interna do seu Estado de residência reconheça personalidade tributária a essa entidade.

Assim, para que se subsuma ao conceito de sociedade, na vertente de “entidade equiparada a pessoa coletiva”, não será decisiva a forma legal – societária ou contratual – sob a qual o OIC tenha sido constituído¹⁰⁵, já que a CMOCDE alarga expressamente o conceito de sociedade a entidades desprovidas de personalidade jurídica¹⁰⁶.

Essencial é que a legislação interna do Estado onde o OIC esteja estabelecido trate esta entidade como sujeito passivo, equiparável a entidade corporativa, distinto dos seus participantes¹⁰⁷.

Por sua vez, apenas será “residente” a entidade que, no Estado onde esteja estabelecida, esteja sujeita a tributação em função da sua residência, domicílio ou outro critério semelhante¹⁰⁸. Para preenchimento deste requisito, é essencialmente necessário que, em função da ligação assente num dos mencionados critérios, a entidade esteja sujeita a tributação

¹⁰³ Cfr. art. 3.º, n.º 1, b) CMOCDE.

¹⁰⁴ Vd. para. 25 do relatório “The granting of treaty benefits with respect to the income of Collective Investment Vehicles”, realizado pela OCDE.

¹⁰⁵ Em sentido aparentemente contrário, qualificando os OIC contratuais como “agrupamento de pessoas”, vd. Pallesi, 2007, p. 149.

¹⁰⁶ Vd., neste sentido, Tenore, 2010, p. 224.

¹⁰⁷ Vd., neste sentido, Vogel, 1986, p. 48, Tenore, 2010, p. 224, e Helminen, 2010, p. 81.

¹⁰⁸ Cfr. art. 4.º, n.º 1 CMOCDE.

de base mundial, e não apenas relativamente aos rendimentos auferidos no seu Estado de residência.

Caso o OIC seja tratado como uma entidade totalmente transparente nos termos da legislação interna do seu Estado de residência, a OCDE pronuncia-se no sentido da sua não consideração como residente para efeitos da CDT¹⁰⁹.

O Estado de residência do OIC pode, no entanto, sujeitar esta entidade, formalmente, a imposto sobre o rendimento, mas limitar a tributação em função de determinados critérios, podendo resultar dessa limitação de tributação, na prática, uma isenção total¹¹⁰. Sendo adotado um modelo deste tipo, tudo dependerá da interpretação que os EC fizerem do conceito de residente, sendo que há um atual consenso no sentido da inclusão dos OIC fiscalmente opacos no conceito de “residente”¹¹¹.

Assim, sempre que os OIC que sejam sujeitos passivos, autónomos em relação aos seus participantes, e estejam, ainda que apenas formalmente, sujeitos a tributação de base mundial nos termos da legislação fiscal interna do seu Estado de residência, devem ser considerados “sociedades residentes”, para efeitos de aplicação do art. 10.º.

b. Das participações em OIC enquanto direitos geradores de dividendos

A CMOCDE apresenta um conceito autónomo de dividendos, no n.º 3 do art. 10.º. Esta disposição desdobra o conceito em três categorias¹¹². Na primeira categoria inserem-se os rendimentos associados aos direitos e valores mobiliários elencados nessa disposição. A segunda categoria é composta pela cláusula geral de rendimentos associados a “outros direitos” que permitam a participação nos lucros da “sociedade”, mas que não correspondam aos elencados na primeira categoria. Por fim, caso o ativo ou direito não se insira em nenhuma das duas anteriores categorias, o rendimento deve ser qualificado como dividendo na medida em que o Estado da fonte enquanto tal o trate para efeitos fiscais, constituindo esta remissão para a legislação interna do Estado da fonte a terceira categoria.

O primeiro ativo ou valor mobiliário mencionado na primeira categoria do conceito (a enumeração) é a ação. A ação é um conceito não definido pela CMOCDE, sendo necessário recorrer à legislação fiscal doméstica dos EC para apurar o seu significado¹¹³. A qualificação da

¹⁰⁹ Cfr. para. 25 dos Comentários ao art. 1.º CMOCDE.

¹¹⁰ Sirva de exemplo o caso português: a nossa lei sujeita, formalmente, os OIC nacionais a tributação, isentando os mesmos de determinados tipos de rendimentos – ou seja, segundo o critério do tipo de rendimento; isenção essa que, como analisado, será integral em termos práticos.

¹¹¹ Cfr. paras. 29 e 30 do relatório “The granting of treaty benefits with respect to the income of Collective Investment Vehicles” e para. 9 do relatório “Tax treaty issues related to REITs”, ambos realizados pela OCDE.

¹¹² Helminen, 2010, p. 63; Schuch & Pinetz, 2015, p. 6.

¹¹³ Cfr. art. 3.º, n.º 2 CMOCDE; Helminen, 2010, pp. 63-64.

participação em OIC como ação será, naturalmente, mais frequente em relação aos que sejam constituídos na forma societária.

No caso de participações detidas em OIC contratuais, bem como nos casos em que a legislação do Estado da fonte não qualifique como ação a participação detida em OIC societário, as participações neste ente coletivo poderão corresponder aos “outros direitos”, que compõem a segunda categoria do conceito.

Será sempre necessário que o rendimento derive de um direito (ação ou outro) que permita a participação nos lucros da sociedade que paga os rendimentos para que se inclua na regra distributiva do artigo 10.^o¹¹⁴. A distribuição de rendimentos configurará a forma mais evidente de participação nos lucros de uma entidade coletiva.

Nessa medida, relativamente aos rendimentos distribuídos por OIC *estrangeiro* a um sujeito passivo pessoa singular residente em território português, a regra distributiva aplicável é a constante do artigo 10.^o da CMOCDE.

c. Conclusão

A regra distributiva atribui competência tributária a ambos os EC, limitando, no entanto, a tributação pelo Estado da fonte até 15% sobre o rendimento bruto¹¹⁵.

A dupla tributação jurídica não é, portanto, solucionada pela mera aplicação da regra distributiva, já que o artigo 10.^o determina competência partilhada entre ambos os EC.

Nessa medida, é necessário recorrer aos métodos de eliminação de dupla tributação jurídica¹¹⁶. O método adotado nas CDT celebradas por Portugal é, no âmbito dos dividendos, o da imputação ordinária¹¹⁷. Significa, na prática, que o Estado português calcula a tributação incidente sobre o participante em relação à totalidade do rendimento por este obtido, incluindo o resultante da distribuição por OIC *estrangeiro*, permitindo, posteriormente, uma dedução equivalente ao imposto pago no Estado da fonte. O valor da dedução está, no entanto, limitado à totalidade do montante de imposto que seria pago pelo participante relativamente aos rendimentos distribuídos, de acordo com a aplicação da lei fiscal portuguesa.

Sendo a tributação por parte do Estado da fonte limitada, o Estado português será certamente competente para tributar o rendimento obtido pelo participante, ainda que o montante de imposto pago por este seja inferior ao que seria devido caso o Estado português fosse exclusivamente competente. Ao mesmo tempo, parte da tributação do rendimento obtido pelo participante ocorrerá de acordo com a legislação interna do Estado da fonte dos rendimentos, que, na ótica do sujeito passivo, poderá ser benéfica ou prejudicial em relação ao regime consagrado no CIRS.

¹¹⁴ Schuch & Pinetz, 2015, p. 7.

¹¹⁵ Cfr. art. 10.^o, n.^o 2, b) CMOCDE.

¹¹⁶ Previsto nos arts 23.^o-A e 23.^o-B CMOCDE.

¹¹⁷ Previsto nos arts. 23.^o-A, n.^o 2 e 23.^o-B CMOCDE.

2.1.2. Qualificação como rendimentos de bens imobiliários

Está consolidado, nas várias provisões da CMOCDE, o princípio segundo o qual, relativamente a rendimentos associados a bens imóveis, o EC onde o imóvel esteja situado deve ter competência primária e ilimitada para tributar os rendimentos que resultem da exploração de tal ativo¹¹⁸.

Relativamente aos participantes detentores de uma participação maioritária no OIC, o investimento por via do ente coletivo pode ser visto como uma via dissimulada de investimento direto no próprio bem imóvel. Em tais casos, poderá não se afigurar plausível a aplicação da regra distributiva do art. 10.º, que limita a competência tributária do Estado de residência do ente coletivo. Os Comentários propõem que os EC determinem uma exceção à aplicação do art. 10.º às situações referidas, de forma a que o Estado onde o imóvel esteja situado tenha competência ilimitada para tributar os rendimentos auferidos pelo participante¹¹⁹. Contudo, não é prática usual nas CDT em que Portugal é EC a consagração uma cláusula equivalente¹²⁰, que levaria à aplicação do art. 6.º para determinação da repartição da competência tributária.

Sendo aplicável, a regra distributiva do art. 6.º determina competência partilhada entre os EC, mas de forma ilimitada no Estado da fonte, não eliminando, por si, a dupla tributação na esfera do participante. Geralmente, o método de eliminação de dupla tributação utilizado nas CDT em que Portugal é EC é o método da imputação ordinária. A aplicação deste método aos casos em que a regra distributiva atribua competência ilimitada ao Estado da fonte potencia que a tributação por parte do Estado de residência do sujeito passivo seja residual ou mesmo inexistente.

2.2. Rendimentos resultantes da transação de participações

2.2.1. Qualificação como mais-valias

O operador que desencadeia a aplicação do art. 13.º, que se ocupa da repartição da competência tributária no âmbito das mais-valias, é, em relação a todas as hipóteses previstas nessa norma, a “alienação”¹²¹.

¹¹⁸ Cfr. arts. 6.º e 13.º, n.º 1 e 4 CMOCDE; vd. para. 21 do relatório “Tax treaty issues related to REITs”, da OCDE.

¹¹⁹ Vd. para. 67.4 dos Comentários ao art. 10.º.

¹²⁰ Com uma cláusula excecional relativamente à distribuição de rendimentos por OIC imobiliários a participantes singulares com mais de 25% da carteira do ente coletivo, vd. art. 10.º, n.º 4 da CDT Portugal/EUA.

¹²¹ Simontacchi, 2007, p. 175.

O conceito de alienação não é definido pela CMOCDE, devendo o seu significado ser apurado, em princípio, de acordo com a legislação interna dos EC¹²². É pacífico afirmar-se que a operação de transação ou venda de determinado ativo se insere no escopo de tal conceito¹²³.

É, contudo, necessário apurar a concreta regra distributiva, de entre as previstas no art. 13.º, que se aplica à venda de participações detidas em OIC, uma vez que nem todas estabelecem a repartição da competência tributária de forma similar.

a. Hipóteses enquadráveis no n.º 5 do art. 13.º da CMOCDE

O n.º 5 do art. 13.º contém a cláusula residual no âmbito da regra distributiva das mais-valias, sendo aplicável a todas as situações que não estejam especificamente reguladas nos números anteriores da mesma norma.

Esta regra distributiva é potencialmente aplicável a todas as hipóteses de transmissão de participações detidas em OIC, mobiliários e imobiliários, por parte de uma pessoa singular¹²⁴. Esta regra distributiva elimina, por si, a dupla tributação na esfera do participante, ao atribuir competência exclusiva ao Estado de residência do sujeito passivo. Nessa medida, o rendimento que resulte da venda de participações detidas em OIC *estrangeiro* por parte de pessoa singular residente em território português será, por regra, integralmente tributado de acordo com as regras do CIRS.

A atribuição de competência exclusiva do Estado de residência do alienante nas hipóteses subsumíveis ao n.º 5 do art. 13.º é a solução adotada na larga maioria das CDT celebradas por Portugal¹²⁵. No entanto, em determinadas CDT em que Portugal é EC, existem exceções previstas na regra distributiva das mais-valias e potencialmente aplicáveis à hipótese de transação de participações em OIC, que determinam uma diferente distribuição da competência tributária em função de variados critérios¹²⁶.

b. Hipóteses enquadráveis no n.º 4 do art. 13.º da CMOCDE

O n.º 4 do art. 13.º foi incorporado na CMOCDE em 2003. Desde 2017, dispõe:

Os ganhos que um residente de um Estado Contratante aufera da alienação de partes de capital ou direitos similares, tais como os direitos numa sociedade de

¹²² Cfr. art. 3.º, n.º 2 CMOCDE.

¹²³ Vd. para. 5 dos Comentários ao art. 13.º CMOCDE.

¹²⁴ Embora o art. 13.º, n.º 2 seja aplicável a certas hipóteses de alienação de bens mobiliários, o seu âmbito reduz-se, no que a alienações praticadas por pessoas singulares concerne, às situações em que o bem mobiliário esteja afeto a uma instalação fixa detida pelo alienante no Estado da fonte. Nessa medida, não é aplicável à hipótese em estudo.

¹²⁵ Como exceção, vd. art. 13.º, n.º 4 da CDT Portugal/Brasil (que constitui a cláusula geral no âmbito das mais-valias, equivalente ao art. 13.º, n.º 5 da CMOCDE), que estabelece competência tributária partilhada entre Estado de residência e Estado da fonte.

¹²⁶ Vd., v.g., art. 13.º das CDT Portugal/Arábia Saudita, Portugal/México e Portugal/Turquia, que estabelecem competência partilhada entre Estado da residência e Estado da fonte sempre que ocorra alienação de participação representativa de determinada percentagem no capital de sociedade residente no Estado da fonte.

peças ou numa estrutura fiduciária, podem ser tributados no outro Estado Contratante quando, em qualquer momento durante os 365 dias anteriores à alienação, o valor dessas partes de capital ou direitos similares resulte, direta ou indiretamente, em mais de 50 %, de bens imobiliários, tal como definidos no artigo 6.º, situados nesse outro Estado.

A versão mais recente da disposição não faz qualquer alusão às características da entidade a quem pertence o capital social. Nessa medida, é desnecessário atender à forma sob a qual a entidade tenha sido constituída para aferir a aplicabilidade desta regra distributiva. Assim, é potencialmente aplicável à transação de participações em quaisquer OIC imobiliários, tenham sido estes constituídos sob a forma societária ou contratual.

Contudo, a larga maioria das CDT em que Portugal é EC tem por base versões anteriores da CMOCDE. No que concerne à regra distributiva aqui em apreço, essas versões faziam referência à qualidade da entidade a quem pertence o capital social, não raras vezes, exigindo que a mesma correspondesse a uma “sociedade”¹²⁷. Contudo, na medida em que um OIC opaco, independentemente da sua constituição sob a forma societária ou contratual, será considerado sociedade para efeitos de aplicação das CDT, a operação de transação de participações no capital do ente coletivo é subsumível à aplicação da disposição em apreço, verificados que estejam os restantes requisitos.

Especial relevância assume o facto de a disposição ser aplicável mesmo quando apenas “indiretamente” a carteira de ativos da entidade coletiva seja composta por bens imobiliários. Tal alargamento do âmbito de aplicação determina que, na prática, a regra distributiva seja aplicável mesmo quando a carteira de ativos do OIC imobiliário seja composta por ações detidas em sociedades que, por sua vez, explorem diretamente bens imóveis¹²⁸.

A aplicação do n.º 4 do art. 13.º determina que a competência tributária seja partilhada entre o Estado de residência e o Estado da fonte, sem limitação no último. Nessa medida, corresponde a mais uma expressão do princípio segundo o qual o EC no qual se localiza o bem imóvel deve ter competência primária e ilimitada para tributação dos rendimentos que com a sua exploração se relacionem.

Não ficando a dupla tributação eliminada por mera aplicação da regra distributiva, é necessário recorrer aos métodos de eliminação, sendo que o método geralmente adotado nas CDT em que Portugal é EC é o da imputação ordinária. Na prática, tal significa que a tributação dos rendimentos aos quais seja aplicável a regra distributiva do n.º 4 será feita, se não integralmente, maioritariamente de acordo com a legislação interna do Estado da fonte dos rendimentos.

¹²⁷ A mero título de exemplo, vd. art. 13.º, n.º 4 da CDT Portugal/África do Sul.

¹²⁸ Neste sentido, vd. Hug, 2015, p. 10.

Há que ter em conta, porém, que esta norma não é aplicável quando o bem imóvel explorado não esteja situado no Estado da fonte de rendimentos. Ademais, parte considerável das CDT em que Portugal é EC, celebradas anteriormente a 2003, não contém uma norma equivalente à prevista no atual art. 13.º, n.º 4 da CMOCDE. Em tais situações, uma vez que o n.º 4 constitui norma especial em relação ao n.º 5, será aplicável a já analisada cláusula residual, que, em princípio, determina a competência exclusiva ao Estado de residência para tributação dos rendimentos¹²⁹.

2.3. Rendimentos resultantes do resgate e da liquidação do OIC

2.3.1. Qualificação como dividendos

Aquando da análise à qualificação dos rendimentos distribuídos pelo OIC, apurámos os requisitos de aplicação do art. 10.º. São aos casos do resgate e da liquidação extensíveis as considerações feitas em relação à qualificação do OIC *estrangeiro* como “sociedade residente”, bem como à qualificação das participações em OIC como ações ou “outros direitos” corporativos.

No específico âmbito do resgate e da liquidação, o requisito de aplicação do art. 10.º que, a nosso ver, merece desenvolvimento mais aprofundado é o da natureza da operação que está na génese da obtenção de rendimentos: o pagamento por parte de uma sociedade a pessoa residente no outro EC, em virtude de um direito que permita a participação nos lucros gerados pela atividade da entidade coletiva. De seguida, explicaremos as razões pelas quais cremos que o resgate e a liquidação correspondem a um pagamento por parte de uma sociedade, e não a uma cobrança de crédito ou a uma alienação, para efeitos de aplicação das CDT.

a. Do preenchimento dos requisitos previstos no artigo 10.º

Os Comentários reconhecem a possibilidade de os rendimentos resultantes do resgate e da liquidação qualificarem como dividendos. No entanto, fazem depender tal qualificação da similaridade entre o tratamento fiscal conferido a estes rendimentos e o tratamento fiscal concedido aos dividendos nos termos da legislação interna do Estado da fonte¹³⁰.

A AT tem vindo também a considerar que estes rendimentos qualificam, em princípio, como mais-valias para efeitos de aplicação das CDT¹³¹.

Cremos, contudo, que não é esta a solução que resulta da letra do art. 10.º da CMOCDE. Com efeito, há que distinguir dois requisitos para a aplicação da norma: por um lado, os

¹²⁹ Neste sentido, vd. Hug, 2015, p. 1, e Haase, 2017, p. 288.

¹³⁰ Vd. para. 28 dos Comentários ao art. 10.º CMOCDE e para. 31 dos Comentários ao art. 13.º.

¹³¹ Vd. a posição assumida pela AT no âmbito do Pr. 639/2017-T do CAAD.

rendimentos devem ser “dividendos”, nos termos do artigo 10.º, n.º 3; por outro, o rendimento tem de ser pago pela sociedade ao participante.

O estudo que fizemos no âmbito dos rendimentos distribuídos pelo OIC, quanto ao conceito de dividendos previsto no n.º 3 do art. 10.º, e quanto ao seu desdobramento em três categorias, é, para efeitos dos rendimentos do resgate e da liquidação, integralmente aplicável.

Efetivamente, tal como na distribuição, no caso do resgate e da liquidação há um pagamento de rendimentos por parte do OIC aos seus participantes, sendo que esse pagamento está estritamente conexo com o valor da participação e dependente da existência de lucros na esfera da entidade coletiva.

A primeira conclusão a retirar é a de que, para aferir se determinado rendimento entra no âmbito do n.º 3 do artigo 10.º, é irrelevante atender à natureza da operação que está na génese da obtenção do rendimento. Por outras palavras, o mero facto de a participação no OIC permitir que o investidor em causa participe nos lucros de uma entidade coletiva é bastante para preencher o requisito estabelecido no n.º 3 do artigo 10.º, que se ocupa somente do conceito de dividendo. É manifesto que o âmbito de aplicação desta disposição não se reduz à operação de distribuição de rendimentos¹³².

Da questão de saber que tipo de operação tem de estar na génese da obtenção do rendimento para que o art. 10.º seja aplicável ocupa-se o n.º 1, que nos diz que a operação em causa tem de corresponder a um pagamento por parte de uma sociedade residente num EC a pessoa residente no outro EC. Está em causa um requisito cumulativo com o previsto no n.º 3, para que o artigo 10.º seja aplicável.

A expressão “dividendos pagos por uma sociedade residente de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante”¹³³, é, salvo melhor opinião, suficientemente clara e densa, sendo possível aferir objetivamente os seus contornos e não sendo, nessa medida, necessário recorrer à legislação interna dos EC para apurar o seu significado. Quanto a nós, a utilização desta expressão demonstra uma clara intenção, por parte dos EC, em subordinar todos os rendimentos que derivem de uma operação de pagamento por uma sociedade aos seus participantes, verificados que estejam os restantes requisitos, à aplicação da regra distributiva do art. 10.º, independentemente do sentido atribuído pelas legislações internas dos EC às operações em causa. Ora, também no resgate e na liquidação, o fluxo de rendimentos tem fonte no OIC e destino no participante, pelo que correspondem a pagamentos por parte de uma sociedade a uma pessoa residente no outro EC.

Tal como qualquer outra disposição da CDT, o artigo 10.º deve ser lido em conjunto com o artigo 3.º, n.º 2 da CMOCDE, o qual dispõe:

¹³² Helminen, 2010, p. 62; para. 28 dos Comentários ao art. 10.º CMOCDE.

¹³³ Art. 10.º, n.º 1 da CMOCDE.

No que se refere à aplicação da Convenção, num dado momento, por um Estado Contratante, qualquer expressão aí não definida terá, a não ser que o contexto exija interpretação diferente, o significado que lhe for atribuído nesse momento pela legislação desse Estado que regula os impostos a que a Convenção se aplica, prevalecendo a interpretação resultante dessa legislação fiscal sobre a que decorra de outra legislação deste Estado.

Ora, *a contrario*, conclui-se que qualquer expressão definida pela CDT – como é o caso do conceito de “dividendos” – terá o significado que a própria Convenção lhe der, deixando de ser necessário recorrer à legislação interna dos EC para apurar o seu conteúdo. Por tal motivo, cremos que a regra distributiva aplicável aos rendimentos derivados do resgate e da liquidação será a constante do art. 10.º, independentemente do tratamento, por parte das legislações fiscais dos EC, enquanto rendimentos equiparados a dividendos¹³⁴.

b. Da não qualificação como juros

Como é expressamente referido no n.º 3, o art. 10.º não é aplicável quando a operação que esteja na génese do rendimento corresponda a uma cobrança de crédito. Quando determinado rendimento derive de uma cobrança de crédito, a regra distributiva aplicável será a constante do art. 11.º, que se ocupa dos juros.

O critério que nos permite distinguir uma situação de pagamento de dividendos de uma cobrança de crédito é o da participação no risco da atividade empresarial por parte da entidade que auferir o rendimento¹³⁵.

É certo que, a partir do momento em que o participante exerce o seu direito ao resgate, ou quando se verifica uma das causas de dissolução do OIC, se gera uma relação obrigacional entre a entidade coletiva e o participante, assumindo este a posição de credor. Contudo, sendo o fluxo de capital do OIC para o participante um evento certo, já é meramente potencial que desse mesmo fluxo resultem rendimentos para o participante. De facto, os rendimentos derivados do resgate e da liquidação estão intrinsecamente ligados ao valor das participações, valor esse que flutua em função do sucesso da atividade do OIC. Com a participação no OIC, o participante assume o risco de perder todo o capital investido¹³⁶, e se as operações de resgate e de liquidação se traduzirem na obtenção de rendimento é porque a atividade do OIC gerou lucro.

Esta relação de interdependência entre a obtenção de rendimentos por via do resgate e da partilha pós-liquidação e o sucesso da atividade do OIC implica a conclusão de que estas operações não qualificam como cobrança de créditos.

¹³⁴ Neste sentido, vd. Schuch & Pinetz, 2015, p. 11.

¹³⁵ Vd. para. 25 dos Comentários do art. 10.º CMOCE, e Bärsch, 2014, pp. 435-437.

¹³⁶ Bärsch, 2014, p. 437.

c. Da não qualificação como alienação

Como vimos, o operador que desencadeia a aplicação do art. 13.º é a alienação, termo que não é definido pela CMOCDE. A ausência de definição determina, nos termos do art. 3.º, n.º 2, a necessidade de recurso à legislação fiscal interna dos EC para apuramento do seu significado, a menos que o contexto exija interpretação distinta¹³⁷. O recurso ao contexto é, portanto, excepcional, apenas operando na medida em que exista um motivo forte que obrigue ao afastamento do preenchimento do conceito segundo a legislação doméstica dos EC¹³⁸.

Certos Autores¹³⁹ entendem que o resgate e a liquidação não correspondem a alienações, na medida em que de tais operações não resulta a transmissão da propriedade sobre um ativo para outra entidade. O termo alienação teria um conteúdo autónomo no âmbito da CMOCDE, não havendo razões para recurso à legislação interna dos EC para apuramento do seu sentido.

Discordamos desta abordagem. Em primeiro lugar, porque nos parece incongruente com o texto da CMOCDE, que, a nosso ver, dá prevalência à legislação interna dos EC para apuramento do conteúdo de conceitos utilizados, mas não definidos pelas CDT¹⁴⁰. Por outro lado, mesmo que se entenda que esta abordagem consiste numa referência “tácita” ao contexto, cremos que a mera característica da cessação da existência do ativo, que inere às operações de resgate e liquidação, não se apresenta como argumento suficiente para desconsideração da equiparação destas operações a alienações por parte da legislação interna dos EC.

É certo que todos os exemplos de alienações oferecidos pelos Comentários parecem exigir transferência da propriedade¹⁴¹. Contudo, trata-se de uma enumeração exemplificativa e, como também é demonstrado pelos Comentários, o conceito de alienação deve ser entendido de forma bastante ampla, de forma a abranger, tanto quanto possível, todas as operações que se subordinem a tal conceito nos termos da legislação interna dos EC¹⁴². A nosso ver, uma alienação, entendida neste sentido amplo, que não se reduza aos seus moldes convencionais é idónea a abranger igualmente operações por meio das quais a propriedade sobre determinado bem ou ativo saia da esfera de determinada entidade, sem necessidade de se atender ao seu destino. Assim, uma abordagem por via das particularidades do resgate e da liquidação não nos parece o caminho certo para afastar tais operações do conceito de alienação, na medida em que tais elementos parecem não assumir relevância na determinação do sentido a atribuir àquele termo.

¹³⁷ Simontacchi, 2007, p. 175.

¹³⁸ Neste sentido, vd. Vogel, 1986, p. 73; em sentido contrário, afirmando a prevalência da interpretação de conceitos não definidos pela CMOCDE de acordo com o “contexto” em relação à legislação doméstica dos EC, vd. Neto, 2015, pp. 91-92.

¹³⁹ Schuch & Pinetz, 2015, pp. 10-11.

¹⁴⁰ Vogel, 1986, p. 73.

¹⁴¹ Vd. para. 5 dos Comentários ao art. 13.º da CMOCDE.

¹⁴² Simontacchi, 2007, p. 183.

Outra linha argumentativa parece-nos mais convincente para se chegar a tal conclusão. É certo que a qualificação dos rendimentos derivados do resgate e da liquidação do OIC enquanto mais-valias, para efeitos das CDT, tem de ser necessariamente equacionável. Afinal, o conceito de mais-valia não é definido pela CMOCDE e terá, em princípio, o significado que a legislação interna dos EC lhe atribuir. E há casos em que os rendimentos do resgate são qualificados como mais-valias¹⁴³.

Ocorre que, se seguida a posição defendida no presente estudo, em tais casos ver-nos-íamos numa situação em que o mesmo rendimento seria, simultaneamente, um “dividendo” e uma “mais-valia” para efeitos da CDT: no primeiro caso, porque estão preenchidos todos os requisitos estabelecidos no art. 10.º; no segundo caso, porque corresponderia ao significado atribuído pela legislação interna dos EC, nos termos dos artigos 3.º, n.º 2 e 13.º.

Para resolver este quesito, o “contexto” assume-se, quanto a nós, como um elemento fulcral. Nos termos do art. 31.º, n.º 2 da CVDT, atender ao contexto é, também, atender ao “texto” da convenção¹⁴⁴. Incluir o resgate e a liquidação, quando equiparados a alienações nos termos da legislação interna dos EC, no âmbito do art. 13.º levaria a que estas operações fossem, simultaneamente, idóneas a preencher os requisitos de aplicação de duas regras distributivas distintas: a do art. 10.º e a do art. 13.º. De facto, independentemente da qualificação dada pela legislação interna dos EC, os rendimentos do resgate e da liquidação são pagos por uma sociedade aos seus participantes em função de um direito corporativo que permite que estes participem nos lucros realizados por aquela. Tendo sido demonstrada uma intenção expressa por parte dos EC em subordinar os rendimentos do resgate e da liquidação ao conceito de dividendos, entendemos que as operações em estudo não devem ser incluídas no conceito de alienação, ainda que a legislação interna dos EC a tal as equipare.

Quanto a nós, uma análise ao texto da CDT no seu conjunto apresenta-se, neste caso, como um motivo suficientemente forte para desvio à regra segundo a qual o significado de conceitos não definidos deve ser dado pela legislação interna dos EC.

d. Conclusão

Pelo exposto, cremos que os rendimentos derivados do resgate e da liquidação correspondem a “dividendos”, tal como definidos nos termos do n.º 3 do artigo 10.º. A competência tributária será partilhada entre o Estado de residência e o Estado da fonte, sendo limitada em relação ao último, não devendo o imposto ultrapassar 15% do montante bruto. A dupla tributação é eliminada por via do método de imputação ordinária, com as consequências já analisadas.

¹⁴³ É, como vimos, o caso do CIRS, nos termos do art. 10.º, n.º 1, a), 5).

¹⁴⁴ Também neste sentido, vd. Jones *et al.*, 1984, pp. 91 e ss.

Embora a legislação fiscal portuguesa beneficie a participação em OIC *estrangeiros*, no que ao resgate e à liquidação concerne, tal não significaria, automaticamente, que fosse benéfico para o sujeito passivo participar em OIC *estrangeiro*. Como se vê, parte considerável da tributação do rendimento será feita de acordo com a legislação interna do Estado da fonte.

De notar, contudo, que a prática da AT tem sido a consideração dos rendimentos do resgate e da liquidação como mais-valias, levando à aplicação do artigo 13.º da CMOCDE para aferição da distribuição da competência tributária entre os EC.

2.3.2. Qualificação como rendimentos de bens imobiliários

Como vimos a propósito da análise aos rendimentos distribuídos, no âmbito do investimento em OIC imobiliários, os EC poderão acordar em estabelecer uma exceção ao âmbito de aplicação do art. 10.º no sentido da exclusão das hipóteses em que o participante detenha uma participação maioritária na entidade coletiva. O objetivo passa por conferir competência tributária primária e ilimitada ao Estado onde se situe o bem imóvel, por via da aplicação do art. 6.º.

Contudo, como analisado, é rara a inclusão de uma cláusula neste sentido nas concretas CDT em que Portugal é EC.

Conclusões

- I. A tributação dos rendimentos gerados por via de OIC *nacionais* é feita de acordo com o regime especial consagrado nos arts. 22.º e 22.º-A do EBF. Com vista a neutralizar as diferenças entre o investimento direto e indireto, este regime consagra um nível único de tributação na esfera dos participantes (regime de isenção à *entrada* e tributação à *saída*).
- II. O tratamento fiscal dos rendimentos derivados do resgate e da liquidação, quando obtidos por participantes residentes em território português em virtude do seu investimento em OIC *nacionais*, é peculiar.
- III. Seja por imposição legal, no caso do resgate, ou por via regulamentar, em relação à liquidação, a aplicação de retenção na fonte a título definitivo aos rendimentos resultantes de tais operações impede que o sujeito passivo seja tributado em relação a um saldo anual positivo entre mais-valias e menos-valias. Ao invés, a aplicação de retenção na fonte determina que a tributação incida sobre a soma das mais-valias, com desconsideração total das menos-valias suportadas. Esta solução pode conduzir a tributação efetiva na esfera do participante relativamente a períodos em que o saldo seja, globalmente considerado, negativo.
- IV. Na medida em que tal solução não se coaduna com o princípio da capacidade contributiva, cremos que é essencial a revisão desta solução, no sentido de atribuir relevância às menos-valias suportadas pelo contribuinte.
- V. Apenas haverá consideração das menos-valias associadas ao resgate e à liquidação caso o participante opte pelo englobamento. Porquanto tal opção se afigura vantajosa no caso de o saldo global ser negativo, já não o será se o saldo for positivo. O saldo positivo incrementa a matéria coletável do sujeito passivo, o que, por consequência, potencia a aplicação de uma elevada taxa de imposto, que pode ascender a 48%, bem como da taxa adicional de solidariedade.
- VI. A qualificação, operada pelo EBF, dos rendimentos derivados de OIC imobiliários como rendimentos de bens imóveis só assume relevância imediata em relação aos rendimentos resultantes da transação de participações. Com especial relevância, tal qualificação determina o englobamento obrigatório dos rendimentos e a consideração em apenas 50% do saldo anual, positivo ou negativo, entre mais-valias e menos-valias imobiliárias, incluindo as resultantes da mencionada operação.
- VII. Em relação à distribuição, resgate e liquidação em OIC imobiliários, a qualificação dos rendimentos como sendo de bens imóveis apenas assume relevância prática caso o sujeito passivo opte pelo englobamento. Caso não opte, a tributação dos

rendimentos resultantes de tais operações será exercida nos mesmos termos em que seria caso os rendimentos derivassem de OIC mobiliário.

- VIII. O regime tributário aplicável aos rendimentos obtidos por pessoa singular residente em virtude da sua participação em OIC *estrangeiro* é o regime geral do CIRS.
- IX. Os rendimentos obtidos pelo participante em virtude do seu investimento em OIC *estrangeiro* corresponderão sempre a rendimentos de instrumentos financeiros, independentemente da natureza dos ativos que componham a carteira do OIC.
- X. Nem o CIRS, nem o modelo declarativo de IRS aplicável a rendimentos de fonte estrangeira preveem aplicação de retenção na fonte às mais-valias resultantes do resgate e da liquidação. Por esse motivo, independentemente do exercício da opção pelo englobamento, as menos-valias suportadas pelo contribuinte são consideradas para o apuramento do rendimento tributável, não existindo qualquer tributação quando o saldo entre mais-valias e menos-valias for negativo.
- XI. Esta comparação permite-nos concluir que a legislação fiscal portuguesa privilegia, de forma paradoxal, a participação por parte de pessoas singulares residentes em território português em OIC *estrangeiros*.
- XII. Contudo, a participação por parte de um sujeito passivo residente em Portugal num OIC *estrangeiro* potencia uma situação de dupla tributação jurídica na sua esfera, caso o Estado da fonte opte por tributar os rendimentos obtidos pelo participante.
- XIII. Constituindo-se uma situação de dupla tributação jurídica, torna-se necessário recorrer à CDT celebrada entre o Estado português e o Estado da fonte para apurar em que medida os rendimentos obtidos pelo participante serão tributados de acordo com as regras do CIRS.
- XIV. Relativamente aos rendimentos derivados da distribuição, resgate e liquidação, a repartição da competência tributária deve ser feita, a nosso ver, ao abrigo da regra distributiva aplicável aos dividendos. A competência tributária será partilhada entre os dois EC, sendo limitada no Estado da fonte, o que determina que apenas parte da tributação do rendimento seja feita de acordo com as normas do CIRS. Em casos muito limitados, a regra distributiva aplicável será a relativa a rendimentos de bens imóveis, que atribui competência tributária principal e ilimitada ao Estado da fonte, o que determina que a tributação dos rendimentos seja integral ou maioritariamente feita de acordo com a legislação interna do último.
- XV. Já relativamente a rendimentos resultantes da transação, assume relevância a natureza dos ativos componentes da carteira do OIC. Caso o OIC seja mobiliário, a regra distributiva aplicável será a cláusula residual constante do n.º 5 do art. 13.º da CMOCDE, que determina competência exclusiva do Estado português para

tributação dos rendimentos auferidos pelos seus residentes. Se o OIC for imobiliário, a regra distributiva aplicável poderá ser a consagrada no n.º 4 do art. 13.º da CMOCDE, que determina competência tributária principal e ilimitada por parte do Estado da fonte, tornando limitada e residual a aplicação do CIRS. No entanto, caso não se encontrem preenchidos os requisitos previstos no n.º 4, ou caso essa regra distributiva não conste das CDT em que Portugal é EC, a cláusula residual do n.º 5 será igualmente aplicável à transação de participações em OIC imobiliários.

Bibliografia

- ADEMA, R. (2009). *UCITS and taxation: Towards harmonization of the taxation of UCITS*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- ALMEIDA, A.P. (2008). O governo dos fundos de investimento. In *Direito dos valores mobiliários*, vol. VIII, pp. 9-38. Coimbra: Coimbra Editora.
- ALMEIDA, P.F.L. (2017). *O regime de tributação dos Organismos de Investimento Coletivo – Perspetiva dos participantes pessoas singulares*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito e Economia na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- ANTUNES, J.E. (2017). *Os instrumentos financeiros*, 3.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- BALULA, M. (2021). Fundos de investimento imobiliários fechados. *Revista da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas*, n.º 93, pp. 10-26.
- BANDEIRA, L. (2019). Velhos e actuais problemas da qualificação dos rendimentos dos instrumentos financeiros: A reforma do IRS e o novo regime fiscal dos Organismos de Investimento Colectivo. *Revista Electrónica de Fiscalidade da AFP*, n.º 2, pp. 51-97.
- BÄRSCH, S.-E. (2014). The definitions of dividends and interest contained in the OECD model, actual tax treaties, and German model. *Intertax*, vol. 42, n.º 6, pp. 433-444.
- BRANDÃO DA VEIGA, A. (1999). *Fundos de investimento mobiliário e imobiliário (regime jurídico)*. Coimbra: Almedina.
- CASALTA NABAIS, J. (1998). *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina.
- FAUSTINO, M. (2020). Sobre a qualificação dos rendimentos obtidos no reembolso de obrigações. In Rosado Pereira, P. (coord.). *Temas de IRS: Princípios constitucionais, tributação e garantias*, pp. 277-353. Coimbra: Almedina.
- HAASE, F. (2017). Reconceptionalization of the immovable property clause in Article 13 paragraph 4 OECD Model Convention by means of the multilateral instrument? *Intertax*, vol. 45, n.º 4, pp. 284-295.
- HELMINEN, M. (2010). *The international tax law concept of dividend*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- HUG, J.C. (2015). *The taxation of gains derived from the alienation of shares in real estate companies under the OECD Model Tax Convention*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito Fiscal Internacional e Europeu na Faculdade de Direito da Universidade de Maastricht.
- JONES, J.F.A., BERG, C.J., DEPRET, H.-R., ELLIS, M.J., FONTANEAU, P., LENZ, R., MIYATAKE, T., ROBERTS, S.I. & SANDELS, C. (1984). The interpretation of tax treaties with particular reference to Article 3(2) of the OECD Model – II. *British Tax Review*, vol. 3, n.º 2, pp. 90-108.
- LOBO XAVIER, A., BRAGA, A.P. & MENDES DA SILVA, F. (2014). A tributação em IRS dos ganhos derivados do reembolso de obrigações adquiridas abaixo do preço de emissão. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º 2, pp. 43-66.
- MADEIRA, B.R.D. (2015). *Análise do regime tributário dos fundos de investimento mobiliários – De um regime de tributação à entrada para um regime de tributação à saída*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa.
- MORAIS, R.D. (2016). *Sobre o IRS*, 3.^a Edição. Coimbra: Almedina.

- NETO, L.F. (2015). *Os contextos na interpretação e aplicação de acordos de bitributação*. Trabalho desenvolvido no âmbito do doutoramento em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- NOGUEIRA, J.F.P. (2010). *Direito fiscal europeu – O paradigma da proporcionalidade*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora.
- OCDE. (2008). *Tax treaty issues related to REITs*.
- OCDE. (2010). *The granting of treaty benefits with respect to the income of Collective Investment Vehicles*.
- PALLESI, N. (2007). Application of tax treaties to investment funds. *International Law – Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 9, pp. 87-154.
- REIS MARTINS, G. (2007). Organismos de Investimento Coletivo abertos em valores mobiliários e personalidade jurídica – Estudo de direito comparado (ordenamentos jurídicos comunitário, português, espanhol e alemão). In Brito, M. H. & Pinto Duarte, R. (coord.). *Direito privado e direito comunitário: Alguns ensaios*, pp. 319-421. Lisboa: Âncora Editora.
- REPÚBLICA PORTUGUESA. (2020). *Relatório de avaliação do regime fiscal dos Organismos de Investimento Coletivo*.
- ROSADO PEREIRA, P. (2019). *Manual de IRS*, 2.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- ROSADO PEREIRA, P. (2020). As diversas vertentes do princípio da capacidade contributiva e o IRS. In Rosado Pereira, P. (coord.). *Temas de IRS: Princípios constitucionais, tributação e garantias*, pp. 9-80. Coimbra: Almedina.
- SALDANHA SANCHES, J.L. (1992). Sobre o conceito de mais-valia. *Fisco*, n.º 38-39, pp. 45-54.
- SCHUCH, J. & PINETZ, E. (2015). The definition of dividends, interest, royalties and capital gains. In Lang, M., Pistone, P. et al. *The OECD-Model-Convention and its Update 2014*, pp. 1-24. Amesterdão: IBFD, Linde Verlag.
- SILVA, A.F.G.N. (2015). *Fundos de investimento – Regime tributário*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto.
- SIMONTACCHI, S. (2007). *Taxation of capital gains under the OECD Model Convention: With special regard to immovable property*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- TENORE, M. (2010). Taxation of dividends: A comparison of selected issues under Article 10 OECD MC and the Parent-Subsidiary Directive. *Intertax*, vol. 38, n.º 4, pp. 222-238.
- VASQUES, S. (2015). *Manual de direito fiscal*. Coimbra: Almedina.
- VOGEL, K. (1986). Double tax treaties and their interpretation. *Berkeley Journal of International Law*, vol. 4, n.º 1, pp. 1-85.
- XAVIER, A. (2014). *Direito tributário internacional*, 2.ª Edição. Coimbra: Almedina.

Da admissibilidade da fiança *omnibus*:

Determinabilidade do objeto e boa fé objetiva

José Manuel Jorge de Matos

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria de Fátima Ribeiro

À minha família: minha mãe, meu pai e minha irmã.

De omni re scibili (et quibusdam aliis).

Agradecimentos

Em primeiro lugar, agradeço à minha família – por tudo. Por todo o apoio, incentivo e compreensão ao longo do meu percurso académico, cuja mais recente etapa proporcionou a elaboração desta dissertação, a qual jamais poderia ter concebido e realizado desprovido do seu incondicional suporte.

Em seguida, gostaria de agradecer à Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro, pela douda orientação e por toda a disponibilidade e aconselhamento.

Finalmente, deixo uma palavra de agradecimento à Universidade Católica do Porto, ao corpo docente e aos serviços, pelo esforço na manutenção da atividade académica durante a pandemia. Em particular, agradeço aos serviços da biblioteca da faculdade pelo fornecimento em formato digitalizado de algumas das obras utilizadas na pesquisa e elaboração desta tese.

Resumo

O presente estudo tem como objeto o instituto da fiança *omnibus* e da sua admissibilidade contextualizado por uma prévia e breve análise ao regime da fiança comum, constante do Código Civil.

Consiste, num primeiro momento, numa explanação sobre a validade deste tipo fidejussório em face do requisito geral de determinabilidade do objeto dos negócios jurídicos, seguida de numa análise comentada aos critérios de determinação preconizados em relação às obrigações presentes e às futuras, com especial enfoque no controlo do fiador sobre a atividade do devedor principal e no limite de montante.

Subsequentemente, analisa-se o lastro do princípio da boa fé objetiva na tutela do fiador *omnibus*, quer no momento da constituição, quer no momento da jacência e do exercício da garantia, com especial enfoque no regime da contratação por intermédio de cláusulas contratuais gerais, na exclusão de certos tipos obrigacionais do objeto da fiança e na imposição de deveres de conduta e de informação às partes, em particular, ao credor banco.

Conclui-se com uma relação consolidativa das principais ilações retiradas.

Palavras-chave: fiança; *omnibus*; determinabilidade.

Abstract

The object of the present study is the *omnibus* guarantee and its admissibility, prefaced by a brief analysis on the legal framework of personal guarantees in the Portuguese Civil Code.

It begins with an explanation about the validity of the institute in the light of the general requisite of determinability of the object of legal transactions, followed by an analysis of the various determination criteria regarding present and future obligations, with particular emphasis on the control of the debtor's activity by the guarantor and the establishment of a quantitative limitation.

Subsequently, we address the impact of the principle of good faith on the protection of the guarantor at the time of incorporation or at the time of the lien and the exercise of the guarantee. We focus on contractual arrangements through general contractual clauses, on the exclusion of certain types of obligation from the object of the guarantee, and on the imposition of conduct and information duties on the parties, particularly bank creditors.

The dissertation ends with the main conclusions reached in the study.

Keywords: guarantee; *omnibus*; determinability.

Lista de siglas e abreviaturas

AGBG	Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AUJ	Acórdão uniformizador de jurisprudência
Ac./ Acs.	acórdão/ acórdãos
Art.	artigo
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
Cf.	conferir
CCG/'s	cláusulas contratuais gerais
C.Com.	Código Comercial
CPC	Código de Processo Civil
CSC	Código das Sociedades Comerciais
Ibid.	Ibidem
LCCG	Lei das cláusulas contratuais gerais
p./pp.	página/ páginas
RC	Relação de Coimbra
RL	Relação de Lisboa
RP	Relação do Porto
S.	sentença
SA	sociedades anónimas
SC	sociedades de regime civil
SNC	sociedades em nome coletivo
SQ	sociedades por quotas
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
t.	tomo
Vol.	volume

Índice

Introdução	9
1. Garantia geral e garantias especiais: generalidades	11
2. Fiança: generalidades	12
2.1 Origem e definição	12
2.2 Caraterísticas	12
2.2.1 Acessoriedade	12
2.2.2 Subsidiariedade	13
2.3 Relações entre o credor e o fiador	14
2.4 Relações entre o devedor e o fiador	15
2.5 Extinção da fiança	15
2.6 Fiança de obrigações futuras	16
3. A fiança <i>omnibus</i> : determinabilidade do objeto	17
3.1 Enquadramento da questão: regime aplicável	17
3.2 Fiança genérica de obrigações existentes	18
3.3 Obrigações futuras: critérios de determinação	19
3.3.1 Referência ao sujeito banco e à sua atividade	19
3.3.2 Limitação temporal	20
3.3.3 Possibilidade de denúncia unilateral pelo fiador	21
3.3.4 A condição suspensiva	22
3.3.5 Limitação quantitativa	23
3.3.6 Controlo do fiador sobre a atividade do devedor principal	25
3.3.7 Enumeração das fontes	28
4. A aferição casuística da determinabilidade	29
5. Fiança <i>omnibus</i> e boa fé objetiva	30
5.1 Regime das cláusulas contratuais gerais e exercício da autonomia privada pelo credor Banco	30
5.2 Deveres de informação na fase de garantia	34
5.3 Exclusão de certas obrigações do âmbito natural da fiança	36
Conclusão	38
Referências bibliográficas	41
Jurisprudência	42

Introdução

A presente dissertação versa o instituto designado por fiança *omnibus*, e pretende abarcar toda a evolução doutrinal e jurisprudencial que este espoletou, numa perspetiva atualista e com um objetivo sistematizante, visando a aplicação esclarecida do normativo fidejussório típico aos casos concretos a que subjaz.

Segundo Baptista Machado, ao jurista cabe, em última instância, através do seu trabalho de interpretação, construção e sistematização, contribuir para o adensamento da *dogmática* jurídica¹. Sem qualquer tipo de pretensiosismo, buscaremos prestar esse contributo com este estudo, mesmo tendo em conta o seu carácter necessariamente conciso e limitado, mas nem por isso limitativo, e que assim o é por força da sua tipologia.

Para tal, começaremos por analisar de forma breve o universo a que pertence o objeto do nosso estudo, o do Direito das Garantias, para em seguida discorrermos acerca do regime da fiança comum, constante do Código Civil. Destarte, providos do indispensável contexto, situaremos e abordaremos a *vexata quaestio*: se, e em que termos, será válida a fiança que garanta todas as obrigações presentes e futuras que vinculem um indivíduo perante outro?

A nossa tarefa sai facilitada, fruto do elevado *corpus* dogmático relativo à fiança geral, como também por vezes é apelidada². De facto, a questão da futuridade da assunção fidejussória, quando confrontada com a acessoriedade, por um lado, e a perigosidade do elevado risco assumido e virtual perpetuidade do vínculo, por outro, levantaram questões quanto à admissibilidade de tal negócio.

O debate deu-se, num primeiro momento, em torno da questão da *determinabilidade do objeto*, requisito geral dos negócios jurídicos. Muitas foram as teses propugnadas com vista a alcançar o critério de determinação, quantos foram os doutos juristas a debruçarem-se sobre o assunto, aquém e além-fronteiras. Procuraremos glosar o seu mote, explicando-as todas na medida do possível, e desenvolvendo teses próprias, mas sustentadas. Tão aceso e prolífico foi o debate, que fez desta modalidade fidejussória o ápice do nosso entendimento acerca deste requisito. A essa conclusão chegará aquele que realize uma rápida busca por qualquer acervo jurisprudencial nacional e que não poderá senão reparar quantas vezes se lança mão da doutrina da fiança *omnibus* para, num qualquer libelo, explicitar o que se entende por determinabilidade do objeto negocial. Também por isso, este estudo é basilar no direito civil em geral, e não apenas no tocante às garantias e à fiadoria.

Abordaremos, finalmente, a questão da *boa fé objetiva* na constituição e exercício da fiança, porquanto tenha sido esse o instituto a presidir ao debate doutrinal num segundo momento, após a cristalização da questão da determinabilidade, cuja dissensão inicial culminou com um acórdão uniformizador de jurisprudência. A análise de toda a questão à

¹ Baptista Machado, 2010, p. 359.

² Outras designações incluem “fiança genérica” ou “fiança caldeirão”.

volta da tutela do fiador *omnibus* sob este prisma trará à colação todo o dinamismo inerente a este tipo fidejussório numa perspectiva de *sistema aberto*, com a vinculação das partes – credor e fiador – a deveres de conduta e informação recíprocos, e também nesse sentido é importante numa perspectiva didática geral, bem como bastante atual, mercê do lastro doutrinal e normativo de que dispõe hodiernamente a cláusula geral da boa fé no ordenamento jurídico. Destarte, deslocaremos o foco de análise da tutela do fiador *omnibus* do campo da *validade na formação* para o da *legitimidade do exercício*.

O estudo desta garantia remete invariavelmente para o contexto sociológico que lhe subjaz e que reside na praxe bancária e no acesso ao crédito por parte das sociedades comerciais. Assim, regra geral, o fiador *omnibus* será alguém com interesse na atividade da sociedade comercial devedora principal - um sócio ou um gerente - a quem é exigida a prestação de fiança com a finalidade de garantir a totalidade da operação de financiamento, agilizando dessa forma o desbloqueio das verbas cujo montante final exato se desconhece *a priori*, através da desnecessidade da prestação de sucessivas fianças. Em função disso mesmo, embora abordando todas as possibilidades, este estudo debruçar-se-á especialmente sobre as fianças *omnibus* “comercializadas” – prestadas por sócio com controlo sobre a atividade da sociedade devedora, para garantia das dívidas desta perante um banco.

O risco assumido pelo fiador neste tipo de negócios, pela sua magnitude empresarial, contrasta com o cariz pessoal e individual da fiança e, por conseguinte, a sua tutela é de extrema necessidade, uma vez que tendo a assunção fidejussória como obrigação última a responsabilização do fiador pelas dívidas do devedor, na esmagadora maioria dos casos ela pode traduzir-se na total delapidação do património do garante. Isto porque, fruto de vicissitudes económicas e financeiras, nem sempre o devedor principal será capaz de o “sacar a paz e a salvo” (G. Martins Caminha, 2018, p. 181)³ do compromisso assumido.

Ora, tendo tudo isto em conta, definido o objeto da dissertação, delineados os objetivos, afluído o conteúdo e evidenciada a metodologia, segue *infra* o nosso contributo.

³ Minuta intitulada: “Contrato de fiadoria e de sacar a paz e a salvo”.

1. Garantia geral e garantias especiais: generalidades

“Pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor suscetíveis de penhora”, reza o art. 601.º, que inaugura o capítulo V do Código Civil, intitulado “Garantia geral das obrigações”.

Destarte se consagra o instituto da *responsabilidade patrimonial*, também designada de *garantia geral*, no nosso ordenamento. Fala-se de “garantia” em sentido lato⁴, uma vez que impõe, tão simples e lapidarmente, que são “os bens do obrigado que respondem pelas suas adstrições” (Menezes Cordeiro, 2017, pp. 231-232).

Significa isto que, em princípio, a satisfação do interesse do credor terá no património do devedor o seu limite, pelo que o desenvolvimento da situação económica deste último está intimamente conexionado com as expectativas de cumprimento de um determinado crédito, que ocorrerá *in extremis* através da execução (817.º).

Assumidas várias obrigações por um devedor, todos os seus credores comuns terão igualdade de acesso ao seu património (*par condicio creditorum*), o qual, sempre que se revele insuficiente para satisfação do cômputo global das dívidas (insolvência), há de lhes caber em iguais proporções (604.º, n.º 1).

Em função dessa igualdade entre credores, para que um dado crédito possa usufruir de maior proteção, reforço e preferência face aos dos restantes, é possível o recurso às denominadas *garantias especiais*.

Estas consistirão, numa aceção estrita, no reforço quantitativo da garantia do credor através de uma nova obrigação secundária ou no melhoramento qualitativo do crédito.

No primeiro caso estamos perante uma garantia pessoal, e a segunda hipótese consubstancia uma garantia real. Esta última traduz-se na afetação do produto da venda de um bem – coisa ou direito – à satisfação preferencial de uma ou mais dívidas e proporciona ao credor um direito real de garantia, oponível perante terceiros. O caso típico desta modalidade consiste na hipoteca (686.º a 732.º).

⁴ Sobre o debate acerca da verdadeira natureza da garantia geral do art. 601.º, ver M.J. Costa Gomes, 2000, pp. 11 e ss.

2. Fiança: generalidades

2.1 Origem e definição

No universo dos institutos garantísticos especiais, a fiança constitui o paradigma das garantias pessoais. É originária da gradual combinação de elementos de garantias do Direito Romano: a *sponsio*, a *fidepromissio*, e, em particular, a *fideiussio*⁵ 6. Trata-se do negócio⁷ pelo qual uma parte – o fiador – “se obriga, perante o credor, a cumprir uma prestação devida por outra pessoa (o devedor principal), caso se verifiquem determinadas circunstâncias”⁸.

Através da assunção, o fiador fica, assim, “pessoalmente obrigado perante o credor”, nos termos do disposto no art. 627.º, n.º 1. É criada uma nova obrigação com fins garantísticos, a qual terá o mesmo conteúdo da principal (634.º), e revestirá carácter acessório (627.º, n.º 2) e subsidiário (638.º). No final, o credor ver-se-á dotado de uma garantia geral constituída pelo conjunto dos patrimónios dos dois devedores, os quais poderá executar enquanto credor comum⁹.

Chamado a cumprir, o fiador ficará sub-rogado nos direitos do credor (644.º), podendo sucessivamente acionar o devedor principal.

2.2 Caraterísticas

2.2.1 Acessoriedade

Postula o artigo 627.º, n.º 2 de forma concisa: “A obrigação do fiador é acessória da que recai sobre o principal devedor”.

A acessoriedade, enquanto princípio geral transversal a todo o direito das garantias, concretiza a funcionalidade das mesmas, qual seja, a de assegurar o cumprimento dos créditos garantidos. Carateriza-se, em função disto, pela dependência face à obrigação principal, dependência essa que pode ter vários graus¹⁰.

O caso específico da fiança consubstancia uma *acessoriedade forte*, uma vez que a sua determinação é feita *per relationem*, através de remissões para a situação da obrigação

⁵ Menezes Cordeiro, 2017, p. 423.

⁶ Para um estudo mais detalhado destas figuras, veja-se Santos Justo, 2014, pp. 158-166; para uma perspetiva de evolução cronológica do moderno instituto da fiança, veja-se Menezes Cordeiro, 2017, pp. 423-437.

⁷ A maioria da doutrina, a qual seguimos, defende a tese contratualista. Neste sentido, M.J. Costa Gomes, 2000, p. 388; no mesmo sentido, Pestana de Vasconcelos, 2020, p. 87; também Menezes Leitão, 2019, p. 107.

Em sentido diverso, Menezes Cordeiro, 2017, p. 454, admite que a fiança possa ser prestada através de simples ato unilateral.

Veja-se M.J. Costa Gomes, 2000, p. 376 e ss. a propósito do debate sobre a estrutura negocial da fiança.

⁸ Menezes Cordeiro, 2017, p. 439.

⁹ Antunes Varela, 2015, p. 478, considera ser este o “*calcanhar* de Aquiles” da fiança. Incidindo sobre a generalidade do património do devedor, “sofre todas as oscilações, para mais ou para menos, desse património”.

¹⁰ Veja-se, por todos, Menezes Cordeiro, 2017, pp. 179-182., quanto aos três tipos de acessoriedade: a forte, a média e a fraca.

principal na sua constituição (628.º, n.º 1), no seu âmbito (631.º; 634.º), bem como na sua execução (635.º, n.º 1; 637.º, n.º 1) e na sua extinção (651.º)¹¹.

A acessoriedade constitui uma característica não só típica, mas também essencial da fiança.

2.2.2 Subsidiariedade

O princípio geral da subsidiariedade, no direito das garantias, postula uma hierarquização entre a obrigação principal e a obrigação do garante no seguinte sentido: apenas será possível recorrer à segunda após o recurso à primeira¹².

Este princípio manifesta-se na fiança na sua modalidade forte direta¹³, mormente através do *benefício da excussão prévia* consagrado no art. 638.º (747.º CPC, na sua manifestação processual). Permite ao fiador a recusa do cumprimento perante o credor até que todos os bens do património do devedor principal sejam executidos (638.º, n.º 1), ou seja, até que se esgote a possibilidade de obter a satisfação do crédito por intermédio dos bens do garantido¹⁴. *In extremis*, executidos todos esses bens, é ainda possível que o fiador se recuse a cumprir provando a culpa do credor na não satisfação do crédito (638.º, n.º 2). Ainda, caso a dívida afiançada tenha sido objeto anterior ou contemporâneo de uma garantia real, permite-se ao fiador exigir a execução prévia da mesma (639.º, n.º 1). Cabe, contudo, ao credor a livre escolha de qual dos devedores pretende demandar, podendo, não obstante tudo o que fica dito, demandar qualquer um deles, só, ou ambos em conjunto (641.º, n.º 1)¹⁵.

Para além deste benefício, também noutras áreas do regime fidejussório se reflete a subsidiariedade¹⁶, corolário da preocupação de proteção do garante. Todavia, ela não constitui, ao contrário da acessoriedade, uma característica essencial da fiança: vem o art. 640.º/a) possibilitar a assunção do fiador enquanto devedor principal, renunciando ao benefício da excussão prévia. Lembre-se que, *inclusive*, quando estivermos perante uma fiança comercial (101.º C.Com.), a mesma não comportará o referido *beneficium*. E, de facto, na prática, assim ocorrerá na maioria das situações, ora em função da primeira ou da segunda hipótese.

Retenha-se que, apesar de não essencial, o princípio da subsidiariedade não deixa de fazer parte da pedra de toque deste instituto, a par da acessoriedade, e que a sua inclusão típica

¹¹ Para uma relação pormenorizada de todas as manifestações da acessoriedade na fiança, Menezes Cordeiro, 2017, pp. 441-442.

¹² Menezes Cordeiro, 2017, p. 184.

¹³ Para os vários tipos de subsidiariedade, ver Menezes Cordeiro, 2017, p. 188.

¹⁴ Menezes Cordeiro, 2017, p. 487, diz o seguinte: “O credor tem, pois, o duplo ónus de executar todo o património do devedor – o que, em regra, só pela insolvência é possível – e de demonstrar que, não obstante, não logrou obter a satisfação do seu crédito”.

¹⁵ Pestana de Vasconcelos, 2020, p. 92.

¹⁶ Veja-se Menezes Cordeiro, 2017, pp. 444-445, para uma relação de todas as manifestações deste princípio na fiança.

no regime legal deve ter consequências na aplicação e interpretação de qualquer fiança, mesmo que desprovida do *beneficium excussionis*.

2.3 Relações entre o credor e o fiador

A obrigação que surge da fiança vincula o assuntor e o credor e, como vimos até aqui, fruto da acessoriedade, é moldada pela obrigação principal quanto ao seu conteúdo (634.º). Daqui se depreende que em função da finalidade do instituto – a de garantia – o seu principal vetor operará entre o credor e o fiador.

Para além do já mencionado *benefício da excussão prévia*, nas suas modalidades pessoal (638.º) e real (639.º), o art. 637.º, n.º 1 consagra a regra relativa aos *meios de defesa que assistem ao fiador*, fazendo a distinção entre aqueles que lhe são próprios e aqueles que lhe advêm da esfera do devedor *ex vi* acessoriedade. Assim, para além de qualquer invalidade ou extinção da própria declaração constitutiva da fiança, vem a lei, no essencial, permitir ao garante que este possa requerer a anulabilidade da obrigação principal sem que a renúncia do devedor a qualquer meio de defesa lhe seja oponível (637.º, n.º 2). *In fine*, faz-se ainda menção, no art. 637.º, n.º 1, de que ficam somente vedados ao fiador os meios do devedor que sejam incompatíveis com a fiança¹⁷.

No art. 642.º concretiza-se um pouco mais este princípio geral, com menção expressa à exceção de compensabilidade e à possibilidade de impugnação do negócio principal.

Relativamente à *eficácia do caso julgado*, e de acordo com o art. 635.º, n.º 1, sempre que este ocorra entre o credor e o devedor não será oponível ao fiador. Este último, todavia, poderá valer-se dele salvo se o mesmo for relativo a circunstâncias pessoais do devedor que não excluam a sua responsabilidade enquanto garante (635.º, n.º 1 *in fine*). Simetricamente, o caso julgado entre o credor e o fiador aproveita ao devedor, desde que relativo à obrigação principal, mas não o prejudica (635.º, n.º 2).

No que concerne à *prescrição*, o regime desvia-se da tendencial acessoriedade para consagrar uma situação de independência entre as obrigações de devedor e fiador no art. 636.º.

2.4 Relações entre o devedor e o fiador

Apesar de o esquema fidejussório ser apto a reger essencialmente as situações jurídicas do credor e do fiador, enquanto partes no ato constitutivo, também a realidade tripartida da fiança, que inclui o devedor principal mesmo que contra a sua vontade ou sem o seu

¹⁷ Menezes Cordeiro, 2017, p. 485, interpreta esta norma como referindo-se, por ex., à impossibilidade de o fiador impugnar a paternidade quando a obrigação garantida seja de alimentos ao filho do devedor. Diversamente, outra doutrina vê neste dispositivo uma repetição do exposto no art. 632.º, n.º 2.

conhecimento (628.º, n.º 2), tem repercussões ao nível do regime. Nesse sentido, justifica-se a regulação da particular coexistência entre os dois devedores.

Assim, no que toca às relações entre o devedor e o fiador, começa-se pelo art. 644.º, com a *sub-rogação* do fiador nos direitos do credor em caso de cumprimento da obrigação, e na exata medida desse cumprimento. Tal efeito excede a mera pretensão regressiva entre devedores solidários, sendo que o fiador que cumpra adquire o crédito garantido, com todos os seus acessórios, garantias e pretensões (em consonância com o 592.º, n.º 1 e 593.º, n.º 1).

Sucedendo o fiador na posição do credor, ser-lhe-ão oponíveis os *meios de defesa* de que o devedor dispunha face ao credor. Por este motivo prevê-se, *ex bona fide* nos arts. 645.º, 646.º e 647.º, que existam deveres de aviso entre ambos.

Assim, se o devedor consentir no cumprimento do fiador ou não o avisar previamente dos meios de defesa de que dispõe perante o credor de forma injustificada, fica impossibilitado de lho opor (647.º).

Ademais, o fiador que cumpra deve avisar o devedor desse facto (645.º, n.º 1). Caso contrário, perde o seu direito se o devedor efetuar a prestação em erro e restar-lhe-á proceder à repetição da sua prestação (645.º, n.º 2).

Paralelamente, o devedor que cumpra deve avisar o fiador desse cumprimento, sob pena de responder pelo prejuízo que causar (646.º), nomeadamente aquele que surgir de uma repetição falhada da prestação erroneamente realizada.

Finalmente, assiste ao fiador um *direito à liberação ou à prestação de caução* verificando-se determinadas circunstâncias elencadas no art. 648.º e quando a relação devedor-fiador assim o justifique¹⁸, não tendo a fiança sido prestada em benefício exclusivo do credor¹⁹.

2.5 Extinção da fiança

Como já foi dito anteriormente, a fiança extingue-se com a extinção da obrigação principal – fruto da acessoriedade (651.º). Para além dessa causa, existem ainda situações que operam a extinção do negócio fidejussório de forma independente. Estas podem ser causas gerais de extinção das obrigações, bem como causas específicas extintivas da fiança. Porque mais condizente com o escopo do presente estudo, tratemos das específicas.

Ora, caso a obrigação garantida seja a prazo, a produção do seu vencimento possibilita o fiador a exigir que o credor acione o devedor dentro dos dois meses seguintes, sob pena de a fiança caducar (652.º, n.º 1), com a ressalva feita *in fine*, e desde que goze do benefício da excussão.

¹⁸ M.J. Costa Gomes, 2000, p. 844.

¹⁹ Almeida Costa, 2016, p. 901.

Se a dívida principal for pura e o seu vencimento depender de interpelação, o fiador que goze do benefício da excussão pode exigir que o credor interpele o devedor decorrido um ano desde a constituição da fiança.

Também na hipótese de o credor inviabilizar, através de facto positivo ou negativo, a possibilidade de sub-rogação do fiador se operará a extinção da fiança (653.º)²⁰. Está em causa proteger o fiador da eventual incúria do credor na gestão do seu crédito e no potencial agravamento que isso acarretará no risco do negócio fidejussório.

Deixamos o caso específico do art. 654.º, relativo à extinção de fiança de obrigação futura, para o ponto *infra*.

2.6 Fiança de obrigações futuras

Segundo o dispositivo do art. 628.º, n.º 2 *in fine*, a fiança é suscetível de ser prestada para garantia de uma obrigação futura ou condicional.

A possibilidade de o objeto fidejussório consistir numa obrigação condicionada não causa grandes suspeitas, em virtude da própria acessoriedade²¹. Já o mesmo não se pode dizer quanto à fiança por obrigação futura. De facto, embora expressamente contemplada esta possibilidade, importa esclarecer quais os termos da permissão.

Sendo assim, em primeiro lugar refira-se que por “obrigações futuras” deve entender-se quaisquer créditos não existentes, não sendo exigível que se verifique uma relação jurídica entre o credor e o devedor à data da prestação da fiança²². Significa isto que, embora logicamente anterior, se permite que a vinculação entre o credor e o devedor seja cronologicamente posterior à emissão da vontade de a garantir. O perigo e o risco em que incorre um assunto nestes termos são inegavelmente mais elevados do que numa fiança por dívidas presentes, visto que inexiste uma perfeita determinação da prestação do fiador no momento da constituição, pelo que dúvidas se levantam quanto à sua conformidade com o disposto no art. 280.º, n.º 1 quanto à determinabilidade do objeto.

Em função desta realidade *sui generis*, vem o art. 654.º tutelar o fiador no sentido de permitir que este se libere da fiança com base no agravamento da situação patrimonial do devedor enquanto a obrigação principal não se constitua, ou livremente passados cinco anos da prestação fidejussória.

As interrogações e o risco serão tanto maiores quanto mais elevado for o âmbito do objeto da fiança, isto é, quantas mais forem as obrigações futuras assumidas. Ora, o objeto do presente estudo é exatamente o cúmulo deste universo: tratamos da fiança denominada

²⁰ Pestana de Vasconcelos, 2020, p. 100.

²¹ Menezes Cordeiro, 2017, p. 463.

²² Neste sentido, M.J. Costa Gomes, 2000, p. 307.

omnibus, que garante todas as dívidas presentes e futuras do credor perante o devedor, em regra, emergentes de uma relação de financiamento.

Analisaremos em que termos é que este tipo fidejussório preenche o *minimum* necessário à validade de uma fiança por obrigações futuras, e exigível no momento da sua constituição: a) a identificação do devedor; b) os contornos da operação garantida; c) os critérios limitativos dos créditos futuros a garantir²³. É sobretudo este último *item* que suscita dúvidas.

3. A fiança *omnibus*: determinabilidade do objeto

3.1 Enquadramento da questão: regime aplicável

No que à determinabilidade do objeto diz respeito, importa, em primeira instância, definir o *regime aplicável* à fiança *omnibus*. Embora a letra do art. 280.º, n.º 1 seja, a nosso ver, suficientemente esclarecedora, nem por isso se tem deixado de discorrer sobre o tema, em especial graças à existência, potencialmente conflituante, do regime que o art. 400.º estabelece em específico no âmbito das obrigações.

Ora, sendo assim, temos que o art. 280.º, n.º 1 se aplica a todos os negócios jurídicos, obrigações *inclusive*, e que segundo o seu regime um negócio será nulo se o seu objeto for “indeterminável”.

Permite-se, assim, que se distingam duas situações de validade: a de o objeto ser determinado, por um lado, e a de o objeto ser indeterminado, mas determinável, por outro.

Neste último caso, a prestação não se encontra determinada no momento da conclusão do negócio, mas existem, contudo, critérios estipulados pelas partes *ab initio* para que em momento posterior se possa proceder a essa determinação.

É precisamente nessa circunstância que se lança mão do regime do art. 400.º. Recorrendo a este, um objeto indeterminado mas determinável, e por conseguinte válido, poderá ser concretizado pelas partes em momento posterior.

Do exposto resulta a articulação de ambas as normas numa relação de complementaridade. Nas palavras de Menezes Cordeiro, “só se põe o problema da determinação da prestação nos termos do artigo 400.º do Código Civil se a obrigação não for nula, por força do artigo 280.º” (Menezes Cordeiro, 1991, p. 563)²⁴. Esta é a posição adotada pela maioria da jurisprudência, e encontra-se consagrada no AUJ n.º 4/2001²⁵.

²³ *Ibid.*

²⁴ No mesmo sentido, R. Martinez & F. da Ponte, 2003, pp. 93-95, defendem que “o artigo 400.º do Código Civil deve ser interpretado em consonância com o artigo 280.º, n.º 1, do mesmo diploma, de forma a não retirar utilidade a este último preceito, criando um conflito de normas” (p. 95 da obra); também Menezes Leitão, 2019, p. 124.

Em sentido diverso, defendendo a aplicação autónoma do art. 400.º, M.J. Costa Gomes, 2000, pp. 672 e ss. Não obstante, aplica ao caso concreto da fiança o regime do art. 280.º, n.º 1.

²⁵ Ver ponto 2.1 do Ac.

Importa, portanto, analisar a fiança *omnibus* sob o prisma deste regime, uma vez que, na prática, as mesmas são no mor das vezes assumidas sem qualquer tipo de critério que permita delimitar as obrigações assumidas em termos temporais, de *quantum*, e de natureza ou proveniência, em especial no que toca às obrigações futuras.

Analisaremos em seguida os critérios apontados pela doutrina e jurisprudência para a almejada determinabilidade no momento da conclusão.

3.2 Fiança genérica de obrigações existentes

No que concerne à fiança *omnibus tout court* – aquela prestada para todas as obrigações presentes e futuras – a doutrina portuguesa maioritária considera que esta é divisível em dois segmentos: a assunção das obrigações presentes e coevas da prestação da fiança, por um lado, e a das obrigações a constituir no futuro, por outro.

Quanto às *obrigações presentes*, considera a maioria dos juristas e da jurisprudência que a *atualidade dos créditos* é critério suficiente à luz do art. 280.º, n.º 1²⁶, salvo raras exceções²⁷.

Quer isto dizer que se entende que as obrigações existentes no momento da assunção serão sempre determináveis, em último recurso, pelo menos através da simples averiguação das mesmas e cálculo aritmético dos seus valores, ainda que *a posteriori*²⁸.

Não obsta em nada à validade desta assunção o facto de não constar do título fidejussório qualquer tipo de menção ou enumeração relativa aos títulos dos quais surgem os créditos garantidos presentes à data da conclusão do negócio²⁹. Caberá ao fiador, quando confrontado com tal assunção, exigir que lhe seja comunicado o valor das obrigações antes de decidir vincular-se.

Deverá, assim, a fiança *omnibus tout court* ser alvo de redução nos termos do art. 292.º, subsistindo no seu substrato válido.

3.3 Obrigações futuras: critérios de determinação

Daqui se depreende que é no âmbito da determinabilidade das obrigações futuras que a questão tem sido mais discutida, sendo vários os critérios apontados no sentido de fornecer ao fiador uma representação *al presente* do risco fidejussório que assume na sua vinculação.

²⁶ Neste sentido, R. Martinez & F. da Ponte, 2003, p. 95; Menezes Leitão, 2019, p. 124; Pestana de Vasconcelos, 2020, pp. 105-106. Na jurisprudência, veja-se, p. ex., o ponto 2.3 do AUJ n.º 4/2001.

²⁷ M.J. Costa Gomes, 2000, pp. 597-601, considera que a atualidade dos créditos não é critério suficiente para conferir determinabilidade à assunção, pelo que a fiança que garanta todas as obrigações presentes do devedor para com o credor estará “sob suspeita” de indeterminação ou indeterminabilidade” (M.J. Costa Gomes, 2000, p. 600).

²⁸ Neste sentido, R. Martinez & F. da Ponte, 2003, p. 95, falam, a este respeito, numa “operação aritmética com base num universo determinado (as dívidas existentes à data da fiança)”; também neste sentido Mendes, 1995a, p. 133; Menezes Leitão, 2019, p. 124; Pestana de Vasconcelos, 2020, pp. 105-106.

²⁹ Mendes, 1995a, p.133.

Façamos a sua análise, partindo da lição do AUJ n.º4/2001^{30 31}:

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.³²

3.3.1 Referência ao sujeito banco e à sua atividade

Esta proposta consiste na defesa da qualidade subjetiva do credor, que em regra é um banco, como critério validante bastante.

Apoia-se na ideia de que a atividade bancária é alvo de minuciosa regulamentação, fiscalização e alto rigor técnico, conferindo previsibilidade ao decorrer da relação fidejussória, cujo risco para o fiador é assim representável na base de um comportamento ideal do credor banco – as “atividades bancárias normais” – e a consequente concessão de crédito em termos “padronizados” ao devedor principal.

Todavia, tal argumentação carece de cabimento, uma vez que a realidade será fundamentalmente contrária: ou seja, o banco concederá crédito ao devedor principal mediante a garantia que lhe ofereça o património do fiador³³. Equivale isto a dizer que o propugnado “comportamento padrão” é influenciado pela variável que se pretende que seja ele a determinar³⁴.

Acrescente-se que seria necessária uma qualquer base legal que viabilizasse este critério³⁵. Sem ela, qualquer tipo de especificidade que, porventura, se pudesse invocar em relação à atividade bancária não justifica um afastamento de um requisito geral imperativo de direito civil³⁶.

Finalmente, diga-se que não seria razoável interpretar a garantia em questão como abrangendo qualquer tipo de dívida, mesmo aquela que extravasasse por completo o âmbito de atividade do credor banco³⁷, pelo que este critério, na prática, não altera em nada uma fiança *omnibus* sem limitações.

³⁰ Para uma análise aprofundada desta decisão, veja-se M.J. Costa Gomes, 2002, pp. 49-78.

³¹ Para uma análise aprofundada e cronológica da evolução jurisprudencial da fiança *omnibus* em Portugal, veja-se Menezes Cordeiro, 2017, pp. 515 e ss.; também M.J. Costa Gomes, 2000, pp. 665 e ss.

³² Cf. ponto 4 do ac.

³³ Nas palavras de G. Valcavi, 2005, p. 265: “La fideiussione amplia la capacità di indebitamento del debitore nella misura della rispondenza del garante”.

³⁴ G. Valcavi, 2005, p. 265, pergunta a propósito, referindo-se ao credor banco: “Come può egli ad un tempo garantire al fideiussore che i futuri ampliamenti di fido tengano conto solo di quello che il debitore merita e non anche di quello che abbia a meritare per la fideiussione prestata?”

³⁵ M.J. Costa Gomes, 2000, p. 621.

³⁶ Faro, 2009, pp. 236-237.

³⁷ M.J. Costa Gomes, 2002, p. 72. Diz ainda o seguinte: “O problema coloca-se, naturalmente, a partir daí, sendo inteiramente artificiosa a construção que vê, em abstracto e independentemente da qualidade do fiador, em tal limitação natural e estrutural, um critério de determinabilidade”.

3.3.2 Limitação temporal

Este critério privilegia a determinação do objeto através da circunscrição cronológica da obrigação assumida pelo fiador *omnibus*, a aposição de um chamado limite horizontal ou duração máxima.

Este *dies ad quem* convencional pode ser entendido de duas formas: como dando origem a uma *fiança a termo certo*, ou a uma *fiança por tempo determinado*.

No primeiro caso, a fiança não poderá ser alvo de denúncia por parte do fiador³⁸, cessando com o decorrer do prazo, por caducidade. Restará apenas ao fiador o recurso à resolução por justa causa³⁹. Quanto ao credor, uma vez atingido o prazo e operada a caducidade, não poderá demandar o fiador, mesmo que por dívidas constituídas e vencidas durante a vigência da fiança⁴⁰.

No segundo caso, o estabelecimento do prazo e a sua verificação não opera a caducidade do negócio fidejussório, e a consequente extinção da garantia, mas antes demarca as obrigações a garantir pelo fiador: apenas aquelas constituídas até ao termo final⁴¹. Sendo assim, o assuntor poderá responder por obrigações cujo vencimento seja posterior à verificação do prazo, e este, à semelhança da denúncia, apenas fará cessar *ex nunc* a jurisgenia do título^{42 43}.

Determinar, em concreto, o sentido a atribuir ao prazo, e qual o tipo de fiança geral verdadeiramente acordado pelas partes, só poderá ser feito por intermédio da interpretação negocial. Ainda assim, em princípio, deverá entender-se que as partes pretenderam uma *fiança por tempo determinado*, cuja cobertura incluía as obrigações vencidas até ao seu termo⁴⁴.

Em função da sua inegável adaptabilidade, a tese que postulava a *combinação da limitação temporal e quantitativa* teve grande respaldo doutrinal e jurisprudencial⁴⁵.

Não parece, todavia, que seja suficiente ou eficaz, no que toca ao requisito do art. 280.º, n.º 1, embora revista grande importância no exercício da garantia, que se considere válida uma fiança *omnibus* tendo por base este tipo de limitação. Para além de não gerar uma delimitação

³⁸ Neste sentido, M.J. Costa Gomes, 2000, pp. 774-775.

³⁹ Neste sentido, M.J. Costa Gomes, 2000, p. 775. Em sentido diferente, R. Martinez & F. da Ponte, 2003, aplicam a estes casos o art. 564.º, na parte em que permite ao fiador liberar-se *ex nunc* em função da deterioração e agravamento da situação patrimonial do devedor principal; no mesmo sentido, Pestana de Vasconcelos, 2020, p. 110, nota de rodapé 278.

³⁹ M.J. Costa Gomes, 2000, pp. 713-714 e 774-775.

⁴⁰ M.J. Costa Gomes, 2000 pp. 713-714.

⁴¹ M.J. Costa Gomes, 2000, p. 711.

⁴² Há ainda quem entenda, diferentemente, que o estabelecimento de um prazo implica para o fiador que este apenas responda pelas dívidas constituídas e vencidas durante a vigência do mesmo (M.J. Costa Gomes, 2000, p. 711).

⁴³ M.J. Costa Gomes, 2000, p. 712 comenta, acerca deste tipo de fiança, que o limite, embora “sendo formalmente temporal, é *substancialmente* um limite de objeto da fiança, já que se destina a estabelecer um marco para o âmbito da vinculação do fiador” (itálico do autor).

⁴⁴ Neste sentido, Faro, 2009, p. 263.

⁴⁵ Calvão da Silva, 1999, p. 333, nota de rodapé 2, é um defensor desta tese.

objetiva suficiente, não operando quanto à origem nem quanto ao montante das obrigações, refira-se ainda que o prazo estipulado pode ser excessivo e, consequentemente, inútil⁴⁶. Outrossim, diga-se que é natural, dada a utilização da fiança *omnibus*, que esta seja preferencialmente celebrada por tempo indeterminado. Pensamos *inclusive* que a denúncia será sempre um meio mais adequado de tutela, quando permitido *ad nutum*, tal como demonstraremos *infra*.

3.3.3 Possibilidade de denúncia unilateral pelo fiador

Parte da doutrina e jurisprudência houve que apontou, especialmente numa perspectiva de validade absoluta, que a tutela do fiador *omnibus* estaria salvaguardada pela possibilidade de denúncia unilateral. Afinal, a obrigação do garante seria correspondente ao saldo devedor do sujeito passivo principal aquando da cessação da aptidão jurisdicção do título fidejussório.

Sem prejuízo da integral aplicação do art. 654.º às fianças de obrigação futura específica, há muito que a doutrina tem apontado que naquelas fianças genéricas cuja duração seja indeterminada, o fiador deve poder usufruir do regime geral de denúncia *ad nutum*, tal como é característico dos contratos que instituem *relações jurídicas duradouras*, tendencialmente perpétuas⁴⁷.

Usando desta prerrogativa, o fiador poderia com sucesso impedir os eventuais abusos das partes na relação principal, bem como evitar o excessivo avolumar da sua prestação.

A tese da denunciabilidade foi criticada e rebatida, e, a nosso ver, com toda a substância. De facto, embora, segundo a mesma, estivesse nas mãos do próprio fiador (veja-se!) a capacidade de definir a extensão do objeto da sua vinculação através da prática de um ato próprio e o facto de salvaguardar os interesses do credor em razão da sua eficácia *ex nunc*, tal não releva para fins de determinabilidade, que, como já desenvolvemos *supra*, deve ser aferida numa perspectiva *ex ante* e no momento da assunção, não no da determinação ou da chamada do fiador a responder.

Ademais diga-se, a denúncia não é suficiente para tutelar de forma adequada a posição do fiador, uma vez que o perigo que se pretende acautelar pode já estar consumado aquando da sua eficácia, respondendo o fiador por um elevado volume de créditos⁴⁸. No fundo, o expediente denunciativo tem o condão – citando Januário da Costa Gomes na senda de juristas estrangeiros⁴⁹ – de “apor um limite temporal e quantitativo numa fiança cujos (eventuais) efeitos catastróficos para o fiador, este não pode retroativamente apagar”⁵⁰.

⁴⁶ Neste sentido, Faro, 2007, pp. 288-289.

⁴⁷ Neste sentido, M.J. Costa Gomes, 2000, pp. 704 e ss. e 77 e ss., e novamente em M.J. Costa Gomes, 2002, pp. 58-59; Mendes, 2000, pp. 160-161 e 163-165.

⁴⁸ Neste sentido, M.J. Costa Gomes, 2000, pp. 689-690, e novamente em M.J. Costa Gomes, 2002, p. 61.

⁴⁹ Reinicke/Tiedtke, na Alemanha, Bregoli em Itália.

⁵⁰ M.J. Costa Gomes, 2000, p. 690.

Sendo assim, embora seja importante no desenvolvimento da relação fidejussória, a possibilidade de denúncia não é suficiente nem determinante para que se valide a fiança *omnibus* no seu pressuposto. É que, no final de contas, estamos perante uma espécie de fiança *por tempo determinado* cuja duração é “decidida” *ex post* pelo fiador. E ainda que tal o coloque numa posição mais favorável, mesmo assim não opera diretamente no cerne da questão.

Fazemos nossas as palavras de Menezes Cordeiro no sentido de que a denunciabilidade da fiança enquanto solução para o “destempero” das fianças genéricas serve apenas, na teoria, de “paliativo” (Menezes Cordeiro, 2017, p. 525)⁵¹, de um *damage control* que viabilizaria a operacionalidade do negócio, não obstante a sua indeterminabilidade.

3.3.4 A condição suspensiva

Granjeou também alguns defensores a tese que justificava a validade da fiança *omnibus* ilimitada com sutentação no facto de que ela consubstancia um *negócio condicional*.

Pretende-se que o credor seja beneficiário de uma condição potestativa suspensiva não arbitrária *a parte creditoris*⁵², cuja admissibilidade é maioritariamente aceite pela doutrina e jurisprudência⁵³, traduzível na possibilidade de conceder ou não crédito ao devedor principal⁵⁴, a qual legitima a determinação totalmente *a posteriori* do objeto do negócio fidejussório, em sentido diferente ao exigido pelo art. 280.º, n.º 1. A apregoada potestatividade teria como limite a prossecução dos *legítimos interesses contratuais* do credor, impossibilitando a contratação por mero capricho ou decisão frívola com o devedor principal.

Contudo, mesmo cingindo a decisão do credor aos seus legítimos interesses, tal desequilíbrio entre as partes não se coaduna com as exigências da boa fé objetiva⁵⁵, bem como permitir a definição da totalidade do conteúdo da prestação que recairá sobre o fiador *omnibus* vai para além do escopo condicional, ao qual é inerente *a priori* a amplitude dos efeitos condicionados, ou seja, *in casu*, o *quantum* da responsabilidade fidejussória⁵⁶.

Finalmente, pretender que a verificação de um requisito de validade como a determinabilidade possa ser preterido em função de uma condição é também extravasar o âmbito deste instituto jurídico, fazendo um uso abusivo do mesmo. A determinabilidade é uma

⁵¹ *Verbis*: “Teoricamente, [a denunciabilidade] seria um paliativo. Na prática, o banqueiro diligente que visse ser-lhe denunciada uma fiança cortaria, de imediato, o crédito, fazendo ainda vencer todas as obrigações em curso”.

⁵² Referimos “condição” no sentido de acontecimento futuro e incerto à ocorrência do qual as partes limitam a produção dos efeitos do negócio jurídico ou a sua resolução (270.º). Para uma explanação sobre os restantes sentidos do vocábulo, ver Faro, 2009, pp. 266-267.

No que respeita à distinção entre condições potestativas, causais e mistas, e seus subtipos, veja-se, p.ex. Mota Pinto, 2005, pp. 565-566. A condição potestativa é aquela cujo evento condicionante depende exclusivamente da vontade de uma das partes.

⁵³ Faro, 2009, pp. 270-273.

⁵⁴ G. Valcavi, 2005, p. 264, declara o seguinte a propósito da potestatividade da concessão de crédito: “Certamente il far credito in sé non è attività meramente potestativa, con riguardo ai soggetti del rapporto creditizio che sono liberi di contrarlo o no, ma lo è invece nei confronti del garante, alla loro mercé”.

⁵⁵ Faro, 2009, pp. 277-278.

⁵⁶ Faro, 2009, pp. 278-279.

condição imprópria, cuja subordinação negocial se explica numa lógica *ex lege* e não por exclusiva *vontade das partes*⁵⁷.

3.3.5 Limitação quantitativa

Outro critério, desta feita de carácter objetivo, é o do estabelecimento de um montante máximo garantido, *i.e. plafond*.

A tese do *importo massimo garantito*, como se designa em Itália, teve um acolhimento bastante assinalável numa perspetiva de correção dos excessos da fiança *omnibus*, oferecendo ao fiador a possibilidade de calcular previamente a magnitude da sua vinculação numa perspetiva numérica, num *quantum*⁵⁸.

Ora, tendo em conta que a calculabilidade é um dos elementos, a par da abarcabilidade, em que se traduz a determinabilidade, o estabelecimento *ex ante* de uma cifra logra, sem dúvida, conferir maior previsibilidade e determinabilidade às obrigações futuras. Parece-nos que tal facto é suficientemente óbvio: em comparação com qualquer outro tipo de critério, *per se*, ou em combinação, o limite máximo será aquele mais objetivo e mais prático, e qualquer tipo de combinação terá de colocar, em nosso entender, sempre na base um *plafond*⁵⁹.

Do que fica dito, ainda assim, será precipitado retirar a conclusão de que não existem problemas associados a este critério, e de que o mesmo não poderá ser alvo de crítica e reprovação em certos aspetos. Nada de mais errado.

Primeiramente, porque, apesar de evidente à primeira vista, nem por isso tem sido consensual qual o verdadeiro sentido a dar à limitação. Mais precisamente, coloca-se a questão de definir se o *plafond* abarca toda a prestação, ou se, diferentemente, não contemplará os segmentos acessórios da mesma, cingindo-se nesse caso unicamente à dívida principal⁶⁰. Neste particular, diga-se, limitar o prognóstico do fiador apenas ao montante da dívida principal significa, na prática, inutilizar o próprio limite.

Aliás, tendo em conta o âmbito negocial em que surge a maioria destas operações, que implica a utilização de *cláusulas contratuais gerais* (questão que abordaremos em maior profundidade *infra*) e a possibilidade de exclusão de certos índices do perímetro do limite através de acordo entre as partes, pugnamos que caso a cláusula que proceda a tal divisão não seja alvo do mesmo destaque daquela que instituiu – em termos conformes à LCCG – o

⁵⁷ MotaPinto, 2005, p. 562; ver também Faro, 2009, p. 280.

⁵⁸ Tanto acolhimento teve que em Itália, na senda da proposta do jurista Roppo, ascendeu a critério legal, através da mudança operada no art. 1938 do *Codice* pela “lei da transparência bancária” (Lei n.º 154 de 1992).

⁵⁹ Mesmo comparado com o critério da enumeração taxativa das fontes, que trataremos adiante, o único igualmente objetivo e delimitador em abstrato, o limite vertical mostra-se menos minimizador da essência da figura, da sua *souplesse* e, por conseguinte, sai vencedor desse “empate técnico”, como lhe chama Frederico Faro. O autor refere-se aos dois critérios como “tecnicamente empatados” (Faro, 2009, p. 251), isto numa perspetiva analítica dos vários posicionamentos doutrinários.

⁶⁰ Faro, 2009, p. 252.

respetivo limite máximo, estaremos, em princípio, perante uma *cláusula-supresa* (8.º/ c) LCCG) e uma cláusula proibida por violar o princípio da boa fé (15.º LCCG) ⁶¹.

Dito isto, no silêncio das partes, o limite deve ser entendido como englobando toda a dívida, em função do art. 634.º e do art. 11.º, n.º 2 LCCG. Acerca desta situação, comenta Januário da Costa Gomes: “Tratando-se, embora, de um problema de interpretação, *limite máximo* não significa ponto de partida para contagem de juros e custos, mas rigorosamente aquilo que as palavras significam: *limite máximo*” (M. J. Costa Gomes, 2000, p. 701) (itálico do autor).

Por outro lado, diga-se que a eficácia do *plafond* está dependente da adequação do seu *quantum* em face da relação concreta que se pretenda garantir. De facto, procurando esvaziar o seu efeito útil, é possível que o credor imponha ao fiador um limite demasiadamente elevado, sendo que nessa situação a proteção do garante em nada saiu reforçada. Por este motivo, há que salvaguardar a possibilidade de sindicância do montante estabelecido. Neste ponto, em casos de evidente intenção defraudatória, nos quais se haja claramente recorrido ao *plafond* visando meramente uma “formal ‘satisfação’ desse requisito” (M. J. Costa Gomes, 2000, p. 699), há de se entender a fiança em questão como se esta fosse ilimitada⁶², o que implicará, em princípio, a sua nulidade. Mas, na dúvida, o montante deve considerar-se adequado e, por conseguinte, o objeto da fiança determinado⁶³.

Parece-nos, contudo, que o desequilíbrio potencial aqui em questão abonaria no sentido de que a dúvida determinasse a inadequação do *plafond*. Isto porque, na realidade, o contrário leva a que se permitam, na prática, várias fianças ilimitadas, que é exatamente o que se pretende impedir. Todavia, entendemos que possa não existir substrato legal que sustente tal linha de raciocínio do ponto de vista do Código Civil (estritamente falando), malgrado a evidente discrepância das posições das partes na fiança *omnibus* mesmo quando celebrada entre particulares. Em função disso, e tendo em conta que na prática as fianças gerais serão instituídas através de *cláusulas contratuais gerais*, diferimos para momento posterior a explicação aprofundada da nossa proposta.

Do exposto, retiramos que a limitação quantitativa, embora não sem alguns problemas, é o critério mais virtuoso que a doutrina tem proposto no que toca ao momento da *formação* do contrato. Preserva ainda a funcionalidade da figura de melhor forma que o critério da enumeração das fontes, como demonstraremos adiante.

Em suma, temos que, em princípio, a fiança *omnibus* prestada para garantia de todas as obrigações presentes e futuras decorrentes das relações bancárias credor-devedor (*fiança*

⁶¹ Neste sentido, Faro, 2009, p. 254.

⁶² Neste sentido, M.J. Costa Gomes, 2000, p. 699.

⁶³ M.J. Costa Gomes, 2000, p. 700. No mesmo sentido, Pestana de Vasconcelos, 2020, p. 108, nota de rodapé 269.

omnibus tout court) que seja limitada por um montante máximo é determinável e, por conseguinte, válida nos termos do art. 280.º, n.º 1⁶⁴.

3.3.6 Controlo do fiador sobre a atividade do devedor principal

Este critério privilegia uma abordagem prática à questão da determinabilidade da fiança *omnibus*, relacionada com a circunstância de na grande parte dos casos este tipo de garantia ser celebrada no âmbito de acordos de financiamento entre bancos e sociedades comerciais, sendo o fiador sócio ou gerente desta última.

Assim, o controlo do fiador sobre a atividade do devedor implica que o credor banco não possa aumentar os créditos garantidos sem a permissão do assuntor, o que elimina o perigo face a potenciais abusos do credor na relação principal. Residiria a solução, assim, em rigor, não no preenchimento do art. 280.º, n.º 1, mas na desnecessidade da sua verificação⁶⁵.

De facto, ao ser igualmente parte na relação principal, porque *decision maker* na sociedade devedora, o fiador está em condições de apenas admitir as operações que sejam efetivamente necessárias, acautelando dessa forma a *ratio* da exigência de determinabilidade imposta pelo ordenamento. Daí que nem todo e qualquer fiador societário viabilize uma fiança ilimitada: apenas aquele com efetivo controlo ao nível das obrigações sociais, que o permita determinar o âmbito da sua responsabilidade fidejussória. Estarão nestas condições, segundo Januário da Costa Gomes, o sócio-gerente, o gerente não sócio, bem como o sócio único de uma dada sociedade⁶⁶.

Cessando esse pressuposto, essa posição de controlo, então cessará o apregoado preenchimento da *ratio* do art. 280.º, n.º 1, o que levanta a questão de definir que efeito produzirá uma eventual *alienação superveniente da participação social* na fiança *omnibus* assumida. A este respeito, o entendimento dominante na jurisprudência⁶⁷ vai no sentido de que a fiança *omnibus* não cessa pela perda da qualidade de sócio, a menos que essa condição

⁶⁴ Neste sentido, M.J Costa Gomes, 2000, pp. 681-682; Pestana de Vasconcelos, 2020, pp. 107-108; também neste sentido, embora com a achega de que não é “remédio para todos os males”, necessitando uma proteção sucessiva, Faro, 2009, pp. 257-258; Videira, 2016, p. 672.

⁶⁵ Pestana de Vasconcelos, 2020, p. 108, escreve o seguinte acerca do fiador que controla a sociedade devedora: “Embora não possa prefigurar no momento em que é contraída a fiança qual o montante da sua responsabilização, está em posição de o controlar”.

⁶⁶ M.J. Costa Gomes, 2000, p. 688.

⁶⁷ Cf., por ex., Ac. STJ de 08-03-20212, ponto 2.2.2 da fundamentação (ponto V do sumário); cf. também Ac. RC de 29-03-2011, ponto IV do sumário, que aponta para tal visão como decorrente da acessoriedade na extinção e da função de garantia.

seja expressamente acordada⁶⁸. A doutrina não é unânime na resposta à questão, oscilando entre a caducidade⁶⁹ e a subsistência do negócio⁷⁰.

Por outro lado, os defensores deste critério apontam que do ponto de vista comercialístico e societarístico – e não estritamente civilístico – não faria sentido a celeuma em torno da fiança geral, uma vez que o próprio ordenamento admite situações equiparáveis de responsabilização patrimonial subsidiária e ilimitada dos sócios pelas dívidas da sociedade. De facto, desde logo assim preconiza o regime geral das sociedades civis no art. 997.º, n.º 1, o art. 175.º, n.ºs 1 e 2 CSC para as sociedades em nome coletivo (SNC), e o art. 465.º, n.º 1 CSC para os sócios comanditados. Nestes casos, estaríamos perante uma verdadeira garantia legal *omnibus* e universal. Permite-se ainda que um sócio, no âmbito das sociedades por quotas (SQ), se vincule estatutariamente na garantia geral e universal das dívidas da sociedade até determinado montante⁷¹, por via do art. 198.º, n.º 1 CSC.

Perante esta realidade, seria um contrassenso permitir uma tal magnitude de vinculação a um sócio por via dos estatutos da sociedade e negá-la por via de uma fiança. Tanto mais que o recurso a essa fiança mais não almejaria do que a *co-assunção do risco empresarial* face a um determinado credor e relativamente a apenas certos tipos de responsabilidade, num meio onde predomina a subcapitalização social. A fiança *omnibus* possibilitaria, assim, que o sócio renunciasse ao regime de responsabilidade por dívidas da sociedade perante um determinado credor importante que este escolhesse.

Da nossa parte, entendemos que assegurar o afastamento de um requisito legal com base numa situação de facto sujeita a mudança significa, em última análise, o defraudamento da norma. A extinção da fiança *omnibus* que supervenientemente vier a carecer de um requisito legal imperativo, como o do art. 280.º, n.º 1, não pode ficar a cargo de um ato opcional por parte do fiador, eventualmente corrigido pelo instituto residual da boa fé no que toca à ação do credor. E, diga-se, o facto de na prática o sócio-fiador estar apto a proceder à denúncia da

⁶⁸ A mesma solução tem sido aplicada em caso de divórcio e separação de bens para o vínculo fidejussório do fiador cônjuge do co-fiador administrador de empresa, incluído na fiança em razão do alargamento da garantia aos bens comuns do casal e para prevenir, dessa forma, deslocações de bens entre massas patrimoniais (M.J. Costa Gomes, 2000, p. 822). Januário da Costa Gomes defende que, em sede de fiança *omnibus*, “deverão ter *grosso modo* o mesmo tratamento das fianças prestadas pelos sócios que, entretanto, alienam as respetivas participações sociais” (itálico do autor) (M.J. Costa Gomes, *Ibid.*). A mesma conclusão em M.J. Costa Gomes, 2002 pp. 55-56.

A este propósito, cite-se o Ac. RC de 20.03.2012, no qual se proclama o seguinte: “Não constitui alteração anormal das circunstâncias o divórcio do fiador casado com co-fiador administrador da sociedade devedora, a menos que se prove que essa condição de cônjuge foi uma causa/condição de ela prestar a fiança” (ponto IV do sumário).

⁶⁹ Neste sentido, Mesquita, 1986, p. 27, defende uma caducidade automática; Mendes, 1995b, pp. 457-58, defende a caducidade oponível apenas após conhecimento do credor da perda da qualidade de sócio.

⁷⁰ Neste sentido, M.J. Costa Gomes, 2000, pp. 826-827, e outra vez em M.J. Costa Gomes, 2002, pp. 64-65, considera adequada a este caso a denúncia nos termos gerais, que já abordámos *supra*, e, no caso de o sócio-fiador ter assumido uma fiança *omnibus* com limite temporal, a qual não seja suscetível de denúncia, aponta o recurso à resolução por justa causa, cujos efeitos operariam *ex nunc*, dependentes de comunicação ao credor.

⁷¹ No entender de Evaristo Mendes, 2000, p. 169, a obrigatoriedade de montante máximo nas SQ's justificar-se-ia pelo facto de a responsabilização ser universal e, como tal, aproveitar a todos os credores sociais, defendendo a possibilidade, dada a sua singularidade, de uma fiança *omnibus* ilimitada. Ademais, admite-a também para as sociedades anónimas (SA), mas aparentemente apenas com recurso a limite máximo, embora não se alongue muito quanto a este tipo societário.

garantia logo que se desvincule da sociedade não elimina a possibilidade de ele não o fazer e, por conseguinte, a possibilidade de subsistirem fianças *omnibus* ilimitadas, determinadas *per relationem*, desprovidas de critérios objetivos de delimitação.

Na verdade, pensamos ser exatamente este o cerne da questão no tocante ao critério do controlo do fiador sobre a sociedade devedora. Afinal de contas, estas fianças “comercializadas” são fianças válidas *per relationem*⁷², numa perspetiva de aplicação autónoma do art. 400.º. O conteúdo das mesmas é definido pelo credor e pelo devedor à medida que desenvolvem a relação jurídica garantida. Todavia, o art. 280.º, n.º 1 é imperativo e tutela *interesses gerais de contratação e de coesão do ordenamento jurídico*, e não de forma imediata e exclusiva interesses específicos de determinado contratante, pelo que não será atendível em sede desta norma o controlo que o fiador exerça sobre o devedor: a indeterminabilidade da fiança *omnibus* subsiste mesmo que, em concreto, inexistia um elevado risco de *auto-sujeição patrimonial*.

Aliás, pretender que a fiança *omnibus* nestes casos comporta menos riscos pela circunstância de servir, em primeira instância, para a “cobertura e ordenação da relação de negócios que se estabelece entre o banco e a sociedade financiada”⁷³ não colhe. De facto, não concebemos, a título de exemplo, que uma fiança de montante máximo não possa produzir igual resultado ordenacional. Se não funcionasse sempre como “verdadeira garantia das dívidas” (Mendes, 2018, p. 117)⁷⁴, por que razão haveria o fiador de gerir a sua empresa de forma mais cautelosa, evitando ao máximo o incumprimento, em função da assunção? Fica a dúvida.

Além do mais, diga-se, a norma do art. 280.º, n.º 1 cinge-se aparentemente apenas ao momento da conclusão do negócio porque presume que a determinabilidade será concedida mediante critérios fixos e estáveis e não conjunturas voláteis. Assim, determinabilidade *ab initio*, para efeitos desta norma, equivalerá a determinabilidade *all throughout* para o ordenamento. Nestes termos, a circunstancialidade, bem como a já aludida discordância interna e externa à doutrina quanto à extinção deste tipo de fianças, torna a posição do fiador face ao devedor inatendível em sede de determinação do objeto negocial.

Num outro plano, não seguimos igualmente o entendimento comercialístico que pretende justificar a assunção fidejussória ilimitada para o futuro com recurso analógico ao regime de responsabilidade por dívidas estabelecido pelo CSC para os diversos tipos societários. Repare-se que nas SQs a regra é a irresponsabilidade dos sócios e que, quando o

⁷² M.J. Costa Gomes, 2000, pp. 675-676, escreve o seguinte, quanto à generalidade das fianças *omnibus*: “Ou seja, na realidade e substancialmente, as partes do contrato de fiança confiam a determinação da prestação do fiador ao credor e ao devedor principal, ou seja, a *uma das partes* e a terceiro”.

⁷³ Mendes, 2018, p. 117.

⁷⁴ O autor escreve o seguinte: “Só em casos patológicos a fiança funcionará como verdadeira garantia das dívidas, no sentido do artigo 627.º, n.º 1.”; A mesma lógica é reproduzida pelo autor quanto ao aval prestado por livrança em branco em *Aval prestado por sócios de sociedades por quotas e anónimas e perda da qualidade de sócio*, pp. 22 e ss.

contrário é convencionado, exige-se a estipulação de um limite máximo, ao passo que nas SNCs e SCs a vinculação *omnibus* e universal ilimitada é inerente ao regime, ou seja, não é o reflexo imediato de uma declaração negocial, é antes uma imposição do tipo societário⁷⁵.

Esta diferença é fundamental. O legislador reconhece o caráter direto e transacional da cláusula de vinculação do art. 198.º, n.º 1 CSC conjugada com a elevada magnitude das dívidas assumidas (em princípio, maiores do que em sede de SNC). Assim, conquanto a assunção revista caráter estatutário, a exigência de limite máximo neste artigo, a sua *ratio*, é equiparável à do regime do art. 280.º, n.º 1 e do requisito imperativo de determinação do objeto dos negócios jurídicos.

Diga-se, *inclusive*, que o art. 198.º CSC permite a estipulação de cláusula que restrinja a responsabilidade “até determinado montante” do quotista a determinada dívida social, individualizada pela sua natureza, fonte, ou circunstâncias específicas do credor, sem que tal acarrete a preterição do limite⁷⁶. Assim, a cláusula que estipule a responsabilidade ilimitada deverá ser considerada nula, por violar uma das notas características da sociedade por quotas⁷⁷, pelo que uma fiança *omnibus* prestada sem limitação de montante por um quotista deve ser vista como uma fraude ao *princípio da tipicidade*⁷⁸.

Por tudo isto, e com o devido respeito, não consideramos aceitável que se sustente, numa base analógica, a validade de fianças *omnibus* ilimitadas em meio societário por força da eventual posição de controlo do fiador sobre a atividade do devedor.

3.3.7 Enumeração das fontes

Finalmente, analise-se a proposta de determinabilidade que consiste na circunscrição do objeto da fiança com recurso à menção expressa dos títulos ou operações passíveis de celebração entre o credor e devedor principal, a qual obteve grande adesão, especialmente no âmbito jurisprudencial.

Na prática, sendo a relação fidejussória de cariz bancário, será possível ao fiador determinar *ex ante* os termos da sua vinculação desde que o tipo de operações bancárias (tais como desconto de letras e concessão de crédito), a celebrar entre credor e devedor principal, seja devidamente acautelado, com a consequente exclusão objetiva de obrigações

⁷⁵ Coutinho de Abreu (coord.), 2016, comentário ao art. 175, p. 29: a nota rodapé 79 dá conta da opinião de Catarina Serra, que atribui à responsabilidade dos sócios uma “*essência fidejussória*” que, no entanto, advém de uma “especial qualidade ou posição”, a de sócio.

⁷⁶ Coutinho de Abreu (coord.), 2016, comentário ao art. 198, Maria Elisabete Ramos, p. 185.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Neste sentido, Menezes Cordeiro, 2017, p. 525.

manifestamente imprevisíveis cuja causa se encontre fora do âmbito da relação que efetivamente se pretende afiançar⁷⁹ ⁸⁰.

Claro está, a enunciação do rol de operações terá de ser suficientemente delimitativa no sentido de restringir o conteúdo da fiança em termos úteis. De nada servirá uma enumeração de títulos meramente exemplificativa⁸¹ (*i.e.* provida do advérbio “designadamente”) ou uma elencação de operações aparentemente taxativa, mas cujo âmbito englobe todas as operações passíveis, em abstrato, de celebração pelos sujeitos da relação principal (*enunciação plúrimo-universal*)⁸². Estes casos em nada diferem de uma fiança *omnibus* ilimitada, e encontram-se, em igual medida, viciados de nulidade face ao art. 280.º, n.º 1.

Por outro lado, mesmo que a enumeração forneça uma suficiente restrição do conteúdo previsível da prestação fidejussória, nem por isso estará isenta de críticas. Isto porque traduzindo-se o objeto da fiança essencialmente numa *prestação de quantia*, em nada a delimitação dos títulos ajuda a que o fiador conceba satisfatoriamente um *quantum* no momento da assunção, pelo que subsiste o perigo de vir a responder no futuro por dívidas de magnitude elevadíssima. Tendo isto em conta, não acautelada a calculabilidade do objeto, este será, para todos os efeitos, inabarcável para o fiador no momento da conclusão do negócio⁸³.

Em suma, embora em teoria seja aparentemente suscetível de conferir determinabilidade ao objeto da fiança, e de ter gozado de acentuado respaldo jurisprudencial, não consideramos a enumeração das fontes como critério suficiente para conferir validade à fiança geral.

4. A aferição casuística da determinabilidade

Chegados a este ponto, analisados que foram os vários critérios de determinabilidade numa perspetiva isolada, merece ressalva a realidade da prática jurídica quanto ao tratamento da fiança *omnibus*.

A jurisprudência, bem como a doutrina, têm-se recusado a propalar um único critério como solução, sendo hodiernamente um ponto assente que este tipo de garantia é válido na perspetiva da determinabilidade do objeto, validade essa passível de ser atribuída com

⁷⁹ Calvão da Silva, 1999, pp. 332-333, nota de rodapé 2, é um defensor da validade das fianças *omnibus* com recurso a este critério. No seu entender, a circunscrição deve ser feita do lado do devedor afiançado, e não do banco, através da menção a “*certos e determinados tipos ou categorias de atividades* por ele [devedor principal] desenvolvidas” (itálico do autor).

⁸⁰ M.J. Costa Gomes, 2000, pp. 684-685, exemplifica, a este título, com recurso a jurisprudência, a fiança em que o fiador responde “por todas e quaisquer obrigações decorrentes de aberturas de crédito celebradas entre o banco e o cliente” (sublinhado nosso); e a fiança em através da qual se garantam dívidas ao Banco “emergentes ou relacionadas com garantias bancárias” (sublinhado nosso); Faro, 2009, pp. 298-299, faz uma breve análise da jurisprudência nacional adepta deste critério.

Cf. Ac. STJ 08-09-2011, que considera válida fiança prestada por sócio gerente da sociedade devedora para garantia de determinados contratos de fornecimento.

⁸¹ Faro, 2009, p. 301, apelida estes casos de “*pseudo-enumeração*”, e aponta a sua frequente ocorrência nos formulários bancários, facto que não abona a favor do critério.

⁸² M.J. Costa Gomes, 2000, p. 684.

⁸³ Neste sentido, M.J. Costa Gomes, 2000, p. 685.

fundamento nos mais variados elementos: através da enumeração de fontes, do controle do fiador, da limitação temporal, etc.⁸⁴

Ainda assim, se é verdade que certos critérios, como em especial o da limitação máxima quantitativa ou o da limitação temporal, são aptos em teoria a validar o negócio em sede de determinabilidade⁸⁵, também não deixa de se verificar que a sua viabilidade prática pode ser frustrada por força da sua manipulação visando o seu mero preenchimento formal (pense-se no caso da estipulação de *plafond* excessivo). Ora, ao contrário de objeções do ponto de vista da determinação, relativas ao art. 280.º, n.º 1, estas achegas não estão diretamente relacionadas com a indeterminabilidade do objeto prestacional propriamente dita⁸⁶, mas sim com a forma como as partes exercem os seus direitos na vigência do negócio.

Por este prisma, o verdadeiro cerne da questão migra da *validade* para o campo da *eficácia*, questão que abordaremos em seguida.

Daqui se depreende que a análise apriorística e abstrata da determinabilidade da fiança *omnibus*, através da defesa “cega” de um critério único milagroso que presida à solução de todos os casos, postergando todos os outros elementos porventura disponíveis em concreto, foi abandonada em terras lusas.

Concluindo, retire-se o seguinte quanto à validade da fiança genérica em sede do art. 280.º, n.º 1: a determinabilidade deverá ser aferida “em concreto, a partir do que do contrato consta e do que, em função do mesmo, é reclamado ao fiador”⁸⁷.

5. Fiança *omnibus* e boa fé objetiva

5.1 Regime das cláusulas contratuais gerais e exercício da autonomia privada pelo credor banco

A fiança *omnibus*, cuja *alma mater* e campo de aplicação é, como se depreende, maioritariamente a *praxis* contratual da banca, tem na sua génese o circunstancialismo que advém da sua assunção através de esquemas contratuais pré-definidos, ou seja, mediante *cláusulas contratuais gerais*⁸⁸, cuja utilização por parte do credor banco deve ser presidida e pautada em conformidade com a boa fé objetiva.

⁸⁴ Neste sentido, Pestana de Vasconcelos, 2020, pp. 103 e ss., em particular pp. 107-08; Menezes Leitão, 2019, pp. 123-125; Faro, 2009, pp. 302-312; R. Martinez & F. da Ponte, 2003, pp. 96-101, em particular p. 97.

⁸⁵ Nesse sentido, Faro, 2009, pp. 304 e ss. Afirma, a propósito dos vários critérios, que a “defesa da sua validade, em concreto ou *in abstracto*, é inteiramente *factível*”, defendendo em seguida que o ponto focal deve residir nas “inúmeras possibilidades de abuso por elas [soluções] consentidas” (itálico do autor).

⁸⁶ Faro, 2009, p. 305.

⁸⁷ Ac. RP 14-03-2017, ponto III) do sumário *in fine*. No mesmo sentido, Abílio Neto, 2010, p. 198, na anotação 62 ao art. 280.º, n.º 1, transcreve o ponto VII do sumário do Ac. STJ de 19.10.1999: “O problema de determinabilidade, ou não, do objecto de obrigações futuras, isto é, da prestação debitória da fiança geral relativa a obrigações futuras, passa pela interpretação do termo constitutivo da garantia”.

⁸⁸ Discordamos da corrente doutrinal que não considera o fiador um aderente para efeitos da LCCG. Veja-se, p. ex., acs. RL de 19-11-2009 (ver ponto 2.1 de III); RL 18-09-2007; e RL 01-10-2014, nos quais se defende que a fiança

Cumularemos, assim, a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (LCCG)⁸⁹ com o art. 280.º, n.º 1 numa perspetiva reforçada de complemento entre os dois regimes, versando o primeiro destes normativos a regulação do exercício da autonomia privada pelas partes capazes de conformar unilateralmente o conteúdo do negócio.

Comecemos por estabelecer um ponto prévio relativo à estrutura negocial deste tipo de fiança. Via de regra, os modelos bancários dividem o objeto garantido e a fiança em duas partes⁹⁰, sendo uma relativa à operação contratada no presente, a qual, no fundo, ocasionou a exigência da prestação da garantia; e outra parte, da qual constam as operações suscetíveis de celebração no futuro e a menção aos negócios presentes, e que lhe conferem o caráter *omnibus*. Isto é, far-se-á constar do contrato a individuação do negócio “de partida” e a declaração de que os outorgantes se constituem fiadores da obrigação que dele emerge e, em seguida, no mesmo documento ou em documento separado, surgirá uma cláusula autonomizada, dita de extensão, na qual se declara que a fiança cobrirá obrigações emergentes de todos os presentes e futuros negócios que o banco celebre ou haja celebrado com o devedor principal⁹¹.

Assim sendo, focando-nos na *cláusula de extensão omnibus*, esta poderá constituir, antes de mais – sem prejuízo das outras situações previstas no art. 8.º LCCG⁹² – uma *cláusula-supresa* (8.º/c) LCCG), na medida em que o aderente não possa razoavelmente contar com ela⁹³.

Este juízo é relativo não ao conteúdo e substância da cláusula *per se*, mas sim ao seu contexto e à sua efetiva comunicação ao aderente. Ou seja, tendo em conta, neste caso específico, o negócio a que está associada e que lhe deu origem e o modo como surge posicionada e comunicada no contrato. Desde logo, uma cláusula de extensão *omnibus* que surja num posicionamento marginalizado na estrutura do formulário violará este preceito, bem como aquela que surja num documento cuja epígrafe remeta especificamente para uma

omnibus, pelo facto de o fiador intervir de forma acessória, e, logo, autonomamente do ponto de vista jurídico em relação ao devedor, perante o credor banco, não se encontra por isso abrangida pelo regime das CCG.

Para que a assunção fidejussória caia no âmbito da LCCG, para tal basta que estejam verificados os pressupostos do seu art. 1.º. Neste sentido, M.J. Costa Gomes, 2000, pp. 692 e ss.; também Faro, 2009, p. 363, nota de rodapé 1021. Neste sentido, veja-se o ponto I do ac. STJ 09-07-2015.

⁸⁹ DL n.º 446/85, de 25 de outubro.

⁹⁰ M.J. Costa Gomes, 2000, p. 695.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² No que ao art. 8/a) e b) LCCG diz respeito, veja-se, por ex., o afirmado no Ac. STJ de 3-05-2007, de que estando a noção de fiança e a de fiador há muito no senso comum, não pode o aderente pretender invalidar o negócio com motivo no desconhecimento de cláusulas que não são exigentes do ponto de vista técnico e interpretativo. Se este não conhece as exatas condições em que se obrigou, tal deve-se à sua irreflexão.

Quanto à cláusula de extensão *omnibus*, veja-se M.J. Costa Gomes, 2000, pp. 585 e ss.; e Faro, 2009, p. 385. Especificamente, deverá ter-se, do nosso ponto de vista, o posicionamento oposto. Ou seja, deverá ser o banco a demonstrar que procedeu à efetiva e adequada comunicação do sentido e das consequências daquele tipo de cláusula, e abster-se de bagatelizar o negócio ou induzir em erro o aderente, bem como “dissimular” o erro notório da contraparte quanto a qualquer questão relativa ao negócio.

Do exposto retira-se que o âmbito dos deveres de informação que caberão ao credor Banco que procure contratar uma fiança *omnibus* abarca todos aqueles elementos que o fiador desconheça justificadamente e que sejam fundamentais para uma conforme declaração de vontade (Faro, 2009, p. 378).

⁹³ M.J. Costa Gomes, 2000, p. 694.

operação e um montante ou uma operação concreta⁹⁴. Tais cláusulas ter-se-ão como excluídas do contrato singular *ex vi* art. 8.º LCCG, não chegando a produzir qualquer tipo de efeito⁹⁵.

Sucessivamente, caso não seja excluída nos termos anteriores, há que aferir da mesma à luz da cláusula geral de proibição de cláusulas (passe a redundância) contrárias à boa fé extante no art. 15.º LCCG. A doutrina portuguesa auxilia-se do § 307 BGB (antigo § 9 do AGBG), o artigo correspondente no regime alemão, para concretizar este preceito. Assim, será contrária à boa fé qualquer cláusula que prejudique a parte aderente de modo irrazoável ou desproporcionado⁹⁶(*unangemessene Benachteiligung*)⁹⁷. A cláusula que viole este comando será nula nos termos do art. 12.º LCCG⁹⁸.

Ora, como já explicitámos *supra*, pugnamos que a estipulação de um limite vertical é apta a conferir validade às fianças gerais em relação ao art. 280.º, n.º 1. Posto isto, a questão coloca-se: deverá defender-se um tratamento mais exigente em sede de LCCG para a fiança *omnibus*? Cremos que sim⁹⁹. A dualidade funda-se na diferença da tutela conferida pelos dois regimes, e é algo que se verifica, por exemplo, na jurisprudência alemã, após a célebre sentença de 18.05.95¹⁰⁰. Ora, o regime da LCCG pressupõe o regime do art. 280.º, n.º 1, que versa a determinabilidade, e reforça-o, adicionando uma variável de sindicância já não relativa àquele requisito apenas, mas sim à tutela da boa fé.

Nesse sentido, defendemos o seguinte, tendo em conta a dificuldade de sindicância do limite máximo: a cláusula de extensão *omnibus* que estipule o *plafond* é, em princípio, contrária à boa fé *ex vi* art. 15.º LCCG bem como, em princípio, *cláusula-surpresa* nos termos do art. 8.º/c) do mesmo diploma. Isto porque não só a posição das partes contratantes é, em princípio, desfasada em tal contexto negocial, sendo o fiador a parte fraca, mas também porque a fixação de um *quantum* limitativo é unilateralmente decidida pelo credor, parte forte.

⁹⁴ M.J. Costa Gomes, 2000, pp. 694-695.

⁹⁵ Almeida Costa, 2016, p. 266.

⁹⁶ M.J. Costa Gomes, 2000, p. 695.

⁹⁷ Na expressão alemã do § 307 BGB (ex-§ 9 AGBG).

⁹⁸ A jusante, determinada a exclusão da cláusula de extensão *omnibus* (8.º LCCG) ou a sua nulidade (12.º LCCG *ex vi* 15.º LCCG) há que atender, respetivamente, aos regimes dos arts 9.º e 13.º-14.º LCCG. Tudo dependerá da forma como o negócio foi estruturado. Em último recurso, não sendo possível a efetivação dos expedientes consagrados, poder-se-á abrir mão do abuso de direito (art. 334.º), para manter a garantia quanto ao negócio que constituiu a sua *occasio*. Neste ponto, veja-se, M.J Costa Gomes, 2000, pp. 703-704, para todas as hipóteses de formulação da cláusula de extensão.

⁹⁹ Em sentido diverso, M.J. Costa Gomes, 2000, p. 698, defende que não faz sentido estabelecer uma linha divisória entre as fianças celebradas entre particulares e aquelas celebradas com recurso a CCG no direito português.

¹⁰⁰ Nesta decisão, considerou o BGH que, ainda que limitadas apenas à *Geschäftsverbindung* (relação credor-devedor), este tipo de cláusula é contrário à boa fé, estabelecendo, como princípio, a nulidade das *cláusulas omnibus* sem limite máximo face ao então § 9 AGBG. Além disso, considerou ainda que tal cláusula deveria, sem prejuízo, ser tida como contrária à norma do § 3 AGBG (atual § 305c, (1) BGB) e, como tal, ser considerada *cláusula-surpresa* (*überraschende Klausel*), exceção feita ao caso em que o aderente é um fiador com controlo sobre a atividade do devedor principal.

Até então, o entendimento do BGH era no sentido de que as fianças para todas as obrigações presentes e futuras, apenas delimitadas pela *Geschäftsverbindung*, não só preenchiam os requisitos do § 765 BGB (equivalente ao nosso 628.º, n.º 2), como também não deveria ser entendida como contrária à boa fé em sede do § 9 AGBG.

Já quanto à fiança *omnibus* com limite máximo (*Höchstbetragsbürgschaft*), veja-se a S. de 7.3.96, na qual considera o BGH que, em princípio, a cláusula de extensão não será atentatória da boa fé, podendo, no entanto, constituir *cláusula-surpresa*.

Esta última circunstância é decisiva, uma vez que esse limite levará o credor banco a contratar de forma mais controlada com o devedor principal e este efeito estará comprometido, em princípio, caso seja o credor a defini-lo, sem qualquer participação por parte do fiador aderente.

Deveras, declaramos ser esta a situação ideal, tanto mais que o efeito útil de tal posicionamento será o de colocar a prova da conformidade do *plafond* do lado do banco, e de, em caso de dúvida, o limite se considerar contrário ao art. 15.º LCCG. A solução poderá passar pela estipulação de um limite adicional, desta feita relativo à abarcabilidade, que restrinja o âmbito da garantia de forma a que a fiança não inclua todo e qualquer título plausível na relação entre o credor e o devedor, por forma a que a fiança *omnibus* com recurso a CCG não tenha a mesma amplitude que uma fiança *omnibus tout court*: para todas e quaisquer obrigações futuras emergentes da relação credor-devedor.

Poder-se-á objetar a este entendimento, mas, embora diminuidor da essência deste tipo fidejussório, que consiste precisamente na sua amplitude e elasticidade, entendemos que confere área delimitável suficiente para que se possa aliar a necessária clareza da assunção à tendencial generalidade almejada sem comprometer o tipo por completo¹⁰¹.

Só assim não será no caso de o fiador ser um *sócio-timoneiro*, em função da mitigação que tal situação opera no tendencial desequilíbrio do quadro negocial acima descrito. Embora *supra* tenhamos manifestado a nossa contrariedade face a este critério, fizemo-lo em sede de regime geral de determinabilidade. Ora, em sede de tutela da boa fé nas CCG defendemos que tal circunstância é atendível dada a maior consideração pela situação concreta das partes, devendo as fianças prestadas por fiadores que controlam a atividade do devedor ser consideradas, em princípio, como não contrárias à boa fé e como não constituindo *cláusula-supresa* – posto, claro está, que sejam limitadas a um *quantum*¹⁰².

Em todos os outros casos, em princípio, mesmo pressupondo a correta comunicação e o devido conhecimento do conteúdo, não vislumbramos que a estipulação de um limite vertical seja suficiente para, de *per se*, tal como alude Almeida Costa¹⁰³, eliminar questões de justiça comutativa basilares no negócio concreto, relacionadas com a posição das partes, numa perspetiva “quem diz contratual diz justo” (Calvão da Silva, 2017, p. 259)¹⁰⁴.

Embora possa parecer pouco ousada do ponto de vista técnico e doutrinário, consideramos que é o resultado adequado à *ratio* da LCCG, respeitadora do objetivo

¹⁰¹ Não se trata de defender uma perspetiva de invalidade absoluta do instituto em sede de LCCG, exigindo, à semelhança de Menezes Cordeiro (2017, p. 526), que do título resulte o tipo e a origem das obrigações a garantir; a qualidade em que o fiador dá a sua garantia, o montante máximo garantido, e a duração máxima garantida.

¹⁰² Em sentido diferente, M.J. Costa Gomes, 2000, pp. 696-697, vai no sentido de tratar este tipo de situações como uma exceção à tendencial nulidade das fianças *omnibus* ilimitadas. O autor apenas admite que não se estipule um montante máximo precisamente no caso de o fiador controlar a atividade do devedor principal.

¹⁰³ Almeida Costa, 2016, p. 247.

¹⁰⁴ A expressão é proferida a propósito dos “valores fundamentais do direito” em sede dos arts. 15.º e 16.º LCCG.

pretendido pelas partes (16.º/ b) LCCG) e da confiança suscitada nelas em função do processo negocial (16.º/ a) LCCG).

5.2 Deveres de informação na fase de garantia

Uma vez ultrapassada a fase de formação da garantia, também durante o período de jacência fidejussória se fará repercutir o princípio da boa fé objetiva no conteúdo dos deveres da parte ativa da relação jurídica, conquanto inexistam um dever primário de prestação a seu cargo.

Como coordenada geral, o dever de informação do credor banco face ao fiador deve abranger todas as circunstâncias supervenientes que este último não haja podido conhecer justificadamente¹⁰⁵ ¹⁰⁶. O desconhecimento há de ser *justificado* em concreto, mercê da impossibilidade ou elevado grau de dificuldade de obtenção da informação em causa, em função do *onus de auto-informação* que recai sobre o fiador acerca dos riscos em que incorre na assunção fidejussória, bem como da sucessiva evolução da situação patrimonial do devedor principal¹⁰⁷.

A exceção reside nas situações de *sensível agravamento do risco da fiança*, agravamento esse imprevisível numa lógica de cálculo apriorístico de evolução da *situação patrimonial do devedor principal*. Isto porque, fundando-se a vontade de assunção do fiador no risco existente à data da conclusão do negócio, não é razoável pretender que este pressupõe a inalteração sucessiva do *status* económico do devedor, pelo que não será qualquer decréscimo de ativos a justificar uma conduta positiva por parte do credor, mas sim apenas um caso extremo¹⁰⁸.

Tal exigência é relevante para a tutela do fiador considerando o exposto no art. 468.º/b), que permite a este liberar-se exatamente na situação de agravamento sensível do risco, independentemente de não ter existido culpa por parte do devedor nesse agravamento. Em sede de fiança *omnibus*, a informação será igualmente relevante em função do art. 654.º.

No tocante à situação de *quebra de pagamentos por parte do devedor*, e consequente potencial agravamento da dívida do fiador graças à acumulação de juros, impõe-se ao credor banco o ónus de informar o fiador do sucedido, desde que a referida quebra, pela sua reincidência, indiciem dificuldade económica do devedor em cumprir¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Neste sentido, Faro, 2009, p. 386.

¹⁰⁶ Significa isto que, nas situações em que o fiador tenha sido capaz de obter a informação por sua própria iniciativa ou por intermédio de terceiros, não será necessário que o credor Banco proceda ao seu esclarecimento. Ademais, sempre que o fiador aja como se tivesse conhecimento da informação, é legítimo ao credor banco concluir pela desnecessidade de comunicar.

¹⁰⁷ Faro, 2009, p. 400. Diga-se, aliás, que o *dever geral de informação* vincula ambos os pólos do negócio (Faro, 2009, p. 390).

¹⁰⁸ Neste sentido, Faro, 2009, p. 387; M.J. Costa Gomes, 2000, pp 581-582 e 592.

¹⁰⁹ Neste sentido, M.J. Costa Gomes, 2000, p. 962.

Cela étant, para que os débitos surgidos posteriormente às situações acima elencadas sejam eficazes perante o fiador *omnibus*, o banco terá de o informar devidamente, e ele terá de concordar com a manutenção da garantia¹¹⁰. Isto porque, a este propósito, entende-se que o *animus fideiubendi* do assuntor *omnibus* encerra duas autorizações¹¹¹.

Uma primeira autorização, que reveste o caráter *omnibus* propriamente dito e confere automaticidade na cobertura dos créditos futuros, atinente à operação garantida, e cuja premissa seja a situação patrimonial do devedor principal ao momento da conclusão do negócio¹¹².

Uma segunda autorização, necessária em função do agravamento dessa premissa, e que se destina a consentir nas novas pretensões mutuárias das partes principais, haja vista a cessação da cobertura automática¹¹³. Esta prerrogativa não pode ser alvo de renúncia, pelo que qualquer cláusula que vise fornecer licença ao credor para aferir livremente da outorga de novas obrigações a um devedor principal financeiramente debilitado ter-se-á, por via de regra, como *cláusula-surpresa* (8.º/c) LCCG), bem como cláusula contrária à boa fé (15.º LCCG), mesmo que, em concreto, a fiança se encontre limitada por um *plafond*¹¹⁴.

Só assim não será na hipótese de o *fiador controlar a atividade do devedor*. Nestes casos, atenta a “profissionalização” da contraparte, em princípio conhecedora dos costumes bancários sobre a matéria, bem como dos efeitos inerentes à assunção *omnibus*, e da posição privilegiada que esta ocupa na estrutura do devedor principal, que a habilita a tomar conhecimento da solvabilidade do devedor sem que tenha de recorrer ao credor, a boa fé objetiva impossibilitará o fiador de arguir a nulidade ou a ineficácia da fiança por ausência de informações ou de pedido de autorização por parte do credor banco¹¹⁵. Daí que, em princípio, uma cláusula que transfira para a esfera do sócio-fiador o ónus de seguir os desenvolvimentos negociais da sociedade, na prática permitindo ao credor banco a livre concessão de crédito, não deverá ser vista como atentatória da boa fé objetiva.

Finalmente, também aquando do exercício da faculdade de denúncia pelo fiador se exige das partes que atuem sob a égide da boa fé objetiva. Por um lado, não poderá o credor banco intensificar a concessão de crédito durante o necessário período de pré-aviso¹¹⁶, numa lógica de “lufa-lufa” (a expressão é de M. J. Costa Gomes, 2000, p. 776), sob pena de ineficácia de tais obrigações perante o fiador. Por outro lado, o fiador que procure exonerar-se da garantia de forma despropositada, sem outra aparente racionalidade que a de liberar-se do

¹¹⁰ Faro, 2009, p. 389. M.J. Costa Gomes, 2000, pp. 590-591, alerta para a necessidade de “conjugar a questão do âmbito dos deveres de protecção a cargo do credor com a própria responsabilidade (*Eigenverantwortlichkeit*) do fiador”.

¹¹¹ Faro, 2009, p. 427.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Faro, 2009, pp. 427-428.

¹¹⁴ Neste sentido, Faro, 2009, pp. 436-437.

¹¹⁵ Faro, 2009, p. 403.

¹¹⁶ Neste sentido, Pestana de Vasconcelos, 2020, pp. 109-110 ; Faro, 2009, p. 242; em sentido contrário, M.J. Costa Gomes, 2000, p. 776, e novamente em M.J. Costa Gomes, 2002, pp. 59-60.

compromisso assumido sem que o objetivo do financiamento tenha sido alcançado e sem que o escopo da fiança tenha sido respeitado, deverá igualmente ver votados à ineficácia os efeitos da sua declaração¹¹⁷.

5.3 Exclusão de certas obrigações do âmbito natural da fiança

Passamos agora para a análise dos efeitos da boa fé objetiva na delimitação dos créditos cobertos pela fiança *omnibus* e nos seus efeitos no que toca ao exercício dos direitos que dela advêm ao beneficiário.

Como demonstraremos, quer o título fidejussório revista um caráter mais delimitativo, quer contenha termos mais ou menos vagos, o dever de cooperação e consideração pela contraparte requer do credor que este, em conjunto com o devedor principal, concretize os débitos garantidos sem que se defraude o *animus fideiubendi* do assuntor e o risco por este legitimamente representado *ab initio*.

Assim sendo, não obstante a *souplesse* da fiança, não será admissível que o banco dela se sirva para unilateralmente provocar o aumento do risco atuando na base de uma simples potestatividade¹¹⁸. Nesse sentido, afirme-se a seguinte coordenada geral: após a assunção, o credor deve não só abster-se de tomar decisões que aumentem o risco acordado, como também deve zelar ativamente pela manutenção do mesmo em relação a fatores externos à relação fidejussória tripartida, sem prejuízo da total prossecussão do seu interesse inicial¹¹⁹.

Deve ser esta máxima a definir o perímetro da cobertura da fiança *omnibus*. Entretanto, as variáveis correlativas e simétricas de *risco transferido* e *interesse inicial* serão apuradas segundo o escopo e a finalidade da fiança concretamente contratada. Ou seja, a delimitação dos débitos exigíveis ao fiador será feita atendendo à natureza da relação garantida e à sua previsível evolução, bem como fatores a montante, como o eventual historial negocial entre as partes na relação principal, e, acima de tudo, pelo critério da *correta gestão do crédito* e da *normalidade do comportamento do devedor*¹²⁰.

Ora, posto isto, em primeira instância serão de excluir desde logo do âmbito natural de cobertura da fiança *omnibus* aquelas obrigações cuja origem não seja contratual, mas sim *ex delicto*¹²¹; as dívidas de natureza extra-bancária que o devedor principal assumia; bem como aquelas de caráter bancário, mas que não se enquadrem na operação efetivamente garantida, regra geral, de obtenção de financiamento¹²².

¹¹⁷ Faro, 2009, p. 414.

¹¹⁸ Faro, 2009, p. 408.

¹¹⁹ M.J. Costa Gomes, 2000, p. 589.

¹²⁰ Faro, 2009, pp. 408-411.

¹²¹ Neste sentido, Faro, 2009, p. 426.

¹²² Faro, 2009, pp. 409-410.

Outrossim, sempre que o devedor principal contraia dívidas no exercício anômalo da sua atividade, também a sua eficácia deverá ser vedada¹²³. Finalmente, e na mesma linha de raciocínio, também os créditos que o credor venha a adquirir supervenientemente sobre o devedor principal se encontram, em princípio, fora do perímetro de eficácia da fiança *omnibus*¹²⁴.

A tentativa de acionar o fiador quando se verifique a inadimplência deste tipo de créditos é contrária à boa fé objetiva e, como tal, ineficaz perante o garante.

Assim se vê que mesmo que o termo da fiança seja vago e não exista uma enumeração útil das fontes das obrigações, ainda assim sempre existirão limites intrínsecos à fiança decorrentes da lógica da contratação, da causa do negócio.

Concretizando, o recurso à boa fé objetiva no âmbito da fiança *omnibus* não é apenas relevante no que toca ao estabelecimento dos *deveres acessórios* das partes, cuja importância numa relação negocial de grande risco é redobrada, mas também auxilia na própria determinação do *dever de prestação primário* a cargo do fiador, tanto na fase da constituição como sucessivamente até à liquidação do negócio jurídico.

Não obstante, a sua plena aplicação não deve relegar ou postergar a determinabilidade exigida pelo art. 280.º, n.º 1, mas antes servir de complemento a esta. À validade formal acrescenta-se, assim, a legitimidade do exercício da fiança *omnibus*.

¹²³ Faro, 2009, p. 412.

¹²⁴ Faro, 2009, p. 413.

Conclusão

Finda a análise, não podemos senão concluir, após todos os pontos desenvolvidos, pela desnecessidade de uma recapitulação exaustiva dos conhecimentos abordados acerca da fiança *omnibus*. A extensão do estudo torná-la-ia fastidiosa e redundante. Tendo isso em conta, colherá mais frutos, com certeza, uma conclusão que remate a presente tese com uma índole consolidativa. Nesse sentido, façamos uma relação das principais ilações a retirar, mas também das principais questões levantadas, cuja resposta poderá servir de base para futuras pesquisas.

Embora com a intenção saudável de cobrir de forma absoluta esta garantia, abordando na totalidade a questão da sua *validade e legitimidade no exercício*, sem que nunca tal tenha tolhido esta empresa, ou imposto a sua valia pela quantidade ao invés de pela qualidade, a realidade fragmentária falou mais alto e ficamos, assim, com um contributo na medida do possível para o *corpus dogmático* deste tipo fidejussório.

Todavia, registamos como salutar essa angústia interna gerada pela incompletude inerente à tarefa de análise e investigação, como sinal de que cumprimos a missão de jurista a que nos propusemos.

Vejamos, então.

I. A *fiança* corresponde ao paradigma das *garantias pessoais*. Consiste na assunção de uma obrigação perante o credor, obrigação essa que responsabilizará o assuntor – designado *fiador* – pelo cumprimento da dívida que um terceiro, o *devedor principal*, assumiu. A obrigação fidejussória é acessória da obrigação principal e coloca, em princípio, todo o património penhorável do fiador (*garantia geral*) ao dispor do credor para a adimplência do crédito garantido.

II. A fiança é passível de garantir tanto *obrigações presentes* como *obrigações futuras*. Para tal, neste último caso, exige-se que no momento da assunção esteja preenchido um *minimum* de requisitos relativos à delimitação do objeto e identificação das partes, sem o que o negócio será nulo.

III. *Fiança omnibus* é aquela que garante todas as obrigações presentes e futuras que vinculem o devedor principal (sociedade comercial, em regra) ao credor (normalmente um banco). Habitualmente, o fiador é alguém com *interesse na atividade da sociedade* – um sócio.

IV. Para que este tipo de fiança seja válido, terá de preencher o *requisito geral de determinabilidade* que consta do art. 280.º, n.º 1. Significa isto que o fiador terá de ser capaz de representar *ex ante*, no momento da *conclusão do negócio*, a real extensão da sua prestação, que, para tal, deverá ser determinável, no mínimo.

V. Concluímos, em consonância com a doutrina e jurisprudência, que a fiança *omnibus* ilimitada é nula *ex vi* art. 280.º, n.º 1 no segmento relativo às obrigações futuras, sendo as presentes válidas porque determináveis segundo o *critério da atualidade dos créditos*.

VI. São vários os *critérios de determinabilidade das obrigações futuras* propostos, com especial relevo para o da *limitação quantitativa*, capaz de fornecer *ab initio* um *quantum* ao assuntor e para o da *enumeração das fontes*, passível de delimitar com sucesso quais os títulos geradores das obrigações a garantir.

VII. Em princípio, a fiança *omnibus* prestada para garantia de todas as obrigações presentes e futuras decorrentes das relações bancárias credor-devedor (*fiança omnibus tout court*) que seja limitada por um montante máximo é determinável e, por conseguinte, válida nos termos do art. 280.º, n.º 1.

Quando celebrada com recurso a *cláusulas contratuais gerais*, consideramos que, em princípio, a fiança *omnibus* com *plafond* é contrária à boa fé (15.º LCCG), bem como constitui *cláusula surpresa* (8.º/c) LCCG). A exceção reside nos casos em que o fiador tem *controle sobre a atividade da sociedade devedora*.

VIII. Assinalámos que a *denunciabilidade ad nutum* e o *controle do fiador* sobre a atividade do devedor são fatores fulcrais na tutela do assuntor *omnibus*, mas não conferem, *per se*, determinabilidade ao objeto da fiança.

IX. Rejeitámos a consagração de um critério de forma apriorística, em consonância com a doutrina e jurisprudência – incluindo aquela saída do AUJ n.º 4/2001. Ao invés, a validade e determinabilidade das fianças *omnibus* deve ser alvo de uma *aferição casuística*.

X. Finalmente, pugnámos pela insuficiência da tutela do fiador através da exclusiva análise da validade do negócio em abstrato. Como complemento, defendemos a necessidade da sua combinação com a tutela sucessiva baseada na *cláusula geral da boa fé objetiva* (762.º, n.º 2). Através desta, o credor banco, embora desprovido de dever primário de prestação, vê nascer na sua esfera *deveres laterais de informação e de conduta*, cujo desrespeito, na fase de exercício, implica a *ineficácia* das obrigações assumidas face ao fiador.

Assinalamos a cobertura tanto da questão da determinabilidade como a da legitimidade do exercício no mesmo estudo, de forma sistematizada e esclarecida. Para além disso, o nosso contributo reside igualmente na argumentação relativa à inadequação do critério de controle da atividade do devedor e na questão das cláusulas contratuais gerais. Como temas dignos de tratamento isolado e análise mais aprofundada, destacamos os efeitos da perda da qualidade de sócio na subsistência da fiança e a recondução da situação do fiador ao art. 1.º da LCCG e consequente aplicabilidade ou não do seu regime à prestação de fiança.

Não raras vezes, como explicámos, a jurisprudência tem admitido como elemento atendível no momento de aferir a determinabilidade de uma fiança *omnibus* o posicionamento do fiador relativamente ao devedor principal. Não concordamos com tal ponto de vista, tanto

mais que no mor dos casos essa particularidade tem sido invocada para viabilizar fianças ilimitadas – sem *plafond* ou duração máxima.

Dito isto, a garantia fidejussória *omnibus* é um instrumento de inegável eficácia na cobertura de relações de financiamento societário, cuja preservação se justifica apesar da sua tendencial nulidade quando ilimitada.

Finalizamos fazendo nossas as sábias palavras de Menezes Cordeiro: “O Direito Civil é muito delicado: não se improvisa”¹²⁵. Há que encontrar o *sweet spot* entre a visão positivista do normativo legal e o absoluto e total casuismo, sob pena de impedirmos o necessário progresso jurídico ou ferirmos a coerência do ordenamento.

Cremos ter respeitado esse balanço com sucesso.

¹²⁵ Menezes Cordeiro, 2017, p. 498.

Referências bibliográficas

- ABREU, J.M.C. (coord.). (2016). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. III, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- CAMINHA, G.M. (2018). Tratado da forma dos libelos. In *Obras pioneiras da cultura portuguesa: Primeiro tratado jurídico*, vol. 13, 1.^a Edição. S.l: Círculo de Leitores, 2018.
- CORDEIRO, A.M. (1991). Anotação ao acórdão de 19 de Fevereiro de 1991. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II, pp. 525-572. <https://portal.oa.pt/upl/%7Beacda502-74f5-4798-813a-3ce738fc8444%7D.pdf>.
- CORDEIRO, A.M. (2017). *Tratado de direito civil*, vol. X, reimpressão. Coimbra: Almedina.
- COSTA, M.J.A. (2016). *Direito das obrigações*, 12.^a Edição revista e atualizada, 4.^a reimpressão. Coimbra: Almedina.
- FARO, F.S.L.K. (2007). Da validade da fiança *omnibus*. In J.F. Sinde Monteiro (coord.). *Garantias das obrigações: Publicação dos trabalhos do mestrado*, pp. 249-303. Coimbra: Almedina.
- FARO, F.S.L.K. (2009). *Fiança omnibus no âmbito bancário: Validade e exercício da garantia à luz do princípio da boa fé*. Coimbra: Coimbra Editora.
- 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. (2002). O mandamento da determinabilidade na fiança *omnibus* e o AUJ n.º 4/2001. In *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, vol. II, pp. 49-78. Coimbra: Almedina.
- LEITÃO, L.M.T.M. (2019). *Garantias das obrigações*, 6.^a Edição, reimpressão. Coimbra: Almedina.
- MACHADO, J.B. (2010). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 18.^a reimpressão. Coimbra: Almedina.
- MARTINEZ, P.R. & PONTE, P.F. (2003). *Garantias de cumprimento*, 4.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- MENDES, E. (1995a). Fiança geral. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.ºs 1-3, pp. 97-158.
- MENDES, E. (1995b). Garantias bancárias: natureza. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 4, pp. 411-473.
- MENDES, E. (2000). Aval e fiança gerais. *Direito e Justiça*, XIV, tomo 1, pp. 149-169.
- MENDES, E. (2015) *Aval prestado por sócios de sociedades por quotas e anónimas e perda da qualidade de sócio*. [https://www.evaristomendes.eu/ficheiros/Evaristo_Mendes_Aval_prestado_por_socios_de_SQ_Apontamento_\(final\)eu.pdf](https://www.evaristomendes.eu/ficheiros/Evaristo_Mendes_Aval_prestado_por_socios_de_SQ_Apontamento_(final)eu.pdf).
- MENDES, E. (2018). *Fiança. Comentário aos artigos 627 a 655 do Código Civil*. [https://www.evaristomendes.eu/ficheiros/Evaristo_Mendes_Fianca_\(Comentario\)_Net.pdf](https://www.evaristomendes.eu/ficheiros/Evaristo_Mendes_Fianca_(Comentario)_Net.pdf).
- MESQUITA, M.H. (1986). Fiança: parecer. *Colectânea de Jurisprudência*, t. 4, pp. 23-29.
- NETO, A. (2010). *Código Civil anotado*, 17.^a Edição revista e atualizada. Lisboa: Ediforum.
- PINTO, C.A.M. (2005). *Teoria geral do direito civil*, 4.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- SANTOS JUSTO, A. (2014). *Direito privado romano (Direito das obrigações)*, vol. II., 4.^a Edição, reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora.
- SILVA, J.C. (1999). *Estudos de direito comercial: (Pareceres)*, reimpressão. Coimbra: Almedina.

- SILVA, J.C. (2017). *Banca, bolsa e seguros*, 5.^a Edição revista e aumentada. Coimbra: Almedina.
- VALCAVI, G. (2005). Se ed entro quali limiti la fideiussione omnibus sia invalida. In *Scritti giuridici scelti*. Nicolini Editore. <http://www.fondazionegiovannivalcavi.it/scritti/capitoli/diritto-civile15.pdf>.
- VARELA, J.M.A. (1997). *Das obrigações em geral*, vol. II, 7.^a Edição, 11.^a reimpressão. Coimbra: Almedina.
- VASCONCELOS, L.M.P. (2020). *Direito das garantias*, 3.^a Edição, reimpressão. Coimbra: Almedina.
- VIDEIRA, C. (2016). A fiança omnibus. *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, vol. VIII, n.º 3, pp. 643-685. [http://www.revistadedireitodassociedades.pt/files/RDS%202016-03%20\(643-685\)%20%20Doutrina%20%20Celina%20Videira%20%20A%20fian%C3%A7a%20omnibus.pdf](http://www.revistadedireitodassociedades.pt/files/RDS%202016-03%20(643-685)%20%20Doutrina%20%20Celina%20Videira%20%20A%20fian%C3%A7a%20omnibus.pdf).

Jurisprudência

Nacional:

- Acórdão Relação de Coimbra, de 29.03.2011, Processo n.º 448/07.0TBCBR-A.C2, (Manuel Capelo).
 - Acórdão Relação de Coimbra, de 20.03.2012, Processo n.º 2421/09.4TBVIS-A.C1, (Manuel Capelo).
 - Acórdão Relação de Lisboa, de 18.09.2007, Processo n.º 4890/2007-7, (Luís Espírito Santo).
 - Acórdão Relação de Lisboa, de 19.11.2009, Processo n.º 4846/05.5TJLSB.L1-6, (Fátima Galante).
 - Acórdão Relação de Lisboa, de 01.10.2014, Processo n.º 10610/11.5TBOER.L1-6, (Tomé Ramião).
 - Acórdão Relação do Porto, de 14.03.2017, Processo n.º 24453/15.3T8PRT-A.P1, (José Igreja Matos).
 - Acórdão Supremo Tribunal de Justiça, de 19.10.1999*.
 - Acórdão Supremo Tribunal de Justiça, de 03.05.2007, Processo n.º 06B1650, (Pires da Rosa).
 - Acórdão Supremo Tribunal de Justiça, de 08.09.2011, Processo n.º 6065/04.9TVLSB.L1.S1, (Lopes do Rego).
 - Acórdão Supremo Tribunal de Justiça, de 08.03.2012, Processo n.º 448/07.0TBCBR-A.C2.S1, (Távora Victor).
 - Acórdão Supremo Tribunal de Justiça, de 09.07.2015, Processo n.º 1728/12.8TBBRR-A.L1.S1, (Ana Paula Boularot).
 - Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 4/2001, de 23.02.2001, Processo n.º 197/00, .
- (Disponível em <http://www.dgsi.pt/> , exceto a assinalada *, que consta de *BMJ* 488.º-337)

Estrangeira:

- S. de 18.05.95. (BGH).
- S. de 07.03.96. (BGH).

O conceito de estabelecimento estável para efeitos de IVA:

Relevância, dificuldades e realizações

Juliana Dias Oliveira Silva

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria Odete Batista de Oliveira

À minha mãe...

Dedico-lhe esta dissertação porque ela tem a capacidade de ouvir o meu silêncio e saber o que me vai no coração, encontrar as palavras certas no meio do caos, fortalecer-me quando tudo ao meu redor parece ruir, ela é quem mais me protege e ampara, ela é sorriso, amor, força e esperança. Graças a ela, hoje, sou como sou.

“O IVA pode ser pensado como a MATA HARI do mundo tributário – muitos são tentados, muitos sucumbem, alguns tremem à beira, enquanto outros partem para depois retomar; ao fim a atracção parece irresistível.”

Alan Tait

Value Added Tax: International practice and problems. Washington D.C. International Monetary Fund, 1998

Agradecimentos

À minha orientadora, Professora Doutora Maria Odete Batista de Oliveira, uma inspiração para mim, fico-lhe eternamente grata por ter aceitado orientar esta dissertação, pela sua constante disponibilidade e pela sua orientação exemplar. Agradeço-lhe ainda por todo o apoio e amparo em cada fase do trabalho, por me ajudar a acreditar nas minhas capacidades, refletir sobre as minhas falhas e ultrapassar os meus medos. Hoje, sei que fica em mim um pedacinho do seu legado de experiência e sabedoria, e este caminhar conjunto proporcionou-me uma visão mais promissora para o futuro e uma admiração inesperada pelo imposto sobre o valor acrescentado.

Resumo

A presente dissertação tem como objetivo dar a conhecer ao leitor o conceito de estabelecimento estável na legislação do Imposto sobre o Valor Acrescentado, focando-se na perspetiva da legislação europeia e da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Em primeiro lugar, e de forma sucinta, é apresentada uma breve contraposição do conceito para efeitos do imposto do rendimento e do IVA a fim de evidenciar-se uma autonomia da definição em ambos os impostos.

Em seguida, e porque o foco deste trabalho é o esclarecimento do significado do conceito de estabelecimento estável para efeitos de IVA, é abordada a Diretiva comunitária e apresentada a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia para realçar a evolução do conceito ao longo dos anos e a medida em que determinou alguns aspetos da sua disciplina normativa.

Concluimos que embora exista uma definição jurídico legal, ela é pouco clara e necessita de ser adequada às novas realidades. Esta visão anacrónica do conceito tem originado divergentes interpretações e aplicações pelos tribunais nacionais dos Estados-Membros e intensificado inúmeros litígios. Contraposta a um maior detalhe e diversificado tratamento para efeitos de tributação do rendimento, a discussão do que deva ser entendido como estabelecimento estável na tributação do consumo, em especial num imposto com as características do IVA europeu, poderá, esperamos, ser um contributo para melhor abordagem à temática.

Palavras-chave: IVA; estabelecimento estável; estabelecimento fixo.

Abstract

This dissertation aims to introduce the reader to the concept of permanent establishment within the Value Added Tax legislation from the perspective of European legislation and the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union.

First, we present a brief comparison of the concept for the purposes of income tax and VAT to demonstrate the autonomy of the definition in both taxes.

Then, and because the focus of this work is to clarify the meaning of the concept of permanent establishment for VAT purposes, we go through the Community Directive and the case law of the Court of Justice of the European Union to highlight the evolution of the concept over the years and the extent to which it determined some aspects of its normative discipline.

We conclude that although there is a legal definition, the term is unclear and needs to be adapted to the new realities. This anachronistic view of the concept has given rise to divergent interpretations and applications by the national courts of the Member States and intensified numerous disputes. We hope that the discussion of what should be understood as a permanent establishment in the taxation of consumption, especially in what respects a tax with the characteristics of European VAT, may contribute to a better approach to the theme.

Keywords: VAT; permanent establishment; fixed establishment.

Lista de siglas e abreviaturas

BEPS	Base Erosion and Profit Shipping
B2B	Prestações de serviços efetuadas entre dois sujeitos passivo de imposto
B2C	Prestações de serviços efetuadas entre um sujeito passivo e um não sujeito passivo ou consumidor final
CMOCDE	Convenção Modelo da OCDE
CMONU	Convenção Modelo das Nações Unidas
DIVA	Diretiva 2006/112/CE, de 28 de novembro de 2006
EM	Estado(s) Membro(s)
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
IVA	Imposto sobre o Valor Acrescentado
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
EU	União Europeia
i.e.	Isto é
n.º	Número
p.	Página
ss.	Seguintes
§	Parágrafo

Índice

Introdução	9
1. O conceito de estabelecimento estável na tributação do rendimento e o de estabelecimento fixo, na tributação do consumo	10
1.1 Aspetos gerais	11
2. O conceito de estabelecimento fixo na legislação IVA da União Europeia e na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia	16
2.1 Contextualização histórica	16
3 A jurisprudência do TJUE	18
3.1 O acórdão Berkholz, processo (C-168/84)	18
3.2 ARO Lease (C-190/95), Lease Plan Luxembourg (C-390/96), DFDS A/S (C-260/95) e FCE Bank (C-210/04)	18
3.3 Planzer (C-73/06) e Daimler (C-318/11) and Widex (C-319/11)	20
3.4 Welmory (C-605/12)	22
3.5 Dong Yang Electronics (C-547/18)	24
3.6 Titanium v. Austria (C-931/19)	26
4. O Regulamento de Execução (UE) n.º 282/2011 do Conselho, de 15 de março de 2011	28
4.1. Considerações gerais	28
4.2. Estrutura adequada em termos de recursos humanos e técnicos	30
4.3. Grau suficiente de permanência	32
4.4 Dependência	34
5. Avaliação e contributos de análise	36
Conclusões	40
Referências bibliográficas	42

Introdução

Na mecânica do Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA), o conceito de estabelecimento fixo (conceito que entendemos de melhor utilização, como à frente defenderemos mais fundamentadamente, para contrapor o conceito em sede da tributação do consumo ao de estabelecimento estável ou estabelecimento permanente em sede de tributação do rendimento) ocupa um papel cada vez mais importante a nível global. Tal importância resulta não só da expansão que o imposto veio a ter depois da sua “criação”, quase coincidente com a criação da Comunidade (Económica) Europeia, vigorando hoje em cerca de 168 países à escala mundial¹, mas também, e sobretudo, da proliferação de empresas multinacionais que, num ambiente de globalização económica, dirigem os seus negócios por toda a parte do mundo através de subsidiárias ou de estabelecimentos mantidos com carácter de permanência em diferentes jurisdições, acentuando-se ainda com o forte desenvolvimento da economia digital.

O conceito em análise tem manifestas repercussões na clarificação adequada das regras de localização das operações que por seu intermédio sejam realizadas, buscando regras racionais que evitem situações de conflito entre os Estados-Membros (EM) e entre as suas administrações fiscais e os contribuintes sujeitos passivos do imposto, sem esquecer a temática da correta alocação de recursos aos Estados envolvidos. Como elemento de conexão territorial que é, ele será basilar na localização das transmissões de bens e das prestações de serviços. E, se quanto às primeiras essas regras de localização se apresentam bem mais fáceis, atenta a natureza corpórea dos bens², já no que respeita às prestações de serviços a delimitação do que haja de entender-se por estabelecimento fixo para efeitos do IVA apresentará uma importância definitiva na sua localização, na forma como se operará essa mesma tributação, i.e. se através do mecanismo do *reverse charge* ou não, e no direito ou não ao reembolso do imposto quando ele seja suportado em país diferente daquele em que o sujeito passivo está estabelecido.

É neste sentido que nos propomos debater o conceito para efeitos de IVA, baseando a análise no sistema de IVA da União Europeia e pontualmente nas diretrizes internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) como um instrumento indispensável em busca de uma possível harmonização, articulando necessariamente a temática com idêntico conceito para efeitos de tributação direta, face à unidade sistemática do sistema fiscal e aos interesses dos contribuintes que operam com a mesma realidade, todavia com diferentes consequências num e noutro dos impostos.

¹ OECD, *Consumption Tax Trends 2020*, p. 216.

² Exceção feita aos bens incorpóreos que a mecânica e funcionamento do imposto exigem que sejam considerados como corpóreos (artigo 15.º, n.º 1 da Diretiva IVA e artigo 3.º, n.º 2 do Código do IVA).

Deste modo, no ponto dois começaremos por, numa perspetiva económica e jurídica, fazer uma contraposição entre o conceito para efeito do imposto sobre o rendimento (IRC) e para efeitos de IVA da União Europeia, limitando-se a mesma aos aspetos mais salientes.

No ponto três dedicar-nos-emos à abordagem e contextualização histórica do conceito de estabelecimento fixo na legislação IVA e na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Por último, nos pontos quatro e cinco concluiremos sobre as abordagens feitas, refletindo criticamente sobre os aspetos considerados, em nosso entender, mais relevantes.

Uma nota prévia de delimitação é a de que, face à grande amplitude das temáticas, apresentando, todavia, mais acuidade as que delas se reportam à prestação de serviços, a esta vertente limitaremos a análise, não obstante aqui e ali poder ser afluída a situação das transmissões de bens com aquelas estreitamente conexas. É que o comércio internacional de serviços vem assumindo uma importância que cresce muito substancialmente, e as questões que levanta face à sua natureza incorpórea agudizam as dificuldades. Por outro lado, daremos, nesse âmbito, uma atenção mais aturada à importância e à função dos estabelecimentos fixos para os serviços entre sujeitos passivos do imposto (B2B), sendo as prestações de serviços com adquirentes-consumidores finais ou não sujeitos passivos (B2C) apenas tratadas no que se revele relevante para a discussão.

1. O conceito de estabelecimento estável na tributação do rendimento e o de estabelecimento fixo, na tributação do consumo

1.1 Aspetos gerais

Não existe um conceito comum ou uma definição uniforme que seja aplicada em todos os ramos do direito fiscal para designar o termo de “estabelecimento”. No âmbito dos impostos do rendimento é predominante o termo “estabelecimento estável” ou “estabelecimento permanente”³. Na área do IVA, a União Europeia e muitas jurisdições aplicam o termo “estabelecimento fixo”. É o que acontece, a título de exemplo, no Reino Unido, onde o conceito de estabelecimento estável é designado de estabelecimento permanente e nos impostos indiretos por estabelecimento fixo. O legislador português optou pela não distinção, aplicando o termo estabelecimento estável indistintamente.

Verdade é que desde que, pela primeira vez, foi feita referência a esta realidade, o que aconteceu na Sexta Diretiva, a versão inglesa utilizava o termo “*fixed establishment*” e na atual Diretiva IVA essa designação manteve-se. Não pode isso levar a concluir, com toda a certeza, que o legislador comunitário quisesse desde logo afirmar a diferença relativamente à realidade já conhecida da CMOCDE (e da CMONU⁴) de estabelecimento estável ou permanente. Todavia, o TJUE tem sucessivamente opinado por um conceito específico em IVA com irrelevância interpretativa nesta sede daqueles outros conceitos⁵.

Todavia, comum a todas é o facto de que elas sempre são usadas como formas de expressar a possibilidade de uma empresa estabelecer uma unidade de negócio no exterior e, como tal, qualquer definição legal de estabelecimento permanente, de estabelecimento estável ou de estabelecimento fixo indica quando é que é possível reconhecer-se, objetivamente, a relação entre uma empresa não residente e uma jurisdição em específico, e quando se há de qualificar tal relação como uma presença

³ A designação de estabelecimento estável ou estabelecimento permanente é, em geral, indistintamente usada. Países como Portugal, a França ou a Itália preferem a qualificação de estável, enquanto outros, de que serve de exemplo o Brasil, ou a Espanha, optam pela qualificação de permanente. Na jurisprudência do Tribunal Europeu de Justiça, os termos são distinguidos consoante se inserem na temática da tributação direta – *permanent establishment* – ou indireta – *fixed establishment*.

⁴ Tanto a Convenção Modelo da OCDE como a Convenção Modelo das Nações Unidas utilizam, na versão inglesa, o termo “*permanent establishment*”. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/treaties> e http://www.un.org/uploads/2018/05/MDT_2017P.

⁵ Sirva de exemplo o processo *FCE Bank*, C-210/04, de 23 de março de 2006, onde a este propósito o parágrafo 39 estabelece que “Relativamente à Convenção OCDE, deve dizer-se que a mesma é irrelevante, uma vez que incide sobre a fiscalidade direta enquanto o IVA se insere na tributação indireta.”, aceitando a posição defendida pelo Advogado-Geral Philippe Léger, no parágrafo 61 das suas conclusões: “Essas regras aplicáveis em matéria de fiscalidade direta não apresentam um carácter pertinente na aplicação do sistema comum do IVA. Sabemos que a fiscalidade direta é da soberania dos Estados-Membros”.

necessária e suficiente para que esse Estado considere que aí deva ocorrer correlativa tributação.

O conceito de estabelecimento estável ou permanente (doravante, e em geral designado apenas por estabelecimento estável para comodidade de exposição) é nuclear e fundamental, quer no âmbito do direito interno para efeitos de tributação de entidades não residentes pelos seus rendimentos comerciais, industriais ou agrícolas, quer a nível internacional a propósito da regulamentação de normas de repartição do poder de tributar pelo Estado da fonte e pelo Estado da residência, com o fim de evitar a dupla tributação jurídica internacional⁶.

Sem entrar em maiores pormenorizações, trata-se de um conceito surgido no direito interno alemão na primeira metade do século XIX⁷, mas que depressa se internacionaliza no tratado entre o império Austro-Húngaro e a Prússia e posteriormente no modelo elaborado pela então Sociedade das Nações, com o objetivo principal de impedir a dupla tributação, tendo, entretanto, sido objeto de várias alterações, nunca se chegando a um consenso entre os vários Estados. Apenas em 1963, e por unanimidade entre os países da OCDE, o conceito integrou a CMOCDE sobre Dupla Tributação do Rendimento, como artigo 5.º. A partir daí não se modificou substancialmente, apesar das atualizações constantes que os comentários ao artigo foram sofrendo. Ou seja, o conceito de estabelecimento estável para efeitos de tributação do rendimento tem, pois, sido sucessivamente desenvolvido através das alterações aos comentários ao articulado da CMOCDE, podendo afirmar-se que os seus elementos definidores se encontram bastante detalhados.

Em sede de tributação do rendimento, o conceito de estabelecimento estável estabelece o âmbito de incidência subjetiva do imposto nos casos em que uma sociedade residente num Estado tem atividades económicas em outro Estado, tendo como objetivo delimitar um conjunto de situações que, uma vez verificadas, dão poder tributário ao Estado da situação do estabelecimento sobre os rendimentos com ele gerados. Em causa está toda a atividade prosseguida pelo estabelecimento e o rendimento por ele gerado.

Digamos que com a regra de tributação dos rendimentos imputáveis ao estabelecimento estável articulam-se os dois princípios internacionais aplicáveis – o princípio da residência e o princípio da fonte. Limita-se a competência exclusiva do Estado da residência quanto aos lucros de uma entidade que nele seja residente, onde quer que tenham sido obtidos, através da atribuição de competência cumulativa ao

⁶ Cardona, 1995, p. 267.

⁷ Na legislação comercial prussiana, para impedir a dupla tributação entre os municípios prussianos e, mais tarde, entre os Estados germânicos. A primeira aplicação internacional de tal conceito parece ter ocorrido no tratado sobre dupla tributação entre a Prússia e a Saxónia em 1869, sendo que também foi aplicado no tratado entre a Prússia e a Áustria-Hungria em 1899.

Estado da fonte na parte desses lucros que sejam imputáveis a um estabelecimento estável da empresa nele situado. Assim se estabelece no artigo 7.º da CMOCE. Por outro lado, limita-se a competência tributária do Estado da fonte, afastando-a para todos os rendimentos da entidade não residente resultantes de atividades desenvolvidas no seu território sem recurso a um estabelecimento estável (incluindo, nos casos em que exista um estabelecimento estável, os rendimentos obtidos, mas que não lhe sejam imputáveis).

Por outras palavras, o conceito de estabelecimento estável tem um papel fundamental na delimitação do poder de tributar do Estado da fonte no que diz respeito a rendimentos empresariais, permitindo que estes só sejam objeto de tributação nesse Estado quando existirem laços económicos significativos entre a empresa e o referido Estado da fonte. Todavia, preenchido o requisito da existência desses laços económicos significativos com o Estado da fonte, corporizados na existência de um estabelecimento estável no seu território, o Estado da fonte fica legitimado para tributar o não residente de forma bastante semelhante à aplicável aos seus residentes. Nesse requisito, o objetivo é que o estabelecimento estável se configure como uma estrutura de tipo empresarial utilizada no desenvolvimento de uma atividade económica regular no território em questão, assim se determinando a respetiva tributação nesse Estado em termos muito similares aos aplicáveis a uma entidade jurídica autónoma aí localizada (ou seja, a um sujeito passivo residente).

Assiste-se, desta forma, a uma “personalização” da tributação das entidades não residentes com estabelecimento estável, i.e., a uma tributação baseada num nexo pessoal de conexão, idêntico ao aplicável em relação às pessoas coletivas residentes, podendo concluir-se que o princípio do estabelecimento estável envolve, no seu âmbito de aplicação, uma mudança dos termos usuais da ponderação entre o poder de tributar do Estado da fonte e o do Estado da residência. No que toca aos rendimentos empresariais, e de acordo com o aludido princípio, o direito de tributar do Estado da fonte encontra-se dependente do preenchimento de requisitos mais exigentes, relacionados com a existência de um estabelecimento estável. Em contrapartida, preenchidos tais requisitos, o direito de tributar do Estado da fonte pode atingir uma amplitude bastante próxima da que habitualmente caracteriza o direito de tributar do Estado da residência (baseada num elemento de conexão pessoal).

De referir, por último, e como também abordaremos em sede da realidade do estabelecimento fixo para efeitos do IVA, que o conceito de estabelecimento estável para efeitos da tributação do rendimento tem vindo a revelar-se crescentemente desajustado quando se cotejam as novas formas de obtenção de rendimentos empresariais. Hoje, a presença física num determinado território deixou de apresentar a relevância que apresentava outrora para efeitos do desenvolvimento de uma atividade empresarial no

mesmo. Com o atual panorama do comércio internacional – pautado pelas novas formas de desenvolvimento de atividades económicas, pela evolução tecnológica e das comunicações e, em particular, pelo comércio eletrónico –, as empresas podem, de forma reiterada, obter avultados rendimentos empresariais originados num determinado território sem necessitarem de ter aí qualquer presença física estável, quer em termos de uma instalação fixa, quer em termos de pessoal destacado. Pode, consequentemente, ser questionada a adequação do conceito tradicional de estabelecimento estável – baseado na presença física estável num território – para continuar a determinar a repartição do poder tributário entre os Estados no que toca a rendimentos empresariais. Por tal razão, no contexto do Projeto BEPS⁸ propõe-se introduzir uma condição adicional, uma alteração ao conceito de estabelecimento estável, adicionando um critério de presença digital para melhor o compatibilizar com a realidade atual, predominantemente digital⁹.

No que respeita à tributação indireta, e em particular ao IVA, e como se realçou já, o conceito de estabelecimento fixo, bem mais recente do que o de estabelecimento estável analisado, vem apresentando uma relevância cada vez maior, sobretudo quando opera no contexto de operações transfronteiras, numa temática que materializa uma vez mais a alocação dos direitos de tributação, agora não do rendimento que lhe seja imputável, mas sim da tributação das específicas transações que através dele são efetuadas e, consequentemente, do país que tem direito à correlativa receita tributária. No sector dos serviços, as dificuldades têm-se acentuado face à globalização e digitalização da economia, nas quais as questões de territorialidade resultam bem mais complexas face à inexistência, em geral, de elementos físicos ou territoriais.

Aqui, mais do que discutir entre Estado da residência e Estado da fonte, tiram-se as consequências do princípio internacional que determina a mecânica e funcionamento do imposto no comércio internacional (ou intracomunitário), que é, como é bem sabido, o princípio do destino. Os problemas de dupla tributação não são em geral equacionados, uma vez que a competência para a tributação, não estivessemos nós num imposto sobre o consumo, é a do Estado onde esse consumo ocorre em definitivo.

⁸ BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting* – é o plano de ações da OECD promovido pelo G20 para lidar com a erosão da base tributária e da deslocalização do lucro.

⁹ A questão da utilização dos princípios do Estado de residência e Estado da fonte na tributação internacional do rendimento está atualmente a ser objeto de discussão. Em recente abordagem de António Mendonça Neves, Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, na Associação Empresarial Portuguesa, subordinado ao tema “*A relevância da fiscalidade na internacionalização*” – Revista BOW, n.º 13, e a propósito dos crescentes fenómenos de internacionais de fraude e evasão fiscais, refere que “Esquemas como os referidos evidenciam, de forma clara, a falta de alinhamento dos tradicionais princípios da tributação no Estado de residência ou da fonte em torno dos quais a generalidade dos sistemas fiscais modernos foram construídos, com os efeitos da globalização e a consequente intensificação do uso de instrumentos de planeamento fiscal por parte de grupos multinacionais. (...) Outros defenderão a substituição dos tradicionais princípios da tributação no Estado da residência e da fonte por outros modelos de fixação da jurisdição tributária, como o local do consumo ou da força produtora”. Esta temática tem vindo a ser designada por tributação multinível.

Diferentemente do que acontece com o estabelecimento estável para efeitos de tributação do rendimento, o conceito de estabelecimento fixo para efeitos do IVA está, de certo modo, muito menos desenvolvido. E dizemos de certo modo, porque na realidade o desenvolvimento do conceito de estabelecimento estável não foi feito dentro da legislação EU, onde a tributação direta continua, na sua quase generalidade (são poucas as exceções), na soberania dos EM, contrariamente ao IVA, que é um imposto comunitariamente harmonizado.

Nunca expressamente delimitado no texto das Diretivas, quer da Diretiva inicial, a Diretiva 77/388/CEE, de 17 de maio de 1977, habitualmente conhecida por Sexta Diretiva IVA, quer da atual Diretiva 2006/112/CE, de 28 de novembro de 2006 que a substituiu embora sem significativas alterações, o conceito foi sendo “construído” essencialmente pelos tribunais nacionais dos Estados-Membros e pelo TJUE, numa base casuística a depender dos casos concretos que lhes foram levados por contribuintes ou por aqueles tribunais nacionais, respetivamente.

A indefinição entre a falta de expressa e geral definição na legislação comunitária, temperada com as abordagens feitas em casos concretos pelo TJUE, tem provocado o resultado de que tanto as autoridades fiscais como os contribuintes/sujeitos passivos acabem, na prática, por recorrer ao conceito de estabelecimento estável do IRC e da CMOCE para aferir a existência ou não de um estabelecimento fixo para efeitos do IVA. Mas o caminho é traiçoeiro. O conceito de estabelecimento fixo para efeitos do IVA comunitário deve ser visto como um conceito autónomo com a sua própria interpretação. Não obstante se constatarem, como é lógico, similitudes várias, várias são também as diferenças que decorrem da abordagem mais detalhada ao conceito de estabelecimento fixo, que faremos no número seguinte.

No entretanto, entendemos correto dizer que, para efeitos de IVA, um estabelecimento estável será um local diferente da sede da atividade económica, do local onde são exercidas as funções de administração da empresa, com um grau suficiente de permanência e com uma estrutura adequada à receção ou à prestação de serviços, o qual se deve considerar verificado quando estiverem reunidos os meios necessários à prestação/receção dos serviços de modo contínuo. No que respeita aos meios necessários para a prestação dos serviços, eles abrangerão, em geral, a existência de recursos materiais e humanos, e uma estrutura capaz de prestar os serviços de forma autónoma da “casa-mãe” e de modo independente. É de referir que nada obriga a que esses meios tenham de pertencer à própria empresa que se estabelece noutro Estado. Como analisaremos mais à frente, foi o Regulamento de Execução n.º 282/2011 que, para efeitos da localização das prestações de serviços, veio a estabelecer um conceito de estabelecimento fixo, no seu artigo 11.º.

Para já, e face ao desenvolvimento que de seguida faremos a este conceito, retiramos, em síntese, que são diferentes as características relevantes na delimitação do estabelecimento estável e do estabelecimento fixo, na perspetiva que adotámos de aquele servir os interesses da tributação do rendimento e este os da tributação do consumo.

2. O conceito de estabelecimento fixo na legislação IVA da União Europeia e na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

2.1 Contextualização histórica

O conceito de estabelecimento fixo não é referido nem na primeira nem na segunda Diretiva IVA¹⁰. As regras de localização das prestações de serviços nas “primeiras diretivas” constituem tão só a enunciação das que depois foram desenvolvidas na Sexta Diretiva IVA¹¹ e na atual Diretiva IVA¹². A segunda Diretiva limita a referência ao lugar da prestação como o lugar onde ocorre o efetivo “uso ou consumo”, sem sequer referir o termo estabelecimento fixo.

E é de facto a Sexta Diretiva IVA, em 17 de maio de 1977, que refere o conceito pela primeira vez, no artigo 9.º, como regra geral para a localização das prestações de serviços, não sendo, todavia, estabelecida para ele, pelo legislador comunitário, qualquer definição, situação que se manteve durante muitos anos. Certo é que, durante todo esse período de omissão, foram elaboradas propostas de definição pela Comissão e pelo Parlamento Europeu, as quais todavia nunca mereceram o acordo de todas as partes envolvidas, indispensável à sua efetiva consagração legal.

Na atual Diretiva IVA, que republicou a Sexta Diretiva, a relevância do estabelecimento fixo continua a manifestar-se em sede de localização das operações tributáveis (serviços), quer no artigo 44.º com o estabelecimento a posicionar-se como destinatário de serviços, quer no artigo 45.º enquanto prestador de serviços. No primeiro, estabelece-se que o lugar da prestação de serviços efetuados a uma empresa que atue na sua qualidade de sujeito passivo é determinado pelo local onde o sujeito passivo adquirente dos mesmos tem a sua sede. No entanto, se esses serviços forem prestados a um estabelecimento fixo do sujeito passivo localizado num local diferente do local da sede (ou seja, serviços prestados por um sujeito passivo com sede no EM1 a um estabelecimento fixo do adquirente localizado no EM2), o local de prestação desses serviços é o local onde se encontra o estabelecimento fixo (ou seja, o EM2). Caso não

¹⁰ Diretiva 67/227, do Conselho e Diretiva 67/228, do Conselho, ambas de 11 de abril de 1967.

¹¹ Diretiva 77/388/CEE, de 17 de maio de 1977.

¹² Diretiva 2006/112/CE, do Conselho, de 28 de novembro de 2006.

exista local da sede ou estabelecimento fixo, considera-se local da prestação de serviços o local onde o sujeito passivo destinatário tem a sua residência fixa ou tem a sua residência habitual¹³. No segundo, o artigo 45.º indica que o lugar da prestação de serviços a um particular consumidor final (não sujeito passivo) é determinado pelo lugar onde o prestador tem a sede da sua atividade. No entanto, se esses serviços forem prestados a partir de um estabelecimento fixo do fornecedor localizado num local diferente daquele onde se encontra a sede (ou seja, serviços prestados a partir do EM2, mas com o prestador sediado no EM1), o local de prestação desses serviços é aquele onde se encontra esse estabelecimento fixo (isto é, o EM2). Caso não exista local da sede ou estabelecimento fixo, considera-se local de prestação de serviços aquele onde o fornecedor tem a sua residência fixa ou onde habitualmente reside.

Perante esta relevância e aquela omissão, e face à adoção da Diretiva 2008/8/CE do Conselho, de 12 de fevereiro de 2008, que alterou a Diretiva IVA sobretudo no respeitante ao lugar das prestações de serviços, entendeu-se necessário, para assegurar a aplicação uniforme do sistema de IVA, em matéria de sujeitos passivos, transmissões de bens e prestações de serviços e lugar das operações tributáveis, regulamentar aspetos considerados essenciais à aplicação da nova disciplina. Neste contexto, o Regulamento de Execução (UE) n.º 282/2011 do Conselho, de 15 de março de 2011, refere expressamente: “a fim de garantir a aplicação uniforme das regras relativas ao lugar onde são efectuadas as operações tributáveis, importa clarificar conceitos como o de sede da actividade económica, estabelecimento fixo, domicílio ou residência habitual. Tendo embora em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a utilização de critérios tanto quanto possível claros e objectivos deverá facilitar a aplicação prática destes conceitos” (considerando 14 do Regulamento). Ou seja, pela primeira vez se delimita o conceito de estabelecimento fixo neste imposto, e a respetiva delimitação teve em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Por esta razão, faremos uma análise daquela que, em nosso entender, é a principal casuística resultante da jurisprudência do Tribunal do Luxemburgo, para depois referenciar o conceito tal e qual como resulta do artigo 11.º do citado Regulamento.

¹³ Na condição, obviamente, de que os serviços tenham sido adquiridos por necessidades desse estabelecimento ou residência.

3. A jurisprudência do TJUE

3.1 O acórdão *Berkholz*, processo (C-168/84)

O ponto de partida foi o caso *Berkholz*¹⁴, ainda hoje considerado como “o caso líder”¹⁵ na temática em análise. Tratava-se da instalação e operação de máquinas de jogo a bordo de uma embarcação que percorria regularmente o trajeto marítimo entre dois Estados-Membros da União Europeia, a Alemanha e a Dinamarca. A sede principal da empresa era em Hamburgo. *Berkholz* operava as máquinas em espaços públicos, mas também a bordo de dois *ferries*. As máquinas eram mantidas, reparadas e substituídas em intervalos regulares por funcionários da própria empresa, que assim acumulavam funções, pois que não estavam em permanência afetos a tais embarcações. O TJUE negou a existência de um estabelecimento fixo, considerando que, para efeitos do então artigo 9.º, parágrafo 1 da Sexta Diretiva (artigo 44.º da atual Diretiva IVA), apenas existiria estabelecimento fixo se fosse verificada uma “presença permanente dos recursos humanos e técnicos necessários para a prestação dos serviços”¹⁶.

Da decisão podemos retirar as primeiras orientações sobre o conceito: o Tribunal decidiu que um estabelecimento fixo exige a presença de recursos humanos e técnicos, uma dimensão mínima e um limite temporal. Ou seja, são requisitos exigíveis à delimitação do conceito de estabelecimento fixo, na perspetiva do respetivo prestador, que se trate de um local diferente da sede da atividade económica (casa mãe), que apresente uma dimensão mínima, um grau suficiente de permanência e uma estrutura adequada, com afetação permanente (e não intermitente) dos recursos humanos e materiais necessários aos serviços prestados.

E, apesar de estes critérios terem clarificado, a verdade é que a clarificação efetuada deixou ainda muitas questões por resolver, como bem aponta o advogado geral Poiares Maduro nas suas Conclusões no processo (C-452/03¹⁷) – desde logo, o que deve entender-se por dimensão mínima, por grau suficiente de permanência e por estrutura adequada.

3.2 *ARO Lease* (C-190/95), *Lease Plan Luxembourg* (C-390/96), *DFDS A/S* (C-260/95) e *FCE Bank* (C-210/04)

Os dez anos que se seguiram ao caso *Berkholz* foram de relativa acalmia relativamente a esta matéria no TJUE, seguindo os critérios nele definidos. Logo em 1995

¹⁴ Processo (C-168/84).

¹⁵ Pistone, 1999, pp. 101-106.

¹⁶ Processo (C-168/84), tradução nossa, uma vez que o Acórdão não está disponível na língua portuguesa.

¹⁷ Processo (C-452/03), § 41 das Conclusões.

e 1996, mais dois processos, *ARO Lease* e *Lease Plan Luxembourg*, (C-190/95) e (C-390/96), respetivamente, a que se seguiram, com outros detalhes, os processos *DFDS*, (C-260/95) e *FCE Bank* (C-210/04).

A *Aro Lease* era uma empresa holandesa que fornecia serviços de locação financeira de automóveis, com a maioria dos seus clientes nos Países Baixos, se bem que alguns fossem belgas. A *Aro* não possuía na Bélgica nem escritórios nem instalações, mas detinha aí uma frota de automóveis. As autoridades fiscais belgas consideraram que a presença da frota automóvel na Bélgica era suficiente para constituir um estabelecimento fixo a partir do qual os serviços eram prestados. Mais uma vez, o tribunal discordou e não reconheceu a existência de um estabelecimento fixo, uma vez que a empresa não possuía “um grau suficiente de permanência e uma estrutura apta, do ponto de vista do equipamento humano e técnico, a tornar possíveis de modo autónomo, as prestações de serviço consideradas”¹⁸. Situação semelhante foi observada no caso *Lease Plan Luxembourg*. O caso envolvia o aluguer de automóveis de passageiros por uma empresa luxemburguesa, a *Lease Plan*, a clientes belgas, e o Tribunal mais não fez do que repetir a decisão de *ARO Lease*.

Em *DFDS A/S*, a sociedade inglesa *DFDS Ltd.* vendia pacotes turísticos por conta da sociedade-mãe *DFDS A/S*, dinamarquesa. Os serviços eram, em princípio, tributáveis na Dinamarca, pois era aí que eram organizados e fornecidos aqueles pacotes turísticos. A questão analisada pelo Tribunal foi a de saber se uma filial poderia ser qualificada como estabelecimento fixo da empresa-mãe. Ao contrário dos restantes casos, o tribunal salientou que, para além da estrutura mínima e organizada, era necessário averiguar se a sociedade-filha gozava “de um estatuto de independência”¹⁹ em relação à sociedade-mãe. O Tribunal de Justiça entendeu que a filial inglesa deveria ser considerada um estabelecimento fixo da sociedade-mãe dinamarquesa, já que, embora as instalações inglesas possuíssem personalidade jurídica autónoma e fossem sua propriedade própria (e não propriedade da casa mãe), a verdade é que no teste de “independência” se haveria de concluir que o facto de a totalidade do capital da filial pertencer à sociedade mãe, e o facto das obrigações da filial serem fixadas por aquela, atestam a constatação de que a empresa inglesa atua apenas como auxiliar da sua casa mãe, a sociedade dinamarquesa. Então, a aplicação ainda dos critérios fixados em *Berkholz* conduzia à qualificação da filial como estabelecimento da sociedade mãe.

O caso *FCE Bank*, processo (C-210/04), de 23 de março de 2006, diz respeito ao fornecimento de serviços pelo *FCE Bank*, com sede no Reino Unido, a um dos seus estabelecimentos permanentes na Itália. A questão em análise, colocada ao Tribunal, era

¹⁸ Processo (C-190/95), § 16.

¹⁹ Processo (C-260/95), § 25.

a de saber se estas transações realizadas entre a sucursal *FCE IT* e o *FCE Bank* deveriam ser sujeitas a IVA para efeitos do artigo 2.º da Diretiva IVA. A este propósito, ter-se-ia de determinar se a sucursal podia ser considerada autonomamente, ou seja, saber se *FCE IT* conseguiria “suportar os riscos económicos que decorrem da sua atividade”²⁰. O Tribunal concluiu que a sucursal *FCE IT* não era uma entidade jurídica distinta da *FCE Bank* porque dependia economicamente dela, isto é, não tinha capital próprio e o risco decorrente da atividade não era suportado por si, pelo que se tratava apenas de um único sujeito passivo. O Tribunal não se pronunciou diretamente sobre o conceito de estabelecimento fixo, podendo dizer-se que a temática, se fosse esse o caso, tinha já sido abordada em *DFDS A/S*. De realçar, sim, e como aliás já demos nota, é o facto de o Tribunal de Justiça ter afirmado, no parágrafo 39 do acórdão, a irrelevância, para efeitos do IVA, do conceito de estabelecimento estável (ou permanente) do artigo 5.º da CMOCDE: “Relativamente à CMOCDE, deve dizer-se que a mesma é irrelevante, uma vez que incide sobre a fiscalidade direta enquanto o IVA se insere na tributação indireta”.

3.3 *Planzer* (C-73/06) e *Daimler* (C-318/11) and *Widex* (C-319/11)

Mas o conceito de estabelecimento fixo voltou a suscitar dúvidas, como demonstrado nos casos *Planzer* e *Daimler and Widex*. Desta vez, trata-se do aspeto fulcral do direito à dedução do IVA que vem acrescentar alguma discussão relevante para o conceito que analisamos.

Em *Planzer*, as autoridades fiscais alemãs recusaram-se a conceder o reembolso de IVA à empresa *Planzer* por considerarem que a atividade da recorrente era gerada na Suíça e não no Luxemburgo. O processo respeitava à recusa da administração fiscal alemã em conceder o reembolso do IVA suportado pela *Planzer Luxembourg*, sociedade com sede no Luxemburgo, no abastecimento de combustíveis na Alemanha. A *Planzer Luxembourg* era totalmente controlada por uma empresa suíça e tinha recursos humanos limitados no Luxemburgo; a administração fiscal alemã considerou, portanto, que a atividade da recorrente era gerada na Suíça e não no Luxemburgo. O Tribunal foi, em primeiro lugar, questionado sobre se a certificação, ao abrigo da Oitava Diretiva, constituía prova irrefutável de que o sujeito passivo estava estabelecido no EM de emissão do certificado; e, em segundo lugar, o que constitui uma empresa ou estabelecimento fixo a partir do qual é exercida a atividade, para efeitos da Décima Terceira Diretiva IVA. O TJUE apreciou a questão, confirmou a recusa de reembolso de IVA e determinou a não existência de um estabelecimento fixo, dado que a *Planzer* utilizava unicamente as instalações no Luxemburgo “com carácter preparatório ou

²⁰ Processo (C-210/04), § 35.

auxiliar, tais como o recrutamento de pessoal ou a aquisição dos meios técnicos necessários à realização das atividades da empresa”²¹.

Este caso estabelece a relevância das atividades preparatórias na determinação e avaliação de um estabelecimento fixo para efeitos de IVA. Assim, onde existe uma presença fictícia não pode haver lugar a um estabelecimento fixo.

No segundo caso sobre reembolso de IVA, *Daimler and Widex*, a decisão do TJUE esclarece qual a interpretação que deve ser dada ao artigo 1.º da Oitava Diretiva do Conselho²².

A *Daimler*, empresa alemã de produção automóvel, realizava testes às suas viaturas na Suécia em locais adequados aos ensaios, locais esses onde eram disponibilizados os respetivos e necessários recursos por uma filial da *Daimler* e por ela detida a 100%. A *Daimler* alemã não dispunha de pessoal próprio em permanência na Suécia, enviando à sua filial sueca o equipamento tecnológico e o pessoal necessários à realização dos ensaios. Na filial sueca, cuja atividade era quase exclusivamente dirigida à prestação de serviços à *Daimler* alemã, havia quatro empregados temporários e um diretor. Neste contexto, a *Daimler* suportou IVA debitado por fornecedores suecos, nos quais se incluía a respetiva filial, e pediu o correspondente reembolso ao abrigo da Oitava Diretiva e da Diretiva 2008/9/CE do Conselho, de 12 de fevereiro de 2008²³.

A *Widex*, sociedade dinamarquesa, produzia aparelhos auditivos, dispondo de um centro de investigação na Suécia, o qual era financiado pela *Widex*, que fornecia igualmente os fundos necessários para os salários dos seus quatro trabalhadores. Também ela suportou IVA sueco, relacionado com a investigação (locação das instalações do centro, formação, aquisição de equipamento técnico, etc.), tendo requerido o respetivo reembolso ao abrigo das referidas Diretivas. A *Widex* dispunha ainda, na Suécia, de uma filial, que distribuía os aparelhos auditivos, mas da qual o centro de investigação era independente.

As autoridades fiscais suecas recusaram ambos os pedidos por entenderem que o artigo 1.º da Oitava Diretiva e o artigo 3.º, alínea a) da Diretiva 2008/9/CE excluem o direito ao reembolso quando o sujeito passivo disponha, no Estado-Membro do reembolso, um estabelecimento fixo que apresente uma certa consistência, que integre meios humanos, recursos técnicos, uma suficiente permanência e que o qualifiquem como apto a prestar ou utilizar bens ou serviços, também argumentaram, por referência à jurisprudência do TJUE em *Aro Lease*, *Lease Plan* e *Planzer Luxembourg*, no sentido de que a presença de um estabelecimento fixo implica a verificação das citadas condições,

²¹ Processo (C-73/06), § 56.

²² Diretiva 2006/98/CE do Conselho, de 20 de novembro de 2006, designada “Oitava Diretiva”.

²³ Diretiva 2008/9/CE, do Conselho, de 12 de fevereiro de 2008.

não sendo exigível a efetiva realização das prestações ou aquisições dos serviços. *Daimler e Widex* contestaram, entendendo não dispor de estabelecimento fixo na Suécia, sobretudo por não realizarem quaisquer operações tributáveis nesse país.

O TJUE deixou claro que deve entender-se que a mera capacidade para realizar transações não é suficiente, devendo ser efetivamente realizadas as operações tributáveis, a que juntou o entendimento de que uma filial integral (100%) é um sujeito passivo de forma autónoma²⁴ (parecendo contrariar a decisão de *DFDS A/S*, onde o Tribunal concluiu que se a filial depender da sociedade-mãe e atuar como órgão auxiliar desta pode existir um estabelecimento fixo). A sua decisão foi então a de que “não se pode considerar que um sujeito passivo de IVA estabelecido num Estado-Membro e que apenas realiza noutro Estado-Membro ensaios técnicos ou trabalhos de investigação, com exclusão de operações tributáveis, dispõe, nesse outro Estado-Membro, de um “estabelecimento estável a partir do qual tenham sido efetuadas operações”, na aceção do artigo 1.º da Oitava Diretiva 79/1072/CEE e do artigo 3.º, alínea a), da Diretiva 2008/9/CE do Conselho, interpretação que não é posta em causa, numa situação como a do litígio no processo principal C-318/11, pela circunstância de o sujeito passivo dispor, no Estado-Membro do seu pedido de reembolso, de uma filial a 100%, quase exclusivamente destinada a fornecer-lhe diversos serviços relacionados com os ensaios técnicos realizados”²⁵.

3.4 *Welmory* (C-605/12)

Foi no caso *Welmory* que o Tribunal teve de repensar significativamente o conceito de estabelecimento fixo. A definição dada ao abrigo do acórdão *Berkholz* foi estabelecida com base nas antigas regras de localização das prestações de serviços. Porém, devido a várias alterações da base jurídica, suscitou-se a questão de saber se a definição de estabelecimento fixo enquanto entidade que presta os serviços – estabelecimento fixo prestador – desenvolvida desde o “acórdão líder” precisava ou não de ser reajustada para a aplicação do conceito de estabelecimento fixo adquirente dos serviços – estabelecimento fixo adquirente. Esta discussão foi fomentada pela introdução do artigo 11.º do Regulamento de Execução, que enumera duas definições distintas de estabelecimento fixo²⁶, tendo sido abordadas no “revolucionário” caso *Welmory*, em 2014, o primeiro caso após a publicação daquele Regulamento.

²⁴ Processo (C-318/11), § 48.

²⁵ Processo (C-318/11) and *Widex A/S*, processo (C-319/11), § 52.

²⁶ No artigo 11.º, n.º 1 do Regulamento lemos: “que lhe permitam receber e utilizar os serviços que são prestados para as necessidades próprias desse estabelecimento” e, no n.º 2, “lhe permita efectuar as prestações de serviços que fornece”.

Neste caso, discutiu-se a questão de saber se a jurisprudência desenvolvida ao abrigo do antigo artigo 9.º, n.º 1 continua a ser aplicada tendo em conta as alterações efetuadas ao abrigo do atual artigo 44.º da Diretiva.

O elemento diferenciador deste caso, e que o distancia dos restantes, é que o conceito de estabelecimento fixo é determinado já não em função da perspetiva do prestador dos serviços, mas sim na perspetiva do adquirente.

A *Welmory*, sociedade sediada em Chipre, era organizadora de leilões numa plataforma comercial *online* e vendia licitações²⁷, principalmente para clientes polacos.

Havia um acordo entre a empresa cipriota e uma empresa polaca, ao abrigo do qual os clientes adquiriam um certo número de “lances” da empresa cipriota no leilão *online* e esses lances davam ao adquirente o direito de participar na venda de bens em leilões da empresa polaca nesse sítio informático e o direito de fazer ofertas no mesmo. Mais tarde, a empresa cipriota adquiriu a empresa polaca e a questão posta ao Tribunal de Justiça era essencialmente a de saber se a empresa polaca, um sujeito passivo independente, poderia ser qualificada como um estabelecimento fixo da empresa cipriota para efeitos do artigo 44.º da DIVA. A questão-chave e nova, face aos casos anteriores, era a de que este caso respeita mais ao estatuto do adquirente dos serviços do que ao do prestador dos mesmos. Ou seja, a questão prejudicial levada ao Tribunal de Justiça era a de saber se a *Welmory*, enquanto sociedade que recebia e utilizava os recursos técnicos e humanos da empresa polaca, tinha um estabelecimento fixo na Polónia para efeitos do artigo 44.º da Diretiva IVA²⁸.

As autoridades fiscais polacas consideraram que a sociedade cipriota possuía um estabelecimento fixo no território polaco e que, em consequência disso, os serviços prestados deveriam ser tributados na Polónia.

O Tribunal considerou que a sua jurisprudência sobre o artigo 9.º da Sexta Diretiva IVA deveria ser, em princípio, “transponível *mutatis mutandis* para efeitos da interpretação do artigo 44.º da Diretiva IVA”²⁹, o qual estabelece que o local de prestação de serviços a um sujeito passivo deixa de ser determinado por referência ao sujeito passivo que os presta, mas por referência ao sujeito passivo que os adquire. Estando em causa um negócio virtual, pela sua natureza, o Tribunal entendeu que o facto de o mesmo poder ser realizado sem a exigência de uma estrutura material e humana não é determinante, já que, apesar do seu carácter específico, ainda se mantém exigível uma estrutura apropriada (equipamento informático, servidores e software), que pode conduzir à qualificação de um estabelecimento fixo.

²⁷ Processo (C-605/12), § 13.

²⁸ Foi no caso *Welmory* que o TJUE teve de considerar, pela primeira vez, a necessidade de recursos humanos para efeitos de prestação de serviços digitais com base no artigo 44.º da Diretiva IVA.

²⁹ Processo (C-605/12), § 43.

Ou seja, o TJUE repetiu a jurisprudência estabelecida (*Berkholz*) em relação ao conceito de estabelecimento estável e às regras de local de fornecimento. Afirmou claramente que para a aplicação das regras de local de fornecimento de serviços B2B (o do estabelecimento do cliente), o local de estabelecimento do cliente, ou seja, o local onde o cliente estabeleceu a sua empresa, é, em princípio, o principal ponto de referência, a menos que tal não conduza a um resultado racional e o local de fornecimento deva ser considerado como o local onde se encontra outro estabelecimento, com uma dimensão mínima de recursos humanos e técnicos. A questão de saber se a *Welmory Polónia* pode ou não ser considerada um estabelecimento fixo da *Welmory Chipre*, com recursos humanos e técnicos externos, quando presentes na Polónia, não foi, contudo, respondida de forma clara pelo TJUE, sendo certo, embora, que o TJUE não negou que a *Welmory Poland* pode ser considerada um estabelecimento e, por sua vez, um estabelecimento fixo da *Welmory Cyprus*, uma vez que existe uma presença na Polónia de recursos humanos e técnicos (externos).

Seria um grande contributo se o TJUE tivesse pronunciado, de forma clara, em que circunstâncias recursos humanos e técnicos externos seriam suficientes para encontrar um estabelecimento fixo, e se considerasse que os recursos externos não eram suficientes, a inclusão dessa opinião no acórdão clarificaria muito. Nessa ausência, a resposta do Tribunal pecou no contributo que poderia dar à temática da qualificação e dimensão de uma “estrutura apropriada”.

3.5 *Dong Yang Electronics* (C-547/18)

Nos últimos tempos, os tribunais nacionais dos Estados-Membros têm remetido cada vez mais processos para o TJUE, solicitando maior orientação sobre o conceito de estabelecimento fixo. Caso bastante recente foi o processo *Dong Yang Electronics*. A questão colocada ao Tribunal era a de saber se uma filial estabelecida na União Europeia deveria ser considerada, para efeitos de IVA, como um estabelecimento fixo de uma sociedade-mãe que não fazia parte da União Europeia, na aceção do artigo 44.º da Diretiva IVA, questão esta que não havia ainda sido aclarada.

Dong Yang, com sede na Polónia, contratou com a empresa coreana *LG Korea* a montagem das suas placas de circuito impresso. A *LG Korea* tinha uma subsidiária polaca (*LG Polónia*) que geria o processo de fabrico na Polónia para a *LG Korea*, entregando os respetivos componentes à *Dong Yang* e recolhendo os itens acabados após a montagem. A *LG Coreia* garantiu à *Dong Yang* que não tinha qualquer estabelecimento fixo na Polónia. A *Dong Yang* tratou, então, os seus serviços para a *LG Korea* como não sendo fornecidos na Polónia, mas na Coreia e, portanto, não sujeitos ao IVA polaco. A autoridade fiscal polaca alegou que os serviços de *Dong Yang* foram de facto fornecidos

à subsidiária polaca da *LG Coreia*, mantendo-a como um estabelecimento fixo, porque, embora desconhecida de *Dong Yang*, aquela subsidiária polaca (da *LG Coreia*) também montou placas de circuito de componentes de propriedade da *LG Coreia*, serviços de armazenamento e logística de produtos acabados. Os produtos acabados foram vendidos pela *LG Korea* para outra subsidiária polaca da *LG Korea*, que por sua vez os vendeu no mercado europeu.

As autoridades fiscais polacas argumentaram que a *LG Polónia* era um estabelecimento estável da *LG Coreia* e entenderam que *Dong Yang* não deveria ter confiado nas informações da *LG Coreia*, mas efetuado mais diligências sobre o destinatário e uso de seus serviços.

O Tribunal afirmou que, não obstante ser possível que uma filial seja um estabelecimento estável de uma sociedade-mãe, um fornecedor não deve deduzir a existência de um estabelecimento estável apenas por se tratar de uma filial. Entendeu ainda que a *Dong Yang* não era obrigada a examinar as relações contratuais com a *LG Coreia* para determinar se a empresa-mãe fora da União Europeia tinha um estabelecimento estável dentro da EU, isso era competência das autoridades fiscais. Embora concordando com a Advogada-Geral³⁰, o Tribunal disse que teria sido impossível para a *Dong Yang* verificar as relações contratuais entre o seu parceiro contratante e as (possivelmente desconhecidas) subsidiárias desse mesmo parceiro. O acórdão, relativamente curto, limitou-se às obrigações práticas do fornecedor, sem dar mais orientações sobre quando é que uma filial pode constituir um estabelecimento estável, o que poderia ter ajudado bastante na matéria. Todavia, a sua declaração de que um fornecedor não deve ser obrigado a inquirir sobre as relações contratuais entre o seu cliente e a subsidiária do cliente foi bem-vinda.

E a decisão do Tribunal foi a de que “a existência, no território de um Estado-Membro, de um estabelecimento estável de uma sociedade (...) não pode ser inferida (...) do simples facto de essa sociedade aí possuir uma filial”³¹. Nas suas Conclusões, a advogada-geral Juliane Kokkot determina que, nos termos do artigo 44.º da Diretiva IVA, conjugado com a definição do artigo 11.º, n.º 1 do Regulamento de Execução, uma filial autónoma não pode ser considerada um estabelecimento estável da sociedade-mãe. Para que este conceito seja aplicável, um único sujeito passivo de IVA deve operar em dois locais diferentes: “uma pessoa coletiva independente – por exemplo, uma filial – não pode ser simultaneamente o estabelecimento estável de outra pessoa

³⁰ A opinião da Advogada-Geral Juliane Kokott concentrou-se mais nas circunstâncias em que uma entidade jurídica separada, como uma filial, pode ser tratada como um estabelecimento estável de outra entidade.

³¹ Processo (C-547/18), § 33.

coletiva”³². Não deixa de ser importante também referir a este respeito que, embora o Tribunal não tenha incluído no seu acórdão a posição da advogada-geral, esta forneceu uma resposta direta à questão submetida: o simples facto de uma sociedade-mãe estabelecida num país terceiro ter uma filial num país da UE não implica que a sociedade-mãe tenha um estabelecimento fixo neste último, o que decorre diretamente da constatação face à Diretiva IVA de que uma sociedade-mãe e uma filial não são um sujeito passivo, mas sim duas entidades juridicamente autónomas, isto é, dois sujeitos passivos, embora com uma relação de dependência económica³³. A circunstância em que os recursos humanos e técnicos (“a infraestrutura”) de um sujeito passivo – a filial – podem também constituir um estabelecimento fixo de outro sujeito passivo – a empresa-mãe – pode, segundo ela, ocorrer, mas, tendo em conta que a filial possui personalidade jurídica própria, ela é também sujeito passivo autónomo. Ora, ao abrigo do IVA comunitário, um único sujeito passivo só pode ser constituído nos termos do artigo 11.º da DIVA, relativo ao regime de grupo. Acresce que o tratamento da filial como estabelecimento fixo altera a autoliquidação do IVA ao destinatário do serviço, nos termos do artigo 196.º da DIVA, criando assim uma obrigação de IVA para uma empresa estrangeira no país do estabelecimento fixo. A qualificação *ex post* de uma filial como estabelecimento fixo de uma sociedade estrangeira comprometeria a segurança jurídica, na medida em que a outra parte na transação deve saber se a filial ou a sociedade-mãe são ou não sujeitos passivos de IVA.

Por outro lado, relembrando que no Acórdão DFDS o Tribunal concluiu diferentemente, essa decisão deve ser vista no contexto de um setor específico, o dos organizadores de circuitos turísticos, como regime especial de IVA e, portanto, não tem de ser aplicado noutros contextos, como acontece na situação do processo em análise³⁴.

3.6 *Titanium v. Austria* (C-931/19)

Atualmente, à data em que desenvolvemos este estudo, um caso muito relevante está a aguardar uma decisão do Tribunal de Justiça Europeu. É o caso *Titanium v. Austria* (C-931/19). A jurisprudência e o artigo 11.º do Regulamento afirmam que ambos os recursos, humanos e técnicos, devem estar reunidos para a existência de um estabelecimento fixo. No caso *Titanium v. Austria* discute-se se pode existir

³² Conclusões da Advogada Geral Juliane Kokkot de 14 de novembro de 2019, referentes ao Acórdão *Dong Yang Electronics*, processo (C-547/18), § 48 e ss.

³³ Sendo certo que o artigo 11.º da Diretiva IVA permite aos EM, em determinadas circunstâncias, considerar vários sujeitos passivos que estejam estreitamente vinculados entre si “um sujeito passivo” (o chamado grupo de IVA), essa limita-se ao território do respetivo Estado-Membro (“as pessoas estabelecidas no território”), pelo que nunca teria aplicação no caso em análise.

³⁴ Aliás, o *DFDS* foi amplamente anulado por decisões posteriores do CJEU, em particular processos (C-318/11) e (C-319/11).

estabelecimento fixo para efeitos de IVA sem que um dos recursos, humanos ou técnicos, esteja preenchido. Por outras palavras, se é possível distanciar estes dois elementos.

A *Titanium* é uma empresa com sede em Jersey cuja atividade inclui o arrendamento de propriedades. Ela arrenda uma propriedade que possui a dois sujeitos passivos austríacos. A gestão da propriedade é entregue a um gestor imobiliário austríaco, que realiza atividades de apoio e gestão técnica da propriedade.

A *Titanium* não liquidava IVA austríaco sobre a renda recebida, por considerar que a propriedade arrendada na Áustria não é um estabelecimento fixo para efeitos de IVA, dado que aí não dispõe de pessoal próprio e, na ausência desse estabelecimento fixo, o valor do IVA devido deve ser autoliquidado (*reverse charge*) pelos inquilinos austríacos. Assim não entendeu a administração fiscal austríaca, que considerou que o imóvel dá origem a um estabelecimento fixo na Áustria, com a consequência de que deve ser a *Titanium* a liquidar IVA aos inquilinos, não se estando perante uma situação de *reverse charge*.

O órgão jurisdicional de reenvio teve dúvidas quanto à interpretação do conceito de “estabelecimento fixo”, e decidiu remeter o processo ao Tribunal de Justiça, solicitando uma interpretação mais detalhada do conceito de estabelecimento fixo no seguinte contexto: deve o conceito de estabelecimento fixo envolver a utilização de pessoal e recursos técnicos próprios (a sociedade imobiliária não os tem na Áustria), ou pode também haver um estabelecimento fixo sem a existência de pessoal próprio mas com auxílio dos serviços de um administrador de imóveis? Até à data, o conceito de estabelecimento fixo foi interpretado no sentido de que deve existir um certo grau de permanência e uma estrutura adequada de pessoal e recursos técnicos para a execução dos serviços. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, não é claro se ambas as características, ou seja, pessoal e recursos técnicos, devem ser cumpridas cumulativamente ou se isso só é necessário quando a atividade empresarial não seja possível sem pessoal e recursos técnicos.

A questão prejudicial formulada é a seguinte: deve o conceito de “estabelecimento fixo” ser entendido no sentido de que devem existir sempre meios pessoais e meios técnicos e, em consequência, deve existir obrigatoriamente, no estabelecimento, pessoal próprio do prestador de serviços, ou, no caso concreto do arrendamento sujeito a IVA de imóveis situados no território do EM com serviços de mero apoio e gestão, mas cuja decisão cabe ao proprietário, pode considerar-se que o imóvel é um “estabelecimento fixo”, mesmo sem dispor de meios pessoais do senhorio?

Aguarda-se a apreciação e decisão do TJUE.

4. O Regulamento de Execução (UE) n.º 282/2011 do Conselho, de 15 de março de 2011

4.1. Considerações gerais

A justificação mais provável para os 34 anos de ausência de uma definição legal do conceito de estabelecimento fixo utilizado no artigo 9.º da Sexta Diretiva IVA, ou seja, o período que medeia entre 1977 e a delimitação que para ele resulta em 2011 do Regulamento de Execução (UE) n.º 282/2011 do Conselho, parece ser o entendimento da Comissão Europeia de que a interpretação construída pelo TJUE sobre tal conceito de estabelecimento no processo *Berkholz* e subsequentes era suficiente e bem sucedida, não sendo por isso necessárias quaisquer aclarações adicionais³⁵.

Porém, o desenvolvimento da disciplina do IVA³⁶ em matérias tão sensíveis como a localização das operações em geral e, sobretudo e em particular, das prestações de serviços, o sistema de reembolso do IVA, a aplicação do mecanismo do *reverse charge*, e o combate a esquemas de planeamento fiscal ilícito pressionaram, quase como condição *sine qua non*, uma definição harmonizada e tão clara quanto possível do conceito em análise. Assim, foi finalmente em 2011, com aplicação a partir de 1 de julho desse ano, que o Regulamento 282/2011³⁷ vem a estabelecer, entre outras medidas de aplicação da Diretiva IVA, também a definição do que haja de entender-se por estabelecimento fixo para efeitos do imposto. Definição que consta do artigo 11.º, e cuja relevância se centra em variadas vertentes:

- para efeitos da determinação do lugar da prestação de serviços, do ponto de vista dos serviços prestados - uma definição uniforme a nível comunitário;
- para efeitos da determinação do lugar da prestação de serviços, do ponto de vista do adquirente – também uma definição uniforme a nível comunitário;
- para efeitos de uma correta identificação do devedor do IVA e sistema de liquidação;
- para efeitos das questões conexas com o direito a dedução e reembolso do IVA, quando caso disso.

³⁵ Na Proposta da Comissão em 2003 e na consulta pública sobre o local da prestação de serviços, a Comissão entendeu que não era necessário incluir uma definição de estabelecimento fixo (COM (2003) 822 final, p. 9 e (TAXUD / C3 / 2357, maio de 2003). Disponível em: [https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvke1fm2yd1u0_j9vvik7m1c3gyxp/vkcweee8yzzq/v=s7z/f=/com\(2003\)822_en.pdf](https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvke1fm2yd1u0_j9vvik7m1c3gyxp/vkcweee8yzzq/v=s7z/f=/com(2003)822_en.pdf).

³⁶ O denominado pacote IVA com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2010.

³⁷ O Regulamento de Execução n.º 282/2011 foi adotado pelo Conselho da União Europeia em 15 de março de 2011. Isso ocorreu principalmente porque os termos e a redação da Diretiva 2006/112/CE foram inconclusivos em alguns casos. Este Regulamento de Implementação entrou em vigor a 1 de julho de 2011 e não precisa de ser transposto para a legislação nacional dos Estados-Membros, contrariamente a uma Diretiva – portanto, é diretamente aplicável.

É que, nos termos da Diretiva IVA, a regra geral é a de que o lugar da prestação de serviços a um sujeito passivo, agindo como tal, é o lugar onde essa pessoa estabeleceu a sede da sua empresa. No entanto, se esses serviços forem prestados a um estabelecimento fixo do sujeito passivo situado num local diferente daquele onde este estabeleceu a sede da sua empresa, o lugar da prestação desses serviços é o local onde esse estabelecimento fixo se situa.

O lugar da prestação de serviços a não sujeitos passivos é o lugar onde se situa a sede do prestador. Se, porém, esses serviços forem prestados a partir de um estabelecimento fixo do prestador situado num local diferente do local onde estabeleceu a sede da sua empresa, o lugar da prestação dos serviços será o local onde se encontra esse estabelecimento fixo.

Baseando-se na jurisprudência do TJUE, o Regulamento estabelece a seguinte definição de “estabelecimento fixo”: qualquer estabelecimento, diferente da sede da atividade económica a que se refere o artigo 10.º do presente regulamento, caracterizado por um grau suficiente de permanência e uma estrutura adequada, em termos de recursos humanos e técnicos, que lhe permitam receber e utilizar os serviços que são prestados para as necessidades próprias desse estabelecimento, ou efetuar as prestações de serviços que fornece, acrescentando-se que o facto de dispor de um número de identificação IVA não é em si mesmo suficiente para se considerar que o sujeito passivo dispõe de um estabelecimento fixo (artigo 11.º, n.ºs 1, 2 e 3).

O artigo determina, pois, que um estabelecimento fixo é caracterizado por “uma estrutura adequada em termos de recursos humanos e técnicos”, e nele o legislador estabeleceu uma separação definitiva para o prestador e para o adquirente: para que haja um estabelecimento estável na perspetiva do adquirente dos serviços, é necessário, além do requisito anterior, que o estabelecimento seja capaz de “receber e utilizar os serviços que são prestados para as necessidades próprias desse estabelecimento” (artigo 11.º, n.º 1 e artigo 44.º da Diretiva IVA); para que haja um estabelecimento na perspetiva do prestador dos serviços, é necessário que este seja capaz de “efetuar as prestações de serviço que fornece”³⁸ (artigo 11.º, n.º 2 e artigo 44.º da Diretiva IVA).

Com base na distinção que é feita no n.º 1 e no n.º 2 do artigo 11.º do Regulamento, constatamos que o termo “estabelecimento fixo” tem um significado diferente dependendo se nos estamos a referir ao estabelecimento fixo prestador dos serviços ou ao estabelecimento estável adquirente dos serviços – para que haja um estabelecimento

³⁸ A definição do artigo 11.º do Regulamento deve ser aplicada em conjunto com as regras da Diretiva IVA, uma vez que se trata apenas de um ato de execução. Um exemplo claro disso é perceptível, desde logo, pela letra da norma do artigo 11.º do Regulamento, que faz referência apenas a uma mera capacidade de receber ou prestar os serviços, sem uma exigência efetiva. Mas, ao interpretarmos a Diretiva, no seu artigo 44.º e 45.º prevê-se uma efetiva prestação.

fixo, ou seja, para uma determinada “infraestrutura” preencher a definição do n.º 1 do Regulamento, haverá que atender, como condição, à respetiva compatibilização com a aplicação das regras de localização dos artigos 44.º e 45.º.

Será com base nos citados normativos do Regulamento³⁹, em articulação com a Diretiva IVA e com a jurisprudência analisada, que iremos desenvolver um pouco mais os critérios-chave para determinar a existência de um estabelecimento fixo, a saber: estrutura adequada em termos de recursos humanos e técnicos, grau suficiente de permanência em termos temporais e geográficos, e dependência (requisito adicional mencionado no caso *DFDS*).

4.2. Estrutura adequada em termos de recursos humanos e técnicos

A estrutura adequada, constante do artigo 11.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento de Execução⁴⁰, não pode ser analisada de uma forma genérica. É preciso atender-se aos serviços específicos em causa. Assim, dependendo dos serviços desempenhados e do modelo de negócio em causa, um diferente nível de recursos humanos e técnicos pode ser necessário para receber ou prestar os serviços.

Inicialmente, o Tribunal de Justiça pronunciou-se pela cumulatividade dos dois requisitos – humanos e técnicos. Assim foi no Acórdão *Berkholz*. Posteriormente, a abordagem parece ter sido menos rígida, e revela a necessidade de ser analisada numa base casuística, levando em conta circunstâncias específicas de cada caso, já que diferentes situações podem requerer diferentes níveis de recursos humanos e técnicos, sobretudo face à natureza da atividade desenvolvida.

A questão foi enfatizada pelo TJUE nos processos *ARO Lease*⁴¹ e *Planzer*⁴².

Destes casos pode inferir-se que a infraestrutura necessária deve sempre ser avaliada casuisticamente e à luz das atividades e serviços que o estabelecimento visa prestar ou receber. Uma avaliação isolada não responde às exigências, já que para uma específica estrutura pode ser adequado um determinado tipo de serviços e esses mesmos serviços, quando analisados à luz de uma outra estrutura, não serem adequados para fornecer ou prestar os serviços em causa.

³⁹ Citado por Spies, 2020, p. 245. Sem esquecer opiniões muito críticas, como acontece com a opinião de Van Nordan relativamente à definição do conceito de estabelecimento fixo dada pelo Regulamento de Execução. O autor refere mesmo que o Regulamento estabelece conceitos “*alien*” à Diretiva IVA.

⁴⁰ Artigo 11.º do Regulamento de Execução: “estrutura adequada, em termos de recursos humanos e técnicos, que lhe permitam receber e utilizar os serviços que são prestados para as necessidades próprias desse estabelecimento”.

⁴¹ No processo (C-190/95), § 19.

⁴² Processo (C-73/06), § 55 e 56.

Relevante é ainda saber se os recursos humanos são um requisito mínimo essencial, mesmo que a prestação ou receção dos serviços seja possível (principalmente ou só) através de recursos técnicos⁴³.

O apelo a recursos humanos é de há longa data. Já em 1984, quando se discutia o primeiro caso sobre o conceito de estabelecimento fixo, o Advogado-Geral Mancini referiu que não existe uma organização empresarial sem humanos, tendo o tribunal adotado esta abordagem. A verdade é que, quando esta linha de jurisprudência foi estabelecida, as prestações de serviços ainda eram quase inimagináveis sem a utilização de recursos humanos, situação que se alterou substancialmente. Nas décadas subsequentes, e até ao presente, os desenvolvimentos tecnológicos e o impulso da era digital têm aumentado cada vez mais a capacidade de realização de negócios e de celebração de contactos com o cliente através de meios virtuais.

Como quer que seja, o TJUE, em repetida jurisprudência até ao presente, vem repetindo continuamente a necessidade de “recursos humanos e técnicos”.

Em matéria de recursos humanos, requer-se a presença de pessoal da empresa, sem que obviamente seja possível uma quantificação. Conforme a opinião da Advogada-Geral Kokott em *Welmory*, não é indispensável que os recursos humanos sejam empregados do sujeito passivo, bastando que este tenha sobre eles um controlo comparável ao que tem sobre o seu próprio pessoal, visão que, aliás, já havia sido defendida por Poiares Maduro como Advogado-Geral no processo *RAL Channel Islands* – quando os funcionários de uma entidade são colocados sob o controle e direção de outra entidade que exerce um nível suficiente de influência sobre os deveres e funções desses funcionários, poderá existir um estabelecimento fixo se um grau suficiente de outros recursos estiverem também presentes, ou seja, o fornecimento de pessoal não deve dar origem automaticamente à criação de um estabelecimento fixo do mesmo modo que a colocação de pessoal à disposição de outro sujeito passivo pode permitir cumprir o requisito de recursos humanos.

Quanto à existência de “recursos técnicos”, a primeira consideração é a de que o tipo de recursos técnicos depende sempre da especificidade dos serviços prestados ou recebidos, pelo que não podem ser caracterizados em termos gerais.

Até ao processo *Welmory*, o TJUE apreciou essencialmente atividades empresariais tradicionais envolvendo relações diretas entre fornecedores prestadores e adquirentes utilizadores. No processo *Planzer*, o Tribunal, analisando atividades de transporte, considerou que o termo “estabelecimento fixo” implicaria, no mínimo,

⁴³ Processo (C-931/19) – A aguardar sentença do Tribunal.

escritórios nos quais pudessem ser elaborados contratos ou tomadas decisões administrativas de gestão e instalações físicas para armazenagem dos veículos⁴⁴.

O caso *Welmory* foi o primeiro no contexto dos serviços digitais (e-commerce), contexto em que certo tipo de recursos apresenta mais relevância do que outros, como acontece com as plataformas de informação tecnológica e apoio remoto ao cliente. E no caso, o TJUE relevou os servidores informáticos, o software, a manutenção e o sistema de conclusão de contratos com os clientes, opinando que se segundo os factos verificados pelo tribunal nacional tais recursos não estavam presentes no território, então deveria concluir-se que a empresa não tinha um estabelecimento fixo no território por falta da necessária infraestrutura para receber os serviços e usá-los na sua atividade empresarial. De facto, se é certo que os desenvolvimentos tecnológicos têm vindo a aumentar a capacidade das empresas (da economia digital) de desenvolverem atividades sem exigir o nível de infraestruturas de uma empresa tradicional, permitindo, em geral, que as empresas operem remotamente de vários locais, mesmo com pouca intervenção humana, o TJUE tem sido relutante em admitir a existência de um estabelecimento fixo se o único nexos com o local for um servidor, ou suportes congéneres, num local diferente daquele onde uma empresa estabeleceu o seu negócio.

A conclusão será, pois, a de que qualquer prestação de serviço exige que sejam disponibilizados ou recebidos, pelo menos, um mínimo de recursos técnicos, desde um pequeno escritório a um programa informático, sem esquecer, todavia, como bem destacou o Advogado-Geral Mischo, que “não pode existir um estabelecimento sem estabelecimento”⁴⁵.

A questão resulta, mesmo assim, nebulosa. Fazendo uma ponte com o mundo virtual em que nos inserimos, não conseguimos encontrar nem na jurisprudência, nem na legislação existente sobre o conceito de estabelecimento fixo, uma abordagem expressa à necessidade de os recursos técnicos terem uma natureza tangíveis. Gramaticalmente, “fixo” parece indicar que os recursos técnicos não podem ter uma natureza intangível, como é um website, um software, um programa informático, uma plataforma digital, etc., que assim não levariam à existência de um estabelecimento fixo. A verdade é que o acórdão *Welmory* leva em devida conta a respetiva valia para aferir a existência de um estabelecimento fixo, o que nos leva a admitir, consequentemente, e mesmo sem referência expressa à natureza intangível dos recursos, que a mesma parece fazer sentido e acompanhar a nova era digital.

⁴⁴ Processo (C-73/06), § 55.

⁴⁵ Conclusões do advogado geral Jean Mischo referentes ao Processo (C-221/89), § 58.

4.3. Grau suficiente de permanência

Aqui, abordaremos dois parâmetros: o grau de permanência suficiente em termos físicos, e o grau dessa permanência no horizonte temporal.

Do ponto de vista físico ou material, o entendimento que vem sendo apresentado pela doutrina, sem que nada nos leve a crer o contrário, é o de que não existe uma necessidade de fixação permanente da infraestrutura ao solo ou a um determinado lugar. Por outras palavras, tem-se entendido que o estabelecimento “fixo” pode ter natureza móvel ou dinâmica, desde que seja identificável em termos de localização. Suportamos o nosso ponto de vista no acórdão *Berkholz*, onde o Tribunal, embora tivesse negado que a instalação, reparação e manutenção das máquinas de jogo a bordo do navio não constituíssem um estabelecimento fixo para efeitos de IVA, sustentou a sua decisão, não na falta de um elemento de permanência geográfica, fixação ao solo, mas sim na ausência de recursos humanos necessários para a prestação do serviço⁴⁶. De todo o modo, o termo “fixo” indica, pelo menos, que só deve existir um estabelecimento fixo se houver algum nível mínimo de vínculo geográfico.

Quanto ao limite temporal, são muito poucas as orientações que existem. De acordo com o artigo 11.º do Regulamento de Execução (EU) n.º 282/2011 do Conselho, um estabelecimento fixo caracteriza-se *por um grau suficiente de permanência*, mas não resulta atribuída qualquer indicação sobre o que haja de entender-se por grau suficiente de permanência. Também a jurisprudência confirma a necessidade de permanência em termos gerais, mas não providencia qualquer clareza quanto a este critério. Apenas no acórdão *Berkholz* o Tribunal fez uma breve observação a este nível, ao concluir que a presença intermitente dos recursos humanos, duas vezes por semana, não era suficiente para constituir um estabelecimento fixo⁴⁷.

E as questões são várias. O grau suficiente de permanência deve ser identificado por referência às operações realizadas por um operador ou a outros fatores? Pode a realização de uma única transação (mesmo se a execução do contrato exigir um período mais longo de, por exemplo, três a seis meses), relevar como um grau suficiente de permanência?

Das discussões no Comité IVA se conclui que os recursos humanos e técnicos precisam de estar permanentemente presentes, bem como o grau de necessidade ser suficiente⁴⁸. Da jurisprudência estabelecida do TJUE, nos acórdãos *Berkholz*, *DFDS* e *Planzer Luxembourg Sàrl* (C-73/06) decorre também uma repetida referência a “recursos necessários (...) estando permanentemente presentes”.

⁴⁶ Processo (C -168/84), § 18.

⁴⁷ Processo (C-168/84), § 18. Lê-se “não parece que a instalação a bordo de um navio marinho de máquinas de jogo, que são mantidas intermitentemente, possa constituir tal estabelecimento”.

⁴⁸ *Guidelines resulting from the 88th Meeting*, pp. 125 e ss.

Pode acontecer que a presença de um operador noutra EM possa, com o tempo, transformar-se num estabelecimento fixo, mas a dificuldade é identificar em que momento a linha entre não ter e ter um estabelecimento fixo é cruzada, com as consequências daí advindas. As respostas terão, certamente, de ser casuísticas com sensibilidade aos factos relevantes. A dificuldade estará, desde logo, em saber se um estabelecimento fixo emergente é considerado, para efeitos de IVA, com efeito retroativo (*ex tunc*) ou apenas a partir do momento em que a presença do contribuinte de IVA cruzou a linha para uma presença permanente (*ex nunc*). A presunção *ex nunc* de estabelecimento fixo expõe os operadores a riscos sancionatórios (multas e juros), uma vez que o operador pode não ser capaz de reconhecer o ponto em que surge um estabelecimento fixo. Uma abordagem *ex-tunc* criaria um risco ainda maior de verificação dessas penalizações.

Além de que, perante diferentes abordagens dos EM ao teste de permanência, pode concretizar-se o fantasma da dupla tributação. O princípio da certeza e segurança jurídica e a necessidade de prevenir situações de dupla ou de ausência de tributação impõem a introdução, para efeitos de IVA, de um limite temporal com um critério comum a todos os Estados-Membros do período durante o qual o estabelecimento deve ser mantido para que as autoridades fiscais possam averiguar da existência ou não de um estabelecimento fixo, de forma uniforme. Enquanto isso não existir, os conflitos entre as diferentes jurisdições são difíceis de ser evitados.

4.4 Dependência

Como antes se deixou nota, no caso *DFDS*⁴⁹, o Tribunal fez uma referência a um requisito adicional para efeitos de determinação da existência de um estabelecimento fixo: a “dependência”. Nesse processo, o Tribunal entendeu que “Para saber se (...) a agência de viagens dispõe efectivamente no Estado-Membro em questão de um estabelecimento, interessa, em primeiro lugar, verificar se a sociedade que actua nesse Estado por conta da agência goza de um estatuto de independência em relação a esta última”. E opina, aceitando as conclusões do Advogado-Geral no processo, Antonio La Pergola, defendendo a existência de um estabelecimento fixo “sempre que a sociedade que desenvolve a atividade de agente não tenha as características de independência e de autonomia relativamente ao organizador de circuitos turísticos, mas constitua um mero auxiliar deste último e esteja dotada de uma estrutura, composta de meios humanos e técnicos, apta a efetuar as prestações de serviços em questão”.

A questão era complexa. É que se, no geral, uma sede empresarial e um

⁴⁹ Processo (C-260/95), § 25.

estabelecimento fixo integram a mesma entidade jurídica, no caso *DFDS*, e como se analisou, a sede e o estabelecimento fixo não se qualificavam dessa forma porque o estabelecimento fixo constituía uma entidade juridicamente separada. Assim, e de uma forma muito específica para este caso concreto, o TJUE, considerando que usar a sede como ponto de referência para o local de fornecimento não produziria um resultado lógico e racional para a mecânica e funcionamento do imposto, e tendo também em vista a realidade económica subjacente, decidiu que, *hic et nunc*, a filial inglesa não deveria ser considerada como independente da empresa-mãe, devendo qualificar-se como um estabelecimento fixo.

Ou seja, ao avaliar a “dependência” no processo *DFDS*, o Tribunal apreciava a questão de saber se uma filial poderia ou não ser qualificada como estabelecimento fixo da empresa-mãe, e não a questão de saber se existiria um estabelecimento fixo para efeitos de IVA, razão pela qual entendemos que este não é verdadeiramente um critério para determinar, em sede de IVA, se existe ou não um estabelecimento fixo, antes desempenhando uma função esclarecedora na análise de saber a quem pertence o estabelecimento fixo. Sendo assim, é nosso entendimento que a dependência não deve ser vista como um requisito preponderante, ou, pelo menos, não lhe deve ser dada a mesma importância da dos demais requisitos que analisámos.

5. Avaliação e contributos de análise

De todo o exposto, concluímos que o conceito “estabelecimento fixo”, constante do artigo 11.º do Regulamento (UE) 282/2011, exige um grau de permanência temporal suficiente e por referência a uma certa área geográfica⁵⁰, diferente do local da sede, sem que resulte claro dessa disciplina por quanto tempo é que a presença deve subsistir, nem qual o seu limite em termos geográficos. Apenas parece poder concluir-se que atividades temporárias, de curta duração e incidentais não devem ser suficientes para cumprir estes requisitos.

Para além do grau de permanência, o artigo exige uma estrutura adequada em termos de recursos humanos e técnicos, tanto para um estabelecimento prestador como para um estabelecimento adquirente dos mesmos. Da jurisprudência do Tribunal de Justiça pode concluir-se que o nível de recursos humanos e técnicos necessários para a prestação/aquisição dos serviços deve ser analisado caso a caso, podendo assumir diferentes contornos. Deve atender-se à natureza da atividade em causa e à maior ou menor necessidade concreta de cada um dos recursos, com respeito pela avaliação da circunstância de que a propriedade dos mesmos deve ser do sujeito passivo, pese embora a admissibilidade de recursos de “terceiros” na condição do sujeito passivo ter *um poder de disposição equiparável sobre o pessoal e os meios técnicos...* como se esses lhe pertencessem⁵¹.

Aqui chegados, justificam-se, em nosso entender, algumas reflexões e opiniões, que mais não pretendem ser do que contributos para uma temática que, por reputarmos de muito relevante e escassamente tratada entre nós, empreendemos o desafio de abordar. Vejamos.

O conceito de estabelecimento fixo desempenha, no que ao IVA respeita, um papel crucial em várias das suas áreas de abordagem, desde a determinação do lugar das prestações de serviços para efeitos da incidência real ou objetiva do imposto, à determinação do sujeito passivo com obrigação da sua liquidação (incidência pessoal ou subjetiva), à forma dessa liquidação associada à crescente figura da inversão do sujeito passivo ou *reverse charge*, ao direito a dedução e reembolso, e ao cumprimento das obrigações legalmente exigidas.

Como imposto geral sobre o consumo que é, a identificação do lugar exato onde ocorre esse consumo apela, como condição *sine qua non* à utilização de elementos de conexão, e nestes, quando se opere em cenários transfronteiriços, como crescentemente se verifica, o conceito de estabelecimento fixo é elemento chave, sob pena de ocorrerem

⁵⁰ Entendimento contrário pode ser encontrado em Merks, *Establishments in European VAT (2013)*, p. 77. O autor sustenta que não parece ser necessária qualquer coerência geográfica para efeitos de IVA.

⁵¹ Comentários ao processo (C-605/12), § 50 e 51.

situações de ausência de tributação ou de dupla tributação, distorcendo a neutralidade do imposto, subvertendo as receitas do mesmo e dando azo a dificuldades de cumprimento para contribuintes e verificação para autoridades fiscais, passando pelo estímulo a práticas elisivas e de fraude fiscal.

A verdade é que o conceito continua longe de ser claro, bem compreendido, interpretado e uniformemente aplicado por todos os Estados-Membros. E as dificuldades sentidas desde início têm vindo a aumentar à medida que os novos desafios tecnológicos e as novas formas económicas de operar se vão consolidando e desenvolvendo. Tudo em prejuízo do objetivo tão caro às instâncias europeias: o da plena realização e funcionamento do mercado único europeu.

Compete ao TJUE garantir a interpretação e aplicação uniforme do direito comunitário a partir das dúvidas quanto à interpretação deste a casos concretos pendentes nos tribunais nacionais, quer como faculdade, quer como obrigação. A aplicação uniforme do Direito da União Europeia no território de todos os seus Estados-Membros é entendida como condição da existência e do crescimento da própria União, já que sem uniformidade não há verdadeira integração. A propósito da definição de estabelecimento fixo no Regulamento, a harmonização interpretativa e a aplicação uniforme do conceito em toda a União Europeia vêm sendo abordadas com clarificações relevantes, mas sem que se possa concluir que aqueles objetivos tenham sido alcançados. E continua a verificar-se, infelizmente, que as autoridades fiscais e os diversos tribunais nacionais dos EM acabaram por interpretar o conceito de forma diferente, adotando pontos de vista distintos⁵².

Um dos entraves a uma aplicação homogénea do conceito entre todos os EM, e aquele que mais tem sido discutido na doutrina, reside na questão de saber se o conceito de estabelecimento fixo para efeitos de IVA deveria ou não ser alinhado com o conceito de estabelecimento permanente para efeitos de tributação do rendimento, culminando num só conceito. Porque se, por um lado, em alguns Estados-Membros as autoridades fiscais reclamam a existência de um estabelecimento fixo com base na existência de um estabelecimento permanente⁵³, noutros, a ideia de se estabelecer qualquer ligação entre os dois conceitos não é sequer colocada em causa⁵⁴. cremos, contudo, que não existe nenhuma autoridade fiscal, em qualquer EM, que não esteja ciente desta dupla realidade para efeitos de interpretação do Regulamento de Execução. Ou seja, apesar das diferenças e similitudes entre ambos os conceitos, reconhece-se, até mesmo em países

⁵² Um claro exemplo disso é o caso romeno. Cf. *Fixed establishment for VAT – Focus on toll manufacturer structures*, 2020.

⁵³ Em Itália, o Tribunal determinou a existência de um estabelecimento fixo para efeitos de IVA por referência ao conceito de estabelecimento permanente em sede de tributação direta.

⁵⁴ Os poloneses rejeitam expressamente qualquer conexão entre os dois conceitos.

onde o conceito “estabelecimento permanente” é designado para ambos os impostos indistintamente, tal como acontece em Portugal, que estamos perante conteúdos diferentes em sede de tributação do rendimento e da tributação do consumo.

No caso português, talvez tenha sido uma questão de simplicidade que levou o legislador a optar pela designação, no Código do IVA, de “estabelecimento estável” ao invés de “estabelecimento fixo”. Defendemos, no atual estado da arte, e sem prejuízo de eventuais desenvolvimentos que aproximem os conceitos, que a designação de “estabelecimento fixo” para explicitar aqueles diferentes objetivos e conteúdos seria – reforçamos, em nosso entender – uma melhor opção. Uma “gramática” similar pode ser traiçoeira, com serviços fiscais, contribuintes, e mesmo tribunais a poderem ser levados a recorrer ao conceito de estabelecimento estável em IRC para aferir da existência de um estabelecimento fixo em IVA, com resultados não adequados⁵⁵, potenciando litígios⁵⁶, aplicação de sanções e insegurança jurídica.

Há que reconhecer a defesa, por alguns autores, do alinhamento dos conceitos por questões de praticabilidade, segurança jurídica e coerência conceptual. Mas são também muitos os autores (talvez mesmo a maioria da doutrina) que, com base nas diferentes necessidades nos dois tipos de tributação, e em alinhamento com as decisões jurisprudenciais do Tribunal de Justiça, defendem que a definição não deve ser coincidente para efeitos de IVA e para efeitos de tributação do rendimento⁵⁷.

Alinhamos, como fomos deixando tratado, com a posição dos últimos, a significar uma autónoma definição de estabelecimento em cada um dos impostos, utilizando desde logo, e para deixar clara a diferença, pelo recurso a qualificações autónomas que, para já, e como deixámos dito, podem ser a de estabelecimento estável ou permanente na tributação direta e estabelecimento fixo na tributação do consumo, sem deixar, obviamente, de aceitar que também são várias as semelhanças entre os dois conceitos.

Para efeitos dos impostos do rendimento, o conceito de estabelecimento estável tem sido bastante “desafiado”⁵⁸, e possíveis alterações da definição constante da CMOCDE estão a ser discutidas, podendo levar a um conceito mais amplo. Tais

⁵⁵ Em alguns cenários podemos estar perante uma estrutura organizativa que cubra ambas as definições, porém, nem sempre uma estrutura que dá origem a um estabelecimento estável em sede de IRC dá origem a um estabelecimento fixo em sede de IVA, e vice-versa. Uma visão geral de que onde existe um estabelecimento estável existe um estabelecimento fixo não é fidedigna. O conceito de estabelecimento permanente é mais amplo. Por exemplo, os comentários da CMOCDE clarificam que a presença de recursos humanos não é exigida para se estabelecer um estabelecimento permanente para efeitos do artigo 5.º – *OECD Model: Commentary on Article 5*, § 41 e 127. Contudo, a presença de recursos humanos é um critério exigido para efeitos de estabelecimento fixo em sede de IVA.

⁵⁶ Quando os Estados estão em desacordo sobre saber se existe ou não um estabelecimento estável para efeitos de IVA, o risco acrescido de ocorrerem situações de dupla tributação ou ausência de tributação é maior.

⁵⁷ Desde logo, o Tribunal de Justiça, no processo (C- 210/04), rapidamente rejeitou a relevância do conceito de estabelecimento permanente para efeitos de tributação indireta.

⁵⁸ O Relatório Final da Ação 7 do BEPS recomenda uma série de alterações ao conceito de estabelecimento permanente no sentido de evitar a fuga e evasão fiscal.

alterações podem vir a ter reflexos para efeitos de IVA, tanto mais quanto é certo que face ao menor desenvolvimento do conceito neste imposto e à falta de detalhe e delimitação da disciplina constante no Regulamento de Execução, continuam a justificar-se aperfeiçoamentos. O que aliás se comprova na atenção que a Comissão Europeia dá à temática, propondo-se discutir, em dezembro de 2020, um conjunto de relevantes conceitos da Diretiva IVA, entre os quais se encontra o conceito de estabelecimento fixo⁵⁹.

Muito bem-vinda seria uma aclaração interpretativa relativamente às duas definições distintas de estabelecimento fixo do artigo 11.º do Regulamento – no número 1, o estabelecimento fixo adquirente dos serviços; e, no número 2, o estabelecimento fixo prestador dos serviços. A questão resulta da ausência explícita, na Diretiva e no Regulamento de Execução (com o artigo 11.º interpretado à luz do artigo 44.º da Diretiva), da necessidade de o estabelecimento fixo efetuar, por conta própria, fornecimentos tributáveis a terceiros. Com base numa análise literal das normas, uma unidade de negócios que recebe e utiliza serviços e que apenas presta serviços internos (a outras unidades de negócio do mesmo sujeito passivo), sem efetuar qualquer prestação de serviços tributáveis a terceiros, pode constituir um estabelecimento fixo para efeitos de IVA⁶⁰. Na União Europeia, alguns Estados-Membros adotam a posição de distinguir aquilo que será um estabelecimento fixo passivo (o recetor de serviços) de um estabelecimento fixo ativo (o prestador de serviços). Em Portugal – e, diga-se em abono da verdade, em vários outros Estados-Membros – o legislador optou por considerar um único conceito. A este respeito, admitimos como melhor opção a que contraponha os conceitos em nome do seu melhor entendimento.

Uma nota final para a vantagem que representaria o tratamento do estabelecimento fixo em sede das transmissões de bens. A definição apresentada pela Diretiva IVA e pelo Regulamento de Execução apenas se refere aos serviços, sem referência ao fornecimento e aquisição de bens⁶¹. Não foi este o pressuposto da nossa análise, pela maior relevância que na atualidade apresenta o setor dos serviços, mas apercebemo-nos ao longo do trabalho de investigação desenvolvido que a temática da transmissão e aquisição de bens no contexto de um estabelecimento apresenta também relevância não desprecienda.

⁵⁹ Conselho da União Europeia, Bruxelas, 17 de dezembro de 2020.

⁶⁰ Alguns exemplos de possíveis estabelecimentos fixos passivos são unidades de pesquisa e desenvolvimento, *call centres*, etc.

⁶¹ Este é mais um fator diferenciador, e embora a definição no Regulamento de 282/2001 para a implementação se refira exclusivamente à aquisição e prestação de serviços, a definição romena de estabelecimento fixo também incluiu a aquisição e fornecimento de bens, conduzindo a um conceito mais amplo. “*Fixed establishment for VAT – Focus on toll manufacturer structures*”, 2020.

Conclusões

Estamos em tempo de concluir. Por razões de comodidade e facilidade de exposição, apresentamos as conclusões retiradas:

Em matéria de prestações de serviços entre sujeitos passivos do imposto, o conceito de estabelecimento ocupa um papel cada vez mais importante no sistema do IVA da União Europeia pela influência determinante na respetiva localização na aplicação das regras do reembolso, na determinação do sujeito passivo, e eventual aplicação do mecanismo do *reverse charge* e ainda do sistema MOSS, embora aqui apenas para aquelas em que o adquirente seja um não sujeito passivo (vulgo consumidor final).

O conceito existe há 35 anos, tendo sido mencionado pela primeira vez na Sexta Diretiva IVA em 1977, sem que para ele fosse dada qualquer definição. A omissão permaneceu durante muitos anos na legislação do IVA, tendo sido o TJUE que, a partir de 1985, com o famoso caso *Berkholz*, começou a contribuir com as suas opiniões interpretativas para uma definição uniforme do conceito. Informada por essas decisões, e porque a introdução de novas regras de sujeição (localização) dos serviços, em 2008, pressionou o preenchimento da lacuna, foi consagrada, em 2011, no Regulamento de Execução n.º 282/2011, no artigo 11.º, uma disciplina destinada a delimitar e assegurar a mecânica e economia do imposto, sendo certo que também o crescimento da globalização económica e digital exigiam uma resposta normativa.

Apesar da consagração legal feita naquele Regulamento, a delimitação do conceito não resultou suficientemente clara e objetiva, com grandes e continuados debates na doutrina, as mais das vezes conduzindo a uma enorme confusão e, até, a algumas contradições, com a consequência de constatação de diferentes aplicações do conceito pelos tribunais nacionais e pelas autoridades fiscais dos Estados-Membros da União Europeia.

Conjugada a disciplina legal com variada jurisprudência do Tribunal Europeu de Justiça na sua tarefa de garantir a interpretação e a aplicação uniformes do direito comunitário, o estabelecimento será um local diferente da sede da atividade económica, com um grau suficiente de permanência e com uma estrutura, em termos de recursos materiais, humanos e técnicos, adequada à receção ou à prestação de serviços. Neste contexto, constitui reiterada jurisprudência do Tribunal de Justiça que tais requisitos devem ser analisados não de uma forma genérica, mas antes precisa, por referência aos concretos e específicos serviços que o estabelecimento visa prestar ou receber. E sempre sem prejuízo de atenção especial a práticas de planeamento fiscal ilícito: a necessidade de recursos humanos e técnicos variará em função do modelo de negócio, nada obrigando a que esses meios tenham de pertencer ao sujeito passivo – basta que sobre eles este tenha um controlo comparável ao que detém sobre os seus próprios recursos, a que

acresce o afastamento de um critério de avaliação quantitativo; o requisito do grau suficiente de permanência deve admitir, ao lado de uma fixação permanente da infraestrutura ao solo ou a um determinado lugar, também uma natureza móvel ou dinâmica, desde que se mostre presente um nível mínimo de vínculo geográfico; do ponto de vista temporal, não resultam certas as variáveis exigidas, não se podendo concluir se haverá reporte apenas a um período temporal, e qual, ou se tal deve resultar preferencialmente da conjugação com o número de operações realizadas pelo sujeito passivo. Complementarmente, foi também tratado um eventual requisito adicional: o de dependência ou não da empresa mãe.

Entendemos também que, como expressamente opinou aquele Tribunal, a definição de estabelecimento para efeitos de tributação direta e para efeitos de tributação do consumo – aqui, o IVA – os conceitos devem ser delimitados diferentemente, motivo pelo qual defendemos que ao termo de estabelecimento estável ou permanente em sede dos impostos sobre o rendimento se deve contrapor o de estabelecimento fixo, que no IVA melhor responde à construção jurídica em que assenta o imposto, desde logo para que autoridades fiscais, tribunais e contribuintes melhor abordem essa mesma diferença. O brocardo jurídico *in claris cessat interpretatio* (a interpretação cessa quando o texto é claro) parece-nos bem aplicável.

Reconhecendo, todavia, que em várias legislações, incluindo a portuguesa, os conceitos são indistintamente utilizados num e noutro tipo de impostos, defendemos que, face aos desafios que a ordem jurídica internacional está a colocar a uma melhor definição de estabelecimento estável, nomeadamente no âmbito da temática da *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), em geral mas sobretudo direcionada ao tratamento dos intangíveis, se deveria caminhar no sentido de buscar a compatibilização entre estabelecimento estável e estabelecimento fixo, a bem da coordenação do fenómeno fiscal e da simplificação da sua compreensão e do bom cumprimento dos deveres que dele resultam.

Referências bibliográficas

- CARDONA, M. (1995). O conceito de estabelecimento estável: Algumas reflexões em torno deste conceito. *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 171, pp. 245-277.
- COSTA, A. (2015). *Discussão do conceito relevante de estabelecimento estável para efeitos de IVA*. Dissertação de Mestrado em Gestão Fiscal. Instituto Superior de Gestão, Business & Economics School, Lisboa.
- FERIA, R. (2016). Permanent establishments in indirect taxation. In Cracea, A. & Burgers, I.J.J. (eds.) *Permanent establishments*. IBFD.
- LEONARDO, H. (2018). *O estabelecimento estável em sede de IVA e IRC: Uma análise comparativa*. Tese de Mestrado em Direito Fiscal. Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Lisboa.
- LEJEUNE, I. (2016). Fixed establishments and permanent establishment: The VAT and direct tax concepts are drifting further apart. *International VAT Monitor*, vol. 27, n.º 5, IBFD.
- MERKS, M. (2017). Fixed establishments in European Value Added Tax: Base erosion and profit shifting's side effects? *EC Tax Review*, vol. 26, n.º 1, pp. 36-44.
- PISTONE, P. (1999). Fixed establishment and permanent establishment. *International VAT Monitor*, vol. 10, n.º 3, pp. 101-106.
- RIBEIRO, L. (2019). A relevância da fiscalidade na internacionalização. *Revista BOW*, n.º 13.
- SCHIPPERS, M.L. & BOENDER, J.M.B. (2015). VAT and fixed establishments: Mysteries solved? *Intertax*, vol. 43, n.º 11, pp. 709-723.
- SAPIRIE, M. (2018). Permanent establishment and the Digital Economy. *Bulletin for International Taxation*, vol. 72, n.º 4a, Special Issue. IBFD.
- SPIES, K. (2020). *Permanent establishments in Value Added Tax*. WU – Tax Law and Policy Series. IBFD.
- TERRA, B. & KAJUS, J.A. (2018). *A guide to the European VAT Directives 2018*, vol. 1. IBFD.

Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

- Acórdão Berkholz, processo (C-168/84), de 4 de julho de 1985.
- Acórdão *DFDS A/S*, processo (C-260/95), de 20 de fevereiro de 1997.
- Acórdão *Aro Lease, BV*, processo (C 190/95), de 17 de julho de 1997.
- Acórdão *Lease Plan*, processo (C-390/96), de 7 de maio de 1998.
- Acórdão *Channel Islands*, processo (C-452/03), de 12 de maio de 2005.
- Acórdão *Halifax*, processo (C-255/02), de 21 de fevereiro de 2006.
- Acórdão *FCE Bank*, processo (C-210/04), de 23 de março de 2006.
- Acórdão *Cadbury Schweppes plc*, processo (C-196/04), de 12 de setembro de 2006.
- Acórdão *Planzer Luxemborg*, processo (C-73/06), de 28 de junho de 2007.
- Acórdão *Daimler e Widex*, processo (C 318/11), de 25 de outubro de 2012.
- Acórdão *Welmory*, processo (C-605/12), de 16 de outubro de 2014.
- Acórdão *WebMindLicenses*, processo (C-402/14), de 17 de dezembro de 2015.

Acórdão *Dong Yang Electronics*, processo (C-547/18), de 7 de maio de 2020.

Acórdão *Titanium vs Austria*, processo (C-931/19), aguarda-se apreciação e decisão do TJUE.

Conclusões do Advogado-Geral Antonio La Pergola ao acórdão *DFDS A/S*, processo (C-260/95), apresentadas a 16 de janeiro de 1997.

Conclusões do Advogado-Geral M. Poiares Maduro ao acórdão *Channel Islands*, processo (C-452/03), apresentadas a 27 de abril de 2005.

Conclusões do Advogado-Geral Philippe Léger ao acórdão *FCE Bank*, processo (C-210/04) apresentadas em 29 de setembro de 2005.

Conclusões do advogado geral Jean Mischo ao acórdão *Factortame II*, processo (C-221/89), de 21 de dezembro de 2011.

Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott ao acórdão *Welmory*, processo (C-605/12), apresentadas a 15 de maio de 2014.

Conclusões da Advogada Geral Juliane Kokkot ao acórdão *Dong yang Electronics*, processo (C-547/18) de 14 de novembro de 2019.

Documentos oficiais

Diretiva 67/227, do Conselho, de 11 de abril de 1967.

Diretiva 67/228, do Conselho, de 11 de abril de 1967.

Diretiva 77/388/CEE, de 17 de maio de 1977.

Diretiva 79/1072/CEE do Conselho, de 6 de dezembro de 1979.

Diretiva 2006/112/CE, de 28 de novembro de 2006.

Diretiva 2008/8/CE do Conselho, de 12 de fevereiro de 2008.

Regulamento de Execução (UE) n.º 282/2011 do Conselho, de 15 de março de 2011.

Convenção Modelo da OCDE sobre dupla tributação, Model Tax Convention on Income and on *Capital*: Condensed Version 2017, OECD, Paris.

Outro material relevante

OCDE. *Consumption tax trends 2020; VAT/GST and excise rates, trends and policy issues*, 2020.

European Parliament. *Minutes of Proceedings of the sitting of Monday, 6 April 1987*, OJ C 125 (1 May 1987).

VAT Committee. *Guidelines resulting from the 88th Meeting of 13-14 July 2009*, taxud.d.1(2009)358416–634.

Proposta de Diretiva do Conselho que altera a Diretiva 2006/112/CE, documento COM (2020) 749 final.

Proposta de Diretiva do Conselho que altera a Diretiva 77/388/CE, documento COM (2003) 822 final.

A descolonização intelectual
Albert Camus e o direito à democracia

Maria João Pereira de Melo Tedim Cruz

Sob a orientação dos Professores Doutores
José Alberto Azeredo Lopes e Maria de Fátima Marinho

Agradecimentos

Serve este espaço para agradecer a todos aqueles que, de algum modo, contribuíram para esta dissertação.

A toda a minha família, uma gratidão incomensurável, por tudo o que não se mede, nem tão-pouco escreve. Mas especialmente à minha tia Inês, à minha avó e à minha mãe, cujo significado, na minha vida e neste meu percurso académico, é inenarrável. Por assim ser, deixo-lhes o meu silêncio e, nele, a força das ausências: de tudo o que fica por dizer.

Ao meu tio Rui, ao meu tio João e ao meu tio Rodrigo. Os três, de formas diferentes, estiveram comigo neste projeto. Ajudaram, aconselharam, fizeram parte. Assim, a cada um agradeço, a cada um reconheço.

À Matilde e à Antónia, por me fazerem companhia a estudar, pela paciência, pela compreensão, mas sobretudo pela amizade.

À Professora Maria de Fátima Marinho, por aceitar fazer parte deste trabalho e por se disponibilizar, sempre e sem exceção, para o acompanhar, por outras palavras, por me ter permitido beneficiar de todos os seus conhecimentos e pela forma brilhante como me orientou.

Ao Professor José Alberto Azeredo Lopes, por isso mesmo, quer dizer, por ter sido meu Professor. Pela primeira vez, em muitos anos como estudante, tive alguém que me ensinasse a pensar e a ter espírito crítico. Alguém que, apenas pelo modo como leciona e como é, me incentivou a mim, e a muitos colegas, a querer saber mais. Se hoje encaro o Direito a uma nova luz, e com um novo entusiasmo, é ao Professor que o devo. Se hoje penso o mundo de forma diferente, é ao Professor que o devo. Um contributo que levo comigo para sempre.

Por último, à Universidade Católica Portuguesa do Porto, por ter permitido o estudo da relação entre Direito, Artes e Relações Internacionais. Nessa medida, sublinho a importância do Professor José Alberto Azeredo Lopes: por tê-lo proposto e defendido.

A todos, o meu sincero reconhecimento, obrigada.

Resumo

Cientes das inúmeras vantagens para o Direito que uma abordagem interdisciplinar proporciona, propusemo-nos, com a presente dissertação, a dar destaque à relação entre a Arte, o Direito e as Relações Internacionais, mediante a análise da obra *O Estrangeiro* de Albert Camus.

Nessa medida, e considerando outros trabalhos do autor, como os seus ensaios filosóficos e jornalísticos, desenvolvemos um conceito novo – a descolonização intelectual –, com o objetivo de dar o nosso contributo para uma das questões controversas do Direito Internacional: o direito de autodeterminação dos povos e a possível existência de um direito à democracia.

Assim, criando paralelos, entre a vertente literal e a vertente metafísica do conceito de descolonização, assim como entre o passado e o presente, desenvolvemos a contribuição literal dos intelectuais para o processo de descolonização da Argélia, no passado, ao mesmo tempo que exploramos os benefícios de uma descolonização intelectual metafísica no presente.

De tal processo, extraímos a convicção da existência de um direito à democracia no campo metafísico, mas não no literal. Por assim ser, e por força das decorrências analisadas, concluímos pela inevitabilidade, a longo prazo, da concretização do campo literal, isto é, da criação de um direito à democracia na ordem jurídica internacional.

Palavras-chave: Albert Camus; descolonização intelectual; direito à democracia; direito de autodeterminação dos povos.

Abstract

Aware of the advantages, for Law, of an interdisciplinary approach, this dissertation intends to highlight the relationship between Art, Law and International Relations through the analysis of the work *The Stranger*, by Albert Camus.

To that extent, and considering other works by the author, such as his philosophical and journalistic essays, we have developed a new concept – namely intellectual decolonization – aimed at contributing to a controversial question within International Law: peoples' right to self-determination and the possible existence of a right to democracy.

By creating parallels between the literal and the metaphysical part of the concept, as well as between the past and the present, we have developed the literal contribution of intellectuals to the process of decolonization in Algeria in the past, while exploring the benefit of an intellectual decolonization in the present.

We extract therefrom the conviction of the existence of a right to democracy in the metaphysical, but not in the literal field, concluding that the creation of a right to democracy is inevitable in the long run.

Keywords: Albert Camus; intellectual decolonization; right to democracy; peoples' right to self-determination.

Índice

Introdução	6
1. Autodeterminação	7
1.1. A origem	7
1.2. O poder da palavra	8
2. A Argélia e a revolta	10
3. A Carta das Nações Unidas: um sinal de mudança?	11
4. Uma outra mudança: Albert Camus e <i>O Estrangeiro</i>	12
5. A descolonização intelectual	19
5.1. O objeto de estudo	19
5.2. O poder reforçado da nova geração: Camus e Sartre	20
5.3. O contexto histórico e a ação coletiva dos intelectuais	22
5.4. As reações: um extremista e um moderado	24
5.5. O fim de uma opressão intelectual e metafísica	25
6. Autodeterminação: um direito à democracia?	26
Conclusão	31
Bibliografia	33

Introdução

O tema da autodeterminação é dos mais complexos que podemos aflorar, lembrando a célebre máxima socrática: só sei que nada sei.¹ Ainda assim, o seu estudo é imperativo para compreender as constantes mudanças na ordem internacional. Nessa medida, é natural que para a sua compreensão seja necessária, senão obrigatória, uma contextualização política e histórica, além de doutrinal e jurisprudencial.

Se tal é a nossa convicção, para realizar uma investigação que respeite as imposições formais que nos impõem, são necessários dois pressupostos. O primeiro é a concretização do objeto de estudo. O segundo, e talvez mais ambicioso critério, é fazer o possível por inovar. Quanto ao objeto de estudo, optámos por abordar a possível existência de um direito à democracia na ordem jurídica internacional, partindo do caso da descolonização da Argélia. Quanto à inovação, decidimos experimentar uma nova abordagem ao tema, relacionando a Arte, o Direito e as Relações Internacionais mediante a análise de uma obra literária.²

Com efeito, considerando o caso concreto a ser tratado, escolhemos analisar a obra *O Estrangeiro*, de Albert Camus. Nessa medida, e considerando outros trabalhos do autor, como os seus ensaios filosóficos e jornalísticos, desenvolvemos um conceito novo - a “descolonização intelectual” -, através do qual pretendemos refletir sobre o tema em análise, quer dizer, sobre o direito de autodeterminação dos povos e a possível existência de um direito à democracia.

Enfim, resta-nos expor ao leitor a estrutura da tese que nos propusemos a demonstrar. No âmbito dos conteúdos, nos primeiros três capítulos, começámos por desenvolver o tema, expondo os contextos histórico, político e legal do direito de autodeterminação dos povos, assim como do caso da Argélia. De seguida, no quarto capítulo, realizámos a análise proposta da obra *O Estrangeiro*, de Albert Camus. Por consequência, no quinto capítulo, desenvolvemos o conceito de “descolonização intelectual”, criando, tal como na análise da obra, paralelos entre a vertente metafísica e a vertente literal do conceito. No último capítulo, aliando a contribuição histórica, política e legal dos primeiros capítulos às conclusões extraídas da obra analisada, no quarto capítulo, e ao processo de “descolonização intelectual”, no quinto capítulo, procurámos dar o nosso contributo ao tema sob o mote: *Autodeterminação: Um direito à democracia?*

Em suma, o presente estudo, além de procurar responder à questão referida, visa despertar o interesse sobre novas formas de estudar o tema da autodeterminação dos povos e, por consequência, temas de direito. De facto, há temas, como aquele que investigámos, cuja manifesta importância para a ordem jurídica internacional atrai um número infindável de

¹ Inwood, B., 2008, pp. 49-88; Platão, 2019, pp. 1-95.

² No que concerne à referida abordagem interdisciplinar, devemos ressaltar que não há uma resposta uniforme para a questão de saber o que é que o Direito pode aprender com a Arte, ou, mais concretamente, com a Literatura. Ainda assim, a heterogeneidade de respostas que têm vindo a ser elaboradas parecem indicar, cada vez mais, os benefícios de tal relação. Cf. Sáenz, 2019, pp. 437-454; Kertzer, 2016, pp. 1-24; Krivenko, 2015, pp. 103-122; Kerr, 2020, pp. 123-127.

interessados. A nosso ver, uma abordagem interdisciplinar permitirá rentabilizar esse interesse, acrescentando aos trabalhos produzidos novas perspetivas e, por isso, novas contribuições para o estudo do Direito.

1. Autodeterminação

1.1. A origem

A compreensão da origem da autodeterminação impõe sempre, àqueles que a tal se propõem, um elemento reconstrutivo de ideias, de princípios, de acontecimentos. Um exercício que, não pretendendo ser exaustivo, consideramos necessário ao entendimento claro e escrupuloso do aparecimento do conceito.

Nesta medida, através de uma breve retrospeção, podemos identificar como precursora daquele direito a soberania popular.³ Da mesma forma, esta encontra os seus alicerces históricos nas revoluções inglesa, americana e francesa.⁴ Ou, dito de outro modo, nas ideias que, em última análise, estiveram na origem de tais revoluções.

Eis porque o pensamos: em 1689, John Locke justificava a transferência de soberania – de um monarca para outro –, no decorrer da revolução inglesa de 1688, no facto de aquela se encontrar na nação.⁵ Sintomaticamente, ainda antes da revolução francesa, já Jean-Jacques Rousseau, com maior alcance, escrevia que a soberania não seria delegada para o governante, mas exercida diretamente pelo povo, ideia que iria constar na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.⁶ Por fim, também na Declaração de Independência Americana de 1776 é perceptível uma forte inspiração inglesa.⁷

Bem avaliados os factos, as obras, os destinos, é-nos impossível dissociar estes pensadores da coesão legal da soberania popular.

Explicada esta ordem de ideias, é necessário esclarecer que, apesar de a sua precursora ter origem nestas datas, seria apenas no início do século XX que a autodeterminação surgiria como princípio na ordem internacional. Na passagem do século XVIII para o século XIX, não obstante, assistiu-se à propagação destas ideias, especialmente em França e Itália, onde o

³ Fisch, 2015, pp. 61-68.

⁴ Whelan, 1994, p. 99.

⁵ Locke, 2006, pp. 96-393.

⁶ Rousseau, 2008, pp. 73-137. Veja-se o 3.º artigo de tal Declaração: “O princípio de qualquer Soberania reside essencialmente na Nação. Nenhuma entidade coletiva, nenhum indivíduo pode exercer qualquer autoridade que não emane expressamente dela”.

⁷ A célebre frase da Declaração de Independência americana – “Nós consideramos estas verdades autoevidentes, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo seu Criador com certos Direitos inalienáveis, entre estes estão a Vida, a Liberdade e a procura de felicidade” – é claramente um reflexo da filosofia exposta por Locke, trocando apenas, nos Direitos Naturais que são conferidos ao Homem pelo Criador, “propriedade” por “procura de felicidade”. Cf. Locke, 2006, pp. 96-393.

debate prosperou e o plebiscito se tornou prática. Vejamos, a título de exemplo, o plebiscito que permitiu a reunião de Avinhão e do Condado Venaissino a França, em 1791.⁸ Mas, também, as ideias de autores como Fustel de Coulanges, francês, e Mancini, italiano: respectivamente, a defesa de que um povo só deve pertencer a um Estado por sua livre vontade, e o princípio das nacionalidades, em que cada nação com características próprias teria o direito natural a tornar-se um Estado independente.⁹

1.2. O poder da palavra

Os favores do tempo, entre o século XIX e o início do século XX, determinariam o crescimento e desenvolvimento de pretensões nacionalistas, as quais, no quadro político mundial, encerram sempre valor estratégico.¹⁰ O líder soviético, Vladimir Lenine, e o presidente norte-americano, Woodrow Wilson, não estariam certamente alheios a tal. Em todo o caso, lembremos ao espírito as ausências russa e americana nas divisões de Berlim, recordemos à consciência a influência daquelas potências no processo de descolonização e tiremos as devidas conclusões da conhecida guerra ideológica que após se verificou.¹¹

Assim sendo, não podemos encarar com surpresa quando, em 1918, no seu famoso discurso *Fourteen Points*,¹² Wilson introduz o princípio da autodeterminação na agenda internacional,¹³ pois se tomarmos a devida atenção, o que introduzia não era mais do que a visão ocidental do direito à democracia.¹⁴ Mesmo o quinto ponto do discurso, por muitos interpretado como um possível direito dos povos coloniais à autodeterminação, viria a ser esclarecido pelo autor como referindo-se apenas aos povos incluídos nos impérios derrotados.¹⁵ Em suma, considerando a dimensão externa do princípio, não podemos afirmar o fim do modelo wilsoniano de autodeterminação à data do Tratado de Versalhes, já que para tanto era preciso que existisse.¹⁶ O que julgamos ter existido, pelo contrário, foi o

⁸ Woolsey, 1919, p. 302; Lynch, 2002, p. 422.

⁹ Rodríguez-Santiago, 2016, p. 210.

¹⁰ Musgrave, 1997, p. 15.

¹¹ Moncada, 1998, pp. 125-136.

¹² Lopes, 1999, pp. 235-238.

¹³ Rodríguez-Santiago, 2016, p. 212.

¹⁴ Cassese, 1995, p. 19.

¹⁵ Rodríguez-Santiago, 2016, p. 212; Manela, 2007, pp. 4-5.

¹⁶ O dito aplicado à matéria não retira ao presidente americano o mérito de ter introduzido na ordem internacional a autodeterminação como princípio político, ainda que aquele, como defendeu o seu Secretário de Estado, Robert Lansing, ignorasse as consequências do seu discurso. Cf. Fisch, 2015, pp. 134-135. Nem negamos, de igual forma, que o modelo de Wilson se referisse a uma dimensão interna do princípio, como veremos. O que pretendemos dizer é que, à época, o modo como utilizou o termo foi dúbio, talvez ignorando a dimensão externa do princípio e levando, nessa medida, à sua descredibilização, comumente apelidada de fim do momento wilsoniano. Cf. Tomuschat, 1993, pp. 105-107; Lopes, 1999, pp. 239-260.

aproveitamento político da palavra¹⁷ e do poder da mesma,¹⁸ reduzindo o seu significado a uma dimensão meramente interna,¹⁹ sem contudo a deixar de proferir.²⁰

Em conformidade, ao final da Primeira Guerra Mundial²¹ e ao debate levantado pelo discurso do presidente americano acrescentamos a importância do trabalho já publicado de Lenine sobre o tema.²² Aliás, se nos permitirmos apreciar com justeza a sua abordagem, verificamos que desde o começo foi consistente e franco em relação aos seus objetivos e motivações, identificando a autodeterminação com o direito à livre secessão política e afirmando servir-se daquela e da democracia como instrumentos para alcançar os seus propósitos ideológicos.²³

Não nos propomos, ainda assim, fazer um juízo valorativo das ideologias, conhecidas de todos, sob as quais o mundo vergava. Em contrapartida, negar a sua existência seria pouco sensato, já que relevam para fundamentar o entendimento consensual na doutrina de que a autodeterminação surge, de facto, neste período, mas como princípio político.²⁴

Com efeito, o mesmo seria confirmado na resolução da disputa das Ilhas Aaland como ditada pela Liga das Nações. Neste caso, em que a Suécia defendia um plebiscito nas Ilhas, para que os habitantes decidissem se preferiam pertencer a tal país ou à Finlândia, o Conselho da Liga optaria por fazer prevalecer a soberania finlandesa. No processo, e por isso o mencionamos, reconhecer-se-ia formalmente o princípio político e, cremos mais importante, seria pela primeira vez equacionada a possibilidade de autodeterminação.²⁵ Uma palavra cujo poder estaria para ser entendido.

¹⁷ Fonseca, 2001, pp. 1043-1044. Não estranhemos, pois, que o diplomata americano Henry Kissinger tenha concluído que toda a política americana do século XX, em matéria de assuntos internacionais, se baseara no pensamento de Wilson. Cf. Kissinger, 1994, pp. 41-55.

¹⁸ Relembramos, aqui, o valor estratégico e político das pretensões nacionalistas e, consequentemente, da palavra autodeterminação.

¹⁹ Cassese, 1995, p. 21.

²⁰ Verdadeiramente, como defendido por Hurst Hannum, em 1919 a autodeterminação determinava-se pelos interesses estratégicos e geopolíticos dos grandes poderes, sem consulta ou interesse pelos desejos dos povos. E, com exceção de algumas regiões fronteiriças, nem plebiscitos, nem referendos foram realizados para determinar a vontade dos povos afetados pelo novo mapa saído do Tratado de Versalhes. Cf. Hannum, 1996, pp. 28-29.

²¹ A simultânea desintegração dos impérios austro-húngaro e otomano apontava a autodeterminação como mote eficaz para a divisão de territórios dos derrotados. Cf. Hannum, 1996, pp. 27-28.

²² Por exemplo, “The right of nations to self-determination”, “The socialist revolution and the right of nations to self-determination” e “The discussion on self-determination summed up”, in Lenin, 1977, pp. 143-156, 320-360 e 393-454. Assim como outros textos históricos: “Quarta carta de longe, 12 de Março de 1917”, “O proletariado revolucionário e o direito das nações à autodeterminação, escrito em alemão não antes de 16 de outubro de 1915” e “Sobre a palavra de ordem dos Estados Unidos da Europa, 23 de Agosto de 1915”. Cf. Lopes, 1999, pp. 228-232.

²³ Cassese, 1995, p. 18. Segundo a sua ordem de ideias, a democracia seria um meio temporário para alcançar o socialismo vitorioso, e o desejo de secessão, por sua vez, desapareceria de forma voluntária. Cf. Lenin, 1977, pp. 143-156; Lopes, 2020b, pp. 477-480.

²⁴ Kelly, 1999, pp. 214-215.

²⁵ Nos casos em que, por opressão do Estado, medidas alternativas se tornassem ineficazes. Cf. Rodríguez-Santiago, 2016, pp. 215-216; Cassese, 1995, pp. 27-33.

2. A Argélia e a revolta

É interessante notar que, se os movimentos nacionalistas argelinos, como tantos outros, remontam ao século XIX, é nesta altura, passados poucos anos da obra de Lenine, do discurso de Wilson e do caso das Ilhas Aaland, que reaparecem com novo vigor. E ainda que não caiba nesta investigação especificar os movimentos concretos que grassariam durante a Segunda Grande Guerra – reinventando-se a cada repressão e ganhando apoiantes a cada passo –, é-nos preciso assinalar a sua existência, é-nos relevante esclarecer os seus motivos.²⁶

Numa palavra, a Argélia vivia uma crise gravíssima.

Uma investigação no terreno, realizada por Albert Camus, foi publicada sob a forma de artigos no jornal francês *Combat*, em 1945.²⁷ Num relato exato, e discriminando dados concretos, Camus apontava problemas com a importação, com a existência de mercado negro e com distribuição desigual de cereais, denunciando uma Argélia em que um árabe, que já recebia menos quantidade de cereais que um europeu, pudesse ver a sua quantidade reduzida por decreto: “Será que entendemos que neste país, onde o céu e a terra convidam à felicidade, milhares de pessoas passam fome?”²⁸

Paralelamente, e contra todas as esperanças, o governo francês mantinha políticas de assimilação ineficazes, tardias e insuficientes. Na impossibilidade de nos debruçarmos sobre todas elas, eis o que destacamos: se, por um lado, e muito bem, o cidadão árabe já não era sujeito a um tribunal próprio e a uma lei diversa, por outro, inexplicavelmente, permanecia sem o direito ao voto, sem o acesso à cidadania francesa.²⁹

Resta-nos a seguinte reflexão: Que uso fizeram os franceses, da metrópole e da Argélia, do seu mandato? Como reagiram às injustiças do povo argelino, aqueles a quem a posição obrigava não ao privilégio, mas à responsabilidade? De uma perspetiva política, histórica e jurídica, é evidente que a manutenção da unidade nacional está de tal forma ligada ao prestígio das instituições e à justiça equitativa que a ameaça destas pressupõe o perigo daquela.³⁰ Numa formulação menos jurídica e formal, por outro lado, como poderia um povo, com o corpo desmanchado pela fome e o coração maculado de injustiça, não se revoltar?

²⁶ Efetivamente, é em 1926 que Messali Hadj, um ativista com ligações ao Partido Comunista Francês, cria a Estrela do Norte Africana, o primeiro movimento a reivindicar abertamente a independência argelina. Cf. Laforcade, 2010, pp. 1-2; Dunn, 1989, pp. 164-167.

²⁷ Camus, A., 1958a, pp. 91-98.

²⁸ Camus, A., 1958a, pp. 102-107. Tradução nossa.

²⁹ Camus, A., 1958a, pp. 108-113.

³⁰ De facto, o ponto de não retorno dá-se a 8 de maio de 1945, quando, na sequência de protestos contra o colonialismo, as autoridades francesas iniciam aquilo que ficaria conhecido como o Massacre de Sétif: uma repressão impiedosa ao nacionalismo árabe, resultando na morte de milhares de inocentes. A partir daí, as relações franco-argelinas nunca mais recuperariam. Cf. Calçada, 2012, p. 53.

3. A Carta das Nações Unidas: um sinal de mudança?

O povo argelino, como muitos outros povos, acabaria por ver na Carta das Nações Unidas um sinal de mudança. Este capítulo pretende responder a duas questões: se uma mudança, de facto, existiu e, a ter existido, qual o seu significado.

O problema que se punha, e que nos interessa, relacionava-se com o reconhecimento explícito do princípio da autodeterminação num instrumento legal multilateral, neste caso, na Carta.³¹ Como sabemos, os tratados são fontes relevantes de direito internacional³² e a introdução de tal princípio não seria alheia a consequências, nem estaria livre de interpretações. De modo que a dúvida se verificava desta forma: poderiam povos dependentes, como o povo argelino, ver no referido documento um direito à autodeterminação?³³

Não aprofundando sobremodo o tema, acolhemos a visão maioritária da doutrina de que não existia, na Carta das Nações Unidas, a consagração de um direito à autodeterminação. Na verdade, apoiando-nos no pensamento de Hans Kelsen, o que verificamos é tão-somente uma combinação melindrosa dos princípios de soberania e de igualdade, para tentar transmitir, muito possivelmente, a igualdade de soberanias. Nessa medida, o termo “povos” corresponderia a Estados.³⁴

Inversamente, se Kelsen desenvolve tais modos de ver, pela evidência do que encontra no texto, Rosalyn Higgins retira as mesmas conclusões do que ao texto vai faltando, isto é, segundo o que entende, a falta de referência ao termo autodeterminação nos artigos 73.º e 76.º confirma a tese de que a Carta não consagrava tal direito para povos dependentes.³⁵

O único que nos parece significativo acrescentar³⁶ – não porque altera, mas porque reforça o entendimento da doutrina – é que não houve referência ao princípio nos primeiros

³¹ Observemos, no primeiro artigo da Carta, segundo parágrafo, um dos objetivos pretendidos pela Organização: “Desenvolver relações de amizade entre as nações baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal”. Cf. Pereira, 2018, p. 92. Vejamos, também, o artigo 55.º da Carta, nomeadamente quando se formula o compromisso dos membros, no caso, a “criar condições de estabilidade e bem-estar necessárias para relações pacíficas e amigáveis entre as nações baseadas no respeito do princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação”. Cf. Hannum, 1996, pp. 192-194.

³² Tomuschat, 2006, p. 26; Miranda, 2012, pp. 39-57.

³³ Rodríguez-Santiago, 2016, pp. 217-218. Em relação à questão da interpretação do termo “autodeterminação” na Carta das Nações Unidas, o Professor Azeredo Lopes consome uma análise superior, dos vários pontos de vista da doutrina, na sua tese de doutoramento. Somos levados a crer, em consequência, que a expressão lacónica da questão, a que procederemos em seguida, carecerá sempre da consulta de tal investigação. Cf. Lopes, 2003, pp. 40-45.

³⁴ Kelsen, 2008, pp. 52-53; Quane, 1998, pp. 545-546.

³⁵ Higgins, 1994, pp. 111-112; Lopes, 2003, p. 43; Quane, 1998, pp. 545-546. Porventura, e em concordância com Thomas Musgrave, poderíamos tão-só admitir uma referência oblíqua ao termo no artigo 76.º, mas que, por estar disfarçada, não nos permite dúvidas quanto à ambiguidade do texto e, por isso, quanto à divergência dos Estados nesta matéria. Sobre esta questão convém-nos esclarecer dois pontos. Primeiro, dizer que a referência oblíqua aludida acontece quando se escreve “de acordo com os objetivos das Nações Unidas”, remetendo para o artigo 1.º da Carta, onde há uma menção expressa à autodeterminação dos povos. Segundo, referir que tal referência é forçada pelo desentendimento entre a posição da União Soviética e as posições da França e do Reino Unido. Cf. Musgrave, 1997, p. 65.

³⁶ Estamos em crer, sinceramente, que o argumento que formularemos em seguida se deve acrescentar à argumentação da doutrina maioritária.

trabalhos da Carta,³⁷ e terá sido, mais tarde ³⁸ e contra a vontade do Reino Unido e de França, a União Soviética a propô-lo e a defendê-lo.³⁹ Atendendo a tal acontecimento, é-nos difícil rever no texto legal a consagração de um direito, já que, aliado à interpretação do texto, é revelador da intenção dos Estados.⁴⁰

Nada obstante, e afortunadamente, julgamos poder dizer que a Carta das Nações Unidas efetivamente operou uma mudança – decerto pequena em relação ao que se esperava, talvez insincera quanto às motivações –, mas, enfim, uma mudança.

O que igualmente concluímos, ou pelo menos notabilizamos, é que o estudo do texto legal, para melhor traduzir as intenções dos Estados, deve estar em harmonia com a realidade dos factos históricos. Por assim ser, bem podemos finalizar este capítulo dizendo que na análise jurídica, como na literária, devemos procurar o que está nas palavras além das palavras, quer dizer, que subentendimentos, que discordâncias, subjazem ao desenho do texto.

4. Uma outra mudança: Albert Camus e *O Estrangeiro*

No capítulo anterior verificámos que existiu uma mudança no direito operada pela Carta das Nações Unidas, e que uma justa compreensão do texto resulta sempre de uma maior contextualização. Neste capítulo, e no decorrer da dissertação, procuraremos demonstrar a importância de obras literárias para promover valores importantes no direito – como a compreensão, a moderação e o humanismo –,⁴¹ mas também para operar uma outra mudança, neste caso, na forma de abordar temas jurídico-internacionais. Nessa medida, pretendemos, através da análise de *O Estrangeiro* e do defendido por Albert Camus, refletir sobre o direito de autodeterminação dos povos.

Antes de iniciarmos a análise, devemos ressaltar que a escolha de Albert Camus se deve não só à sua qualidade de escritor, mas a inúmeros fatores, dos quais destacamos os seus trabalhos jornalísticos sobre os direitos da população argelina, sobre a possível independência da Argélia e sobre o direito internacional.⁴²

Feita esta breve justificação, começemos por sublinhar que a sua obra mais célebre, *O Estrangeiro*, foi alvo, desde o seu lançamento em 1942, de inúmeras investigações. Nelas, encontram-se verdadeiras exegeses, com o recurso aos contextos histórico, biográfico,

³⁷ Especificamente, na Conferência Dumbarton Oaks. Cf. Musgrave, 1997, p. 63.

³⁸ Concretamente, na Conferência de São Francisco. Cf. *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Ainda assim, a entrada em vigor da Carta das Nações Unidas, a 24 de outubro de 1945, juntamente com o apoio dos Estados socialistas, serviria de impulso bastante, aos povos dependentes, para a promoção da descolonização. Cf. Kohn, 1958, p. 535; Cassese, 1995, p. 65; Chadwick, 1996, pp. 3-4.

⁴¹ Se nos tratados internacionais, como a Carta das Nações Unidas, muitas vezes se põe em causa o interesse visado – se o dos povos, se o dos Estados –, nos clássicos da literatura mundial, como *O Estrangeiro*, é raro que o mesmo aconteça. Esta apreciação, que nada diz, mas muito sugere, lembra a intemporalidade do humanismo e o seu reflexo na literatura, recordando que quanto mais humanos forem os interesses que norteiam o direito internacional, mais imune estará ao tempo.

⁴² Camus, 1958a, pp. 11-212; Camus, 2001, pp. 123-156.

literário; à comparação, à glosa, ao inventário; aos significados da linguagem e aos segredos da sintaxe.⁴³ Nelas, podemos verificar uma procura constante por certezas que nunca parecem surgir.

Com efeito, não nos deixou de surpreender quando, avaliados os elementos da obra, chegámos a uma conclusão que ainda não havia sido defendida, nem quando, comparando-a com as interpretações existentes, nos continuou a parecer a mais razoável. Antes de a expormos, e em benefício do enquadramento necessário, começemos por apresentar sucintamente os factos mais importantes do romance: *O Estrangeiro* conta a história de um homem, Meursault, que descobre que a mãe morreu – assim se inicia a obra –, o que o leva a dirigir-se à cidade de Marengo para assistir ao funeral. Logo no dia seguinte, regressado a Argel, tem um dia de diversão na companhia de Maria Cardona, uma antiga datilógrafa do seu trabalho, que encontra no estabelecimento de banhos do porto. Com o decorrer da narrativa, começa a conviver mais com o seu vizinho, Raimundo Sintès, e este convida-o para passar um domingo numa casa de praia perto de Argel. Lá, aparentemente fruto do acaso, mata um árabe. Consequentemente, vai a julgamento – onde diz que o matou por causa do sol – e o tribunal acaba por condená-lo à pena capital. Na cadeia, após recusar receber o capelão, este visita-o e Meursault revolta-se. Em seguida, adormece e acorda mais calmo.⁴⁴

Eis a modesta contextualização.

Passemos, então, a uma análise formal, pois servirá esta de estrutura essencial para justificar o nosso entendimento da obra.

A estrutura do romance, ao nível da morfologia externa, divide-se em duas partes: a primeira ocorre desde o começo do livro até ao assassinio do árabe e a segunda continua, desde esse momento, até à espera da execução da sentença.⁴⁵ Nesta medida, o assassinio do árabe representa o ponto mais alto de tensão da narrativa, vulgar clímax, e o que se seguiu, o julgamento e a interpretação do ato, o epílogo.⁴⁶

Já do ponto de vista do estilo narrativo, o romance começa de uma forma – com a dominância do pretérito perfeito⁴⁷, uso da primeira pessoa ou forma de diário, ausência de explicações casuais ou reflexões⁴⁸ e recurso a frases curtas e estruturas paratáticas⁴⁹ –,

⁴³ Mathias, 1978, p. 94.

⁴⁴ Camus, 2006a, pp. 29-118.

⁴⁵ Pereira, 2008, p. 106.

⁴⁶ Viggiani, 1956, p. 882.

⁴⁷ Um tempo verbal que, embora se refira a uma ação do passado, retém um sentimento de presente. Cf. Cruickshank, 1959, 159-160.

⁴⁸ Nelson, 2015, p. 209.

⁴⁹ Construção sintática normalmente associada à ausência de conexão ou elo sintático entre os elementos coordenados, levando à impressão de que cada frase aniquila temporal e filosoficamente a anterior. Os diálogos são ligados por “e”, “mas”, “depois”, justapondo-se por adição temporal ou por oposição sintética. Cf. Pereira, 2008, pp. 105-108.

modifica-se ligeiramente no momento do clímax – com a utilização significativa de metáforas⁵⁰ – e altera-se por completo no final – com o recurso à reflexão.⁵¹

No que diz respeito à primeira parte, a sensação que o estilo provoca é consensual nas várias análises. Por conseguinte, o facto de o autor empírico, Albert Camus, recorrer ao uso da primeira pessoa – isto é, a um narrador homodiegético – e, ao mesmo tempo, perpetuar uma ausência de explicações casuais e o recurso a frases curtas e estruturas paratáticas cria uma sensação de desconforto, ambiguidade e incompreensão. Esta sensação acontece, aliás, porque no romance temos uma focalização interna, isto é, o leitor apenas tem acesso ao ponto de vista de Meursault para interpretar os acontecimentos e as personagens. Assim, o recurso a esta técnica, que permite a exclusividade do ponto de vista do narrador, contribui para o absurdo da situação.⁵²

No que concerne ao clímax, a sensação que o estilo provoca é a de um estado de confusão mental e alucinação crescentes à medida que as metáforas vão aumentando, acabando por culminar em assassinio.⁵³

No que se refere ao final, quando é adotado um estilo mais reflexivo, os estudos teóricos que têm sido produzidos não costumam justificar muito essa adoção, mas, quando o fazem, associam aquele estilo ao facto de Meursault ganhar consciência pela primeira vez.⁵⁴

Considerando tais aspetos formais, por um lado reconhecemos no autor uma escrita atípica, rara, invulgar, em que o que escreve não é apenas a narração da realidade, mas a própria configuração desta,⁵⁵ ou não fosse a seguinte a frase a que inicia o livro: “Hoje, a mamã morreu. Ou talvez ontem, não sei. Recebi um telegrama do asilo: “Mãe falecida. Enterro amanhã. Sentidos pêsames”. Isto não quer dizer nada. Talvez tenha sido ontem”.⁵⁶

Ora, o que desenvolvemos até este instante é na sua maioria consensual – tanto o é, que a sua interpretação também se revela em relativa consonância nas quantas análises que apreciámos – e, por assim ser, tão mais obrigados nos sentimos a justificar o nosso profundo desacordo.⁵⁷

Vejamos, a maior parte dos estudos críticos produzidos sobre a obra interpreta estas correlações entre as sensações provocadas e a personagem como se as mesmas correspondessem à personalidade absoluta de Meursault. Nessa medida, acham-no pouco inteligente, pouco sensível, insignificante e inapto. Pouco inteligente, porque não aparenta refletir. Pouco sensível, porque não aparenta estar de luto pela morte da mãe. Insignificante,

⁵⁰ Cruickshank, 1959, pp. 157-158.

⁵¹ Nelson, 2015, p. 209.

⁵² Bal, 1977, pp. 1-199; García Jimenez, 1995, pp. 1-344; Brisville, 1962, pp. 51-52; Nelson, 2015, p. 209; Zima, 1982, p. 168.

⁵³ Cruickshank, 1959, pp. 157-158.

⁵⁴ Brisville, 1962, p. 58; Simon, 1967, p. 145; Pereira, 2008, p. 106; Nelson, 2015, pp. 210-211.

⁵⁵ Mathias, 1978, pp. 97-98.

⁵⁶ Camus, 1971, p. 9. Tradução nossa.

⁵⁷ A título de esclarecimento, concordamos com o desenvolvido, em grande parte factual, mas discordamos da sua interpretação.

porque não procura atribuir-se significância. Inapto, porque não mente.⁵⁸ Em suma, os autores dos estudos teóricos que têm sido produzidos sobre a obra, tal como a sociedade criticada no romance, condenam Meursault, ou pelo menos julgam-no porque este não aparenta ser humano: “Quem é o homem que fala assim da morte da mãe e de onde lhe vem esta voz neutra?”⁵⁹

Porém, por juízo nosso, não seria possível discordar mais, já que a conclusão que retiramos da correlação que existe entre as sensações provocadas e a personagem é a de que estas não corresponderão à personalidade absoluta de Meursault, mas antes ao seu estado de espírito. Assim, enquanto a maioria dos autores de análises críticas estão de acordo quando defendem que lhe é indiferente a morte da mãe⁶⁰ e que o mesmo não demonstra sinais de luto, a nossa tese é precisamente a contrária. Segundo o que nos parece, não só a sua indiferença é temporária e resulta da morte da mãe – tratando-se de um mecanismo comum de cooperação com o luto –, como tudo o que se sucede no livro é desencadeado por tal incidente.⁶¹

Como o justificamos? Analisemos as evidências. Não será certamente por coincidência que o autor escreve “mamã” ao invés de mãe, sendo o primeiro termo um claro indicador de carinho. Mas aprofundemos esta questão: os mesmos autores que dizem que Meursault é um indivíduo incapaz de mentir, não estranham quando o mesmo revela ao advogado que gostava da mãe?⁶² Nem conseguem discernir, no texto, a evidente relação entre o assassinio do árabe e a morte da mãe? Camus escreve:

A ardência do sol queimava-me as faces e senti o suor amontoar-se-me nas sobrancelhas. Era o mesmo sol do dia em que a minha mãe fora a enterrar e, como então, doía-me a testa, sobretudo a testa, e todas as suas veias batiam ao mesmo tempo debaixo da pele. Por causa desta queimadura que já não podia suportar mais, fiz um movimento para a frente (Camus, 2006a, p. 70).⁶³

O que verificamos é que Meursault diz que mata o árabe por causa do sol e, de facto, não mentiu. Concentrados no estado de absoluta alucinação da personagem, em nenhum dos estudos críticos se distingue: era o mesmo sol do dia do enterro da mãe. Ainda assim, e sem querer, confirmando o nosso raciocínio, os peritos dizem que Meursault dispara como quem se liberta de um peso morto, como se procurasse aliviar-se de uma imagem ou de uma

⁵⁸ Este julgamento nasce, em grande parte, por Meursault, pelos seus atos, aparentar indiferença perante a morte da mãe. O entendimento empreendido nos estudos críticos sobre a obra é consensual. Cf. Brisville, 1962, p. 52; Cruickshank, 1959, pp. 151-152; Feuerlicht, 1963, p. 608; Mathias, 1978, p. 96; Simon, 1967, p. 144.

⁵⁹ Brisville, 1962, p. 51.

⁶⁰ À exceção de Duarte Mathias, que justifica a apatia e tédio da personagem no funeral recorrendo à viagem longa, aos trabalhos burocráticos e às formalidades das cerimónias fúnebres. Cf. Mathias, 1978, pp. 100-101.

⁶¹ O máximo que encontramos que se aproximasse do que defendemos, em apenas uma investigação, foi que a indiferença de Meursault seria o resultado de uma experiência drástica que não era revelada no livro. Cf. Feuerlicht, 1963, pp. 609-610. Ora, estamos em crer que essa experiência é a morte da mãe.

⁶² Camus, 2006a, p. 76.

⁶³ Camus, 2006a, p. 70; sublinhado nosso.

recordação desagradável.⁶⁴ Em boa verdade, julgando pelo que do texto se retira, não era ao corpo do árabe que Meursault disparava, era à lembrança insuportável do enterro da mãe.⁶⁵

Meursault, por uma circunstância da sua vida, o luto pela morte da mãe, fica indiferente, o que não significa que seja indiferente.⁶⁶ Ou, então, ponderemos: não é a indiferença aparente um modo temporário de lidar com o absurdo da morte, da vida?

Mesmo assim, e naturalmente, as circunstâncias que nos levam a cometer um crime, ou a agir como agimos, não são justificações absolutas, devendo evidentemente existir consequências. O problema, e a crítica à sociedade sublima-se aqui, é que não foi isso que aconteceu.⁶⁷ Em bom rigor, o tribunal escolhe atribuir-lhe a pena máxima, não propriamente pelo crime que cometeu, mas pela sua sinceridade quando afirma que matou por causa do sol, bem como pelas suas atitudes e ideias sociais, nomeadamente os pensamentos poucos tradicionais sobre amor e casamento, a falta de ambição convencional, a inexistência de crença em Deus e, acima de todas as coisas, porque não chorou no enterro da mãe.⁶⁸ Em suma, a crítica de Camus consiste, pois, na denúncia de uma sociedade que condena sem procurar compreender, acabando por ser também uma crítica à pena de morte.⁶⁹

De tudo é fácil deduzir que Meursault compreende perfeitamente o que lhe estão a fazer, daí que quando o capelão, em tom condescendente, começa a falar sobre religião, que para ele é mais uma abstração da sociedade – a mesma sociedade que o condenou à pena de morte apenas porque o não compreendia –, se revolta;⁷⁰ daí que, ainda na prisão, Meursault comece a conceber projetos de reforma da lei, em que as penalidades visariam, ao invés de condenar sem mais,⁷¹ dar uma nova oportunidade aos condenados.⁷²

⁶⁴ Mathias, 1978, pp. 104-105.

⁶⁵ O escritor Maurice Blanchot é dos primeiros autores a defender que Meursault não sente, que mata por causa do sol e a importância deste elemento natural na ação. Cf. Blanchot, 1943, pp. 257-261; mas esta tese continuará a ser defendida. Cf. Robbe-Grillet, 1963, pp. 57-58; Barthes, 1994, p. 60. E, no entanto, o próprio Camus que não a confirma. Cf. Camus, 2006b, pp. 215-216. De uma forma geral, a crítica que mais se coaduna com o que defendemos é empreendida por Sartre. Este afirma que o livro não foi compreendido e que o romance retrata o absurdo da relação do Homem com o mundo, isto é, o divórcio entre a aspiração à eternidade do Homem e a sua concreta finitude. Nessa medida, Meursault é um estrangeiro porque o julgamos de acordo com os nossos padrões habituais. Cf. Camus, 2006a, pp. 7-25. Convém acrescentar que, na viragem do século, às teorias relacionadas com o sol foram acrescentadas algumas defesas do teor imperialista e racial do romance, iniciando novo debate sobre a obra. Cf. Said, 2000, pp. 119-267. Nada obstante, mais recentemente, em obra editada pela Gallimard, Kaplan, perita em Camus, contestou este debate, dizendo que não há evidência de um inconsciente colonial em Camus. Cf. Kaplan, 2016, p. 7.

⁶⁶ Meursault, ao contrário do que a crítica defende, é uma pessoa normal, nem mais nem menos inteligente, mas que estava a passar pelo luto. Aliás, se alguns peritos dissertam sobre a sua ausência de sociabilidade, não justificam, por essa ordem de ideias, que obedeça à lei, que tenha um emprego seguro, que respeite toda a gente, incluindo as autoridades, e que não negue a boa-educação convencional. Cf. Feuerlicht, 1963, p. 608.

⁶⁷ Neste aspeto, que iremos abordar, concordamos com a posição adotada por todos os estudos críticos, conhecidos, produzidos sobre a obra.

⁶⁸ Camus, 2006a, pp. 101-107; Brisville, 1962, p. 56; enquanto, na perspetiva de Meursault, a justiça procurará o apuramento da verdade, na perspetiva do advogado a justiça apresenta-se como um xadrez de regras polivalentes onde o que importa é apresentar uma narrativa convincente, seja ela verdadeira ou falsa. Cf. Mathias, 1978, p. 114.

⁶⁹ Nelson, 2015, p. 210.

⁷⁰ Camus, 2006a, pp. 114-117.

⁷¹ Neste caso, condenar com base na aparente moralidade. A este propósito, veja-se a frase de Albert Camus, escrita mais tarde, mas que confirma este pensamento: “A moralidade leva à abstração e à injustiça. Ela é a mãe do fanatismo e da cegueira”. Cf. Camus, 1989, pp. 268-269.

⁷² Camus, 2006a, pp. 110-111.

Deste modo, e no decorrer de tais reflexões, o romance termina com mais um absurdo, isto é, Meursault, após a revolta, tendo finalmente aceitado a “terna indiferença do mundo” (Camus, 2006a, p. 118), assim como a natureza enigmática dos Homens, encerra o livro de forma igualmente marcante: expressando a esperança de que muitos espectadores testemunhassem a sua execução e o recebessem com gritos de ódio.⁷³

Uma frase cuja explicação se tornará evidente se encarada à luz do conceito do homem-Deus que Camus define em *O Mito de Sísifo*. Nessa medida, tal como o escritor referiu, haveria um paralelismo entre Cristo e Meursault, já que ambos haveriam sido julgados e condenados à morte fruto da incompreensão dos Homens.⁷⁴

Curiosamente, se temos esta convicção, é um juízo que em nada mais se apoia além do que disse o próprio autor, quer dizer, que haveria uma grande unidade entre *O Mito de Sísifo* e *O Estrangeiro*.⁷⁵ De tal sorte, em *O Estrangeiro*, ao contrário do que acontece em *O Mito de Sísifo*, que é somente teórico, é-nos permitido experienciar o absurdo.⁷⁶ Ora os autores de estudos críticos sobre a obra também apontam esta ligação entre os dois livros; no entanto, limitam-na a uma explicação generalista, em que o absurdo seria a incompreensão que o leitor sente diante de acontecimentos tão incoerentes.

Deveras, para compreendermos *O Estrangeiro*, bastaria olharmos para o que nos explica *O Mito de Sísifo*, ou seja, o Homem transita da angústia existencial para a revolta e é esta que lhe aponta o caminho da harmonia e da fraternidade.⁷⁷

Assim, ainda que não existissem outras razões, esta seria suficiente para lançar uma presunção desfavorável sobre a interpretação da maioria dos autores de estudos críticos relativa à indiferença de Meursault. Pois, tal como em *O Mito de Sísifo*, em *O Estrangeiro*, Meursault transita de uma indiferença existencial, suscitada pela morte da mãe⁷⁸, para a revolta, suscitada pelo capelão, e é esta que lhe permite ver o caminho da harmonia e da fraternidade, aceitando a terna indiferença do mundo e os Homens como são.

Por fim, cumpre sublinhar, porque a todos é caro que assim seja, que não é por acaso que referimos que os autores de estudos teóricos sobre a obra condenaram Meursault da mesma forma que o fez a sociedade no romance, ou, senão, notemos outro argumento invocado pelos mesmos, e presente na multiplicidade de análises empreendidas até hoje, que nos informa que Meursault só ganha consciência quando condenado à morte,⁷⁹ ou quando mata o árabe.⁸⁰ Ora, o referido argumento foi contestado várias vezes por Camus, que

⁷³ *Ibidem*, p. 118.

⁷⁴ Camus, 2006b, pp. 215-216; Camus, 2002, p. 109; Viggiani, 1956, p. 886.

⁷⁵ Moreau, 2010, p. 208.

⁷⁶ Cruickshank, 1959, p. 153.

⁷⁷ Camus, 2002, pp. 13-127; Araújo, 1990, p. 134.

⁷⁸ Nesse caso, o absurdo da morte, o absurdo da vida, que resulta de uma desproporção entre a pretensão da consciência e o caráter enigmático do mundo, suscita questões existencialistas como: porque é que morremos, por exemplo. Cf. Araújo, 1990, p. 134.

⁷⁹ Brisville, 1962, p. 58; Simon, 1967, p. 145; Pereira, 2008, p. 106; Nelson, 2015, pp. 210-211.

⁸⁰ Viggiani, 1956, p. 882.

considerava Meursault um ser consciente desde o início do romance. Aliás, tendo até reconhecido que, ao adotar a técnica descritiva americana, tinha por objetivo iludir o leitor, apresentando “um homem sem consciência aparente” (Mathias, 1978, pp. 115-116).⁸¹

É aí que reside a verdadeira complexidade do livro. Queiramo-lo ou não, todos nós, mais ou menos, nos comportamos como a sociedade que Camus criticou, porque todos somos humanos e, por isso, sujeitos às mesmas tentações. O que Camus nos diz, ainda assim, é que é possível escapar à indiferença, é possível ganhar maior consciência e transitar da fase de revolta perante um mundo, absurdo e intolerante, para a aceitação do mesmo. Na verdade, só aceitando o mundo e o Homem como são é que se torna possível uma mudança realista. Um processo onde se guardarão, em última análise, todos os avanços do Homem. E assim, sem fronteiras, sem abstrações, sem julgamentos, Camus abraça-nos.

Enfim, considerando o que já foi escrito, fica claro porque é que defendemos o que defendemos. No entanto, há uma pergunta que fica por responder. Observemos esta passagem:

Compreendi que destruíra o equilíbrio do dia, o silêncio excecional de uma praia onde havia sido feliz. Voltei então a disparar mais quatro vezes contra um corpo inerte, onde as balas se enterravam sem dar por isso. E era como se batesse quatro breves pancadas à porta da desgraça (Camus, 2006a, p. 71).

Meursault é vítima do subconsciente, mas depois, após sair da alucinação do sol, após compreender que havia matado o árabe e que “destruíra o equilíbrio do dia” (Camus, 2006a, p. 71),⁸² dispara mais quatro vezes. Consegue explicá-lo ao tribunal? Não. Consegue alguém explicá-lo nas quantas investigações que existem? Não.

O que dizemos é que se pudesse debater com o tribunal, Meursault tê-lo-ia feito, respeitando a verdade do que tinha acontecido. Mas como poderia Meursault debater o que não se explica? Como debater as vontades, as tentações do espírito? Porque a carne vale para todos, mas o espírito, o capricho, é mutável e sem explicação.

E por isso mesmo consideramos sublime quando Nathalie Sarraute descreve o livro dizendo: “O livro correspondia às nossas expectativas, cristalizava as nossas veleidades ocultas” (Mathias, 1978, p. 94).⁸³

O que significa é que Meursault, naquele estado de indiferença, é, verdadeiramente, como a maioria das pessoas não sabe ser. A personagem, através dos seus atos, expõe-nos. Diz-nos que podemos ser conscientes, normais, e passar por estados de alienação temporários. Estados em que nos despersonalizamos e em que não somos o que é suposto sermos.

⁸¹ *Apud*, Mathias, 1978, pp. 115-116.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Apud*, Mathias, 1978, p. 94.

Camus desenvolverá esta ideia em *O Homem Revoltado*, onde diz pensar que a realidade humana, na sua totalidade, sofre de alienação mundial, desde a distância que separa o Homem dele mesmo e do mundo.⁸⁴ Desta forma, ele não é só um estrangeiro para a sociedade, mas para ele mesmo. E há momentos, como aqueles em que presenciamos a morte, em que nos distanciamos o suficiente de tudo e de nós mesmos para podermos percebê-lo, isto é, a alienação a que se refere é uma a que todos estamos sujeitos a presenciar durante a vida. A única diferença é que, ao contrário de Meursault, não a assumimos.

Meursault aceita a sua condição de Homem, incluindo o inumano que há no humano,⁸⁵ e por isso é que ele é *O Estrangeiro*, ou não fosse a história dos Homens “a história dos mitos com que cobriram essa realidade”.⁸⁶

O que concluímos, do que Camus nos ensina, é que ao cairmos num humanismo exagerado, e por isso artificial, estamos condenados a acreditar em mitos e a procurar heróis, repetindo a história eternamente.⁸⁷

Para o autor, os extremos colocarão sempre a vida em perigo,⁸⁸ pelo que na ordem jurídica internacional, e especialmente em matéria de autodeterminação dos povos, como veremos nos próximos capítulos, se deve adotar sempre que possível uma postura de compreensão, ponderação e moderação: “É esta admirável vontade de nada separar nem excluir que reconcilia e reconciliará o coração doloroso dos homens e as primaveras do mundo” (Camus, 1959, p. 126).⁸⁹

5. A descolonização intelectual

5.1. O objeto de estudo

Albert Camus, se não tivesse outros méritos, tinha o da independência de pensamento: uma invulgar forma de inteligência que, aliada ao direito de autodeterminação dos povos, é uma parte essencial do nosso estudo.

Aliás, e por força da sua amplitude, se o contributo dos intelectuais para o processo de descolonização fosse realmente o essencial do nosso tema, tudo o que escrevêssemos padeceria forçosamente de omissões imperdoáveis.⁹⁰

⁸⁴ De onde retira a máxima: “Revolto-me, logo existimos”. Cf. Camus, 2019, p. 130; Feuerlicht, 1963, p. 607.

⁸⁵ Camus, 2002, pp. 23-27.

⁸⁶ Camus, 1989, p. 21.

⁸⁷ “Bem pobres são aqueles que têm necessidade de mitos!” Cf. Camus, 1959, p. 16.

⁸⁸ A título de exemplo, servindo-nos da obra, podemos considerar que o sol é extremamente importante no equilíbrio do Homem com o mundo e consigo mesmo. No entanto, o seu exagero coloca a vida em perigo: por exemplo, quando Meursault, ficando ébrio por ação do sol, acaba por matar o árabe. Cf. Silva, 1994, pp. 169.

⁸⁹ Camus, 1959, p. 126. Tradução nossa.

⁹⁰ Por assim entendermos, o que desenvolveremos no contexto histórico não passarão de simples apontamentos de alguns dos factos mais notáveis, pois tal contributo, embora necessário, traduz-se tão-só numa vertente secundária do nosso trabalho.

O que é natural que se interroge, por conseguinte, é qual o sentido da expressão “descolonização intelectual” aqui empregada.

Ora, sabemos de sobra que o intelectual, como Homem votado à atividade teórica e à abstração, correrá o risco de acreditar com tanto fervor na força da sua razão que não permitirá, com igual veemência, a liberdade de outros para dela discordar.⁹¹

Em verdade, aquele que se radicaliza, racionaliza de tal forma as questões sobre as quais reflete que se afasta não só dos outros, mas de si mesmo. Consequentemente, não procurará ser humano, mas uma abstração na qual, enquanto Homem, se reinventa. Por isso mesmo, e como a história tantas vezes demonstrou, não lhe custará oprimir os demais com a sua razão, já que em última análise é a ele mesmo, e à sua verdadeira natureza, que oprime em primeiro lugar.

Nessa medida, a imparcialidade, a justiça e o direito obrigam a uma outra “descolonização intelectual”, pois devem estar em contacto com o Homem e não com uma abstração artificial deste: a ideia tão bem ensaiada em *O Estrangeiro*.

A “descolonização intelectual”, cujo exercício demonstraremos na conclusão do capítulo, consiste no nome que escolhemos atribuir à aplicação prática de um pensamento ensaiado por Camus em *O Homem Revoltado*, onde escreve que aquele que se revolta “opõe o princípio de justiça que existe nele próprio contra o princípio de injustiça que vê agir no mundo” (Camus, 2019, p. 39).⁹² O resultado deste exercício, segundo entendemos, poderá conduzir, eventualmente, à aceitação de um certo direito na ordem jurídica internacional, como veremos.

5.2. O poder reforçado da nova geração: Camus e Sartre

Regressemos ao mencionado contributo dos intelectuais no processo de descolonização, nomeadamente os que se destacam com o fim da guerra, em 1945, norteando uma nova geração.⁹³

Consequentemente, escolhemos destacar, a par de Albert Camus, Jean-Paul Sartre,⁹⁴ pois se a moderação é tão bem desejada, é pela ação dos extremos que a apreciamos.

⁹¹ O “intelectual”, termo vulgarizado no século XIX e popularizado no século XX, começou por isso a ser criticado. Cf. Benoist, 1981, pp. 402-403.

⁹² Camus, 2019, p. 39.

⁹³ Se a escolha de Albert Camus pudesse, apesar do já dissertado, ser considerada pouco adequada para uma dissertação de direito, não deixemos de referir, a título de curiosidade, a referência que o conceituado jurista – especializado em Direito Internacional Público – Antonio Cassese lhe faz, no seu livro *International Law*, precisamente quando aborda o fim da guerra. Cf. Cassese, 2005, p. 39.

⁹⁴ Referimos somente Albert Camus e um outro intelectual pelos motivos de forma e conteúdo já enunciados. Pelos mesmos motivos não acrescentámos a perspectiva de conservadores católicos, como a de François Mauriac, ou da direita liberal, como a de Raymond Aron, ou outras igualmente relevantes. Esclarecendo, ainda, escolhemos Sartre por entendermos que a maioria dos intelectuais franceses da extrema-esquerda se guiavam por ele e estavam, como ele, ligados ao Partido Comunista Francês. Nessa medida, o destaque à extrema-esquerda deve-se tão só à influência do Partido Comunista Francês na intelectualidade francesa do pós-guerra. Previsivelmente, em reação a um extremo, caiu-se em outro.

Com efeito, para que melhor se compreenda a diferença entre estas duas personalidades, bem como o poder reforçado dos intelectuais no processo político, comecemos por introduzir um dos polémicos eventos desse ano, o julgamento de Robert Brasillach, um escritor antissemita conhecido pelos seus artigos no jornal *Je suis partout*.⁹⁵

Nesta ocasião, o procurador do caso conseguiu provar que o acusado fora pró-Vichy, mas não se efetivamente ajudara os alemães. Assim sendo, acaba por atribuir-lhe responsabilidade não pelos seus atos, mas pela influência da sua escrita na opinião pública, resultando numa controversa sentença à pena capital. No decorrer do sucedido, surge entre os intelectuais uma petição a pedir clemência pelo condenado. Ora, tanto Camus, como Sartre, tinham sido membros da Resistência Francesa⁹⁶ e, portanto, lutado contra a denominada França de Vichy, mas o primeiro assina e o outro não.⁹⁷

O que da execução de Brasillach se extrai é uma clara sugestão de um tribunal de direito de que um escritor influente ter opiniões controversas, e defendê-las em público, era tão grave como ter agido ele próprio em função daquelas.⁹⁸ Mas não só. A diferença entre as posições de Camus e de Sartre – uma moderada, outra radical – verificava-se aqui pela primeira vez. Uma incompatibilidade de modos de ver que, desde esse ano, só se agravaria.

Se Sartre tomará o partido da União Soviética, não denunciando os seus campos de concentração e advogando a violência e o assassinio em prol dos seus fins políticos, Camus tomará o partido da vida, equiparando os campos de concentração soviéticos aos dos alemães e condenando a política de Estaline.⁹⁹

O elemento permanente, invariável, que na perspetiva do último se afirma é um humanismo inabdicável, que embora já se demonstrasse na sua obra literária,¹⁰⁰ ficaria claro nos seus ensaios filosóficos, especialmente com a publicação de *O Homem Revoltado*, em 1951.¹⁰¹

⁹⁵ Sapiro, 2002, pp. 1688-1691.

⁹⁶ Movimento que não aceitava a submissão do Estado francês ao poder nazi.

⁹⁷ Judt, 2018, pp. 179-180.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Sartre, 1980, p. 57; Silva, 1994, p. 165.

¹⁰⁰ Por exemplo, no livro *A Peste*, a seguinte frase: “E foi por isso que eu decidi recusar tudo o que, de perto ou de longe, por boas ou más razões, faz morrer ou justifica que se faça morrer”. Cf. Camus, 1969, p. 275.

¹⁰¹ Tal publicação levaria ao famoso debate, em *Les Temps Modernes*, que marcou o fim da conhecida amizade de ambos. Cf. Nelson, 2015, p. 213.

5.3. O contexto histórico e a ação coletiva dos intelectuais

De qualquer forma, e em benefício do caso em análise, o da descolonização da Argélia, continuemos cronologicamente com algum contexto histórico.

O evento que marca o início da Guerra de Independência Argelina ocorre a 1 de novembro de 1954, durante o governo de Pierre Mendès France, quando a Frente de Libertação Nacional (FNL)¹⁰² desencadeia uma vaga de atentados contra franceses.¹⁰³ De seguida, entre 1955 e 1956, isto é, durante o governo de Edgar Faure, a violência vai aumentando, levando o mesmo a dissolver a Assembleia e a convocar eleições antecipadas.¹⁰⁴

O seu sucessor, Guy Mollet, é apoiado pelo Partido Comunista Francês, mesmo quando pelos seus atos demonstra ser contra a independência argelina, o que gera uma onda de críticas dos intelectuais, incluindo Sartre, à manutenção de tal apoio.¹⁰⁵

Durante este período, em que há o confronto entre as forças da FNL e o exército francês, começam a surgir escândalos relacionados com atos de tortura e assassinio levados a cabo pelas tropas francesas,¹⁰⁶ um momento histórico muito bem retratado no célebre filme *A Batalha de Argel*. O que também do filme se retira, e por isso o mencionamos, é a curiosa atitude do coronel Mathieu,¹⁰⁷ que avalia o eventual desfecho da guerra mediante o comportamento da imprensa e dos intelectuais:

[Coronel] - Acreditam na FNL? [Jornalistas] - Talvez seja plausível. Uma greve pode convencer a ONU. [Coronel] - A ONU está muito longe. Como pode medir a força de uma greve? Atirar bombas seria mais eficiente. Eu agiria assim. [Jornalistas] - O que significa uma insurreição armada agora? [Coronel] - O que sempre significou, uma fase da guerra revolucionária. O terrorismo leva à insurreição armada. Assim como a guerrilha leva à guerra. [Jornalistas] - Dien Bien Phu? [Coronel] - Isso mesmo. Mas na Indochina eles venceram. [Jornalistas] - E aqui? [Coronel] - Depende de vocês. [Jornalistas] - De nós? Vai alistar-nos? [Coronel] - Nada disso. Apenas escrevam e bem. Não precisamos de soldados. [Jornalistas] - E que mais? [Coronel] - Vontade política que às vezes existe e às vezes, não. Às vezes não é suficiente. O que foi dito em Paris ontem? [Jornalistas] - Nada. Outro artigo de Sartre. [Coronel] - Porque será que os Sartre nascem sempre do outro lado? [Jornalistas] - Gosta de Sartre, Coronel? [Coronel] - Não. E muito menos como adversário.¹⁰⁸

¹⁰² Movimento nacionalista argelino.

¹⁰³ Tripodi, 2020, pp. 95-96; Dunn, 1989, pp. 146-147; Brown, 2018, pp. 53-55.

¹⁰⁴ Winock, 2000, p. 537.

¹⁰⁵ Merom, 2003, pp. 90-91; Davies, 1987, pp. 100-103.

¹⁰⁶ Branche, 2007, pp. 547-556.

¹⁰⁷ Personagem inspirada pelo conhecido general de guerra Jacques Massu.

¹⁰⁸ Entrevista ao coronel Mathieu, em que este inicia o diálogo. Cf. Pontecorvo, 1966. Tradução nossa.

Este excerto é particularmente importante porque apresenta os intelectuais como parte do conflito, como efetivamente o foram. Deveras, de artigo em artigo, e durante meses, condenaram severamente os métodos utilizados na guerra e a própria guerra,¹⁰⁹ servindo-se de jornais como *Le Monde*, *Témoignage Chrétien*, *L'Express*, *France-Observateur*, *Éditions de Minuit*, *Les Temps Modernes*, *L'Esprit* e tantos outros naquilo que foi um autêntico ataque coletivo. Tanto o foi, que muitos destes jornais serão denunciados na Assembleia como sendo contra a política francesa na Argélia, conduzindo o governo a múltiplas apreensões e perseguições. Sintomaticamente, e em resposta, criaram-se centros de distribuição de artigos e livros proibidos, iniciando-se um feroz combate intelectual como nunca se vira desde o Caso Dreyfus.¹¹⁰ Uma situação que só se agrava e que nem os governos que se seguem, de Maurice Bourgès-Maunoury e de Félix Gaillard,¹¹¹ conseguem resolver.

Face ao insustentável, e no decorrer da revolta militar que ocorre na Argélia em 1958, consubstancia-se uma inegável crise política, que culminará no regresso do general De Gaulle¹¹² e no início da V República. Será este líder, primeiro presidente do conselho de ministros, depois presidente francês, que conduzirá o país aos Acordos de Évian¹¹³ e, sintomaticamente, no dia 3 de julho de 1962, ao reconhecimento pelo governo francês da independência argelina.¹¹⁴

¹⁰⁹ Já existia, desde 1955, o Comité de Ação dos Intelectuais Contra o Prosseguimento da Guerra no Norte de África. Cf. Winock, 2000, p. 541.

¹¹⁰ Valensi, 1982, pp. 842-843; Winock, 2000, pp. 538-541; Amrani, 1990, pp. 104-105.

¹¹¹ Valensi, 1982, p. 842.

¹¹² De Gaulle era um símbolo, isto é, era frequentemente associado à figura do herói de guerra, e esperava-se que conseguisse unir uma França altamente dividida. Cf. Kane, 2001, pp. 103.

¹¹³ Government of the French Republic, *Algerian National Liberation Front. Declarations Concerning Algeria. Evian, March 19, 1962*, 1963, p. 716.

¹¹⁴ Brown, 2018, pp. 63-66; Calçada, 2012, p. 55.

5.4. As reações: um extremista e um moderado

Sartre, o mesmo que dissera que enquanto intelectual e escritor o futuro do povo argelino não lhe competia – apenas lhe interessava que os franceses saíssem –, e o mesmo que por lealdade ao partido comunista defendera Estaline até muito tarde, nunca daria o mérito a De Gaulle, muito devido ao seu preconceito ideológico.¹¹⁵

Por outro lado, Camus, que tinha estado disposto a dar o benefício da dúvida a De Gaulle,¹¹⁶ embora acabasse por morrer em 1960, deixaria clara a sua posição. Desinteressado de uma política que não fosse uma de defesa dos Direitos Humanos,¹¹⁷ defendia que o papel do escritor não é estar do lado dos que fazem a História, mas do lado daqueles que a sofrem.¹¹⁸ Por isso mesmo, não compreendeu como é que muitos intelectuais franceses não condenaram o terrorismo e fecharam os olhos àquilo que chamava “o novo imperialismo que ameaça a liberdade e o Ocidente” (Camus, 1958a, pp. 11-12), pois tinha a certeza, e a História dar-lhe-ia razão, de que esta posição não beneficiava os verdadeiros interesses do povo argelino, nomeadamente a liberdade e o respeito.¹¹⁹

O que defendia é que a única solução para a Argélia passaria sempre pela discussão entre todos os envolvidos e nunca poderia ser nem a da extrema-direita, nem a da extrema-esquerda, isto é, nem a continuação de uma política de opressão, nem a entrega leviana do país a um grupo terrorista, considerando, mediante tal discussão, a possibilidade de federalismo para a região.¹²⁰

A crer no que escreveu, um grupo terrorista, como a FNL, não daria voz aos argelinos, ou, por outras palavras, tornaria impossível a democracia.¹²¹ Com o tempo vir-se-ia a constatar que tinha razão, já que após a independência, o movimento em causa governaria em regime de partido único até ao fim dos anos 80.¹²²

Da inequívoca justaposição entre o que defendeu e o que aconteceu, sucedem, pois, as seguintes questões: um povo que passa de um jugo para outro autodeterminou-se? Há ou não um direito à democracia inerente à autodeterminação?

¹¹⁵ Sartre, 1970, p. 29; Ferreira, 1972, p. 5; Drake, 1999, pp. 28-29.

¹¹⁶ McCarthy, 2012, p. 92.

¹¹⁷ Nessa medida, em novembro de 1955, devido ao aumento de conflitos na Argélia, propõe um acordo de não agressão à população civil, para garantir a segurança de civis, muçulmanos e franceses, apesar do conflito. Cf. Borralho, 1984, pp. 31 e 123; Drake, 1999, p. 21.

¹¹⁸ Camus, 1958b, p. 14; Cianfaglione, 2009, p. 46.

¹¹⁹ Camus, 1958a, pp. 11-12; Vircondelet, 2010, p. 321.

¹²⁰ Camus, 1958a, pp. 19, 25 e 28; Drake, 1999, pp. 22 e 26.

¹²¹ Camus, 1958a, pp. 19-21.

¹²² Tahi, 1992, pp. 397-400.

5.5. O fim de uma opressão intelectual e metafísica

Segundo Camus, a resposta não lhe pertenceria, mas ao íntimo de todos os Homens livres. O seu espírito democrático era revelado em cada uma das suas palavras e ainda mais na ausência delas. Ou o que antever do seu famoso silêncio – quando adivinhava que já nenhuma das partes pretendia a sua solução –, sem ser um respeito ímpar pela democracia. Resta-nos somente o aval daquilo que julgamos ser uma compreensão justa do seu pensamento: perpetuar o fim da colonização, leia-se de toda e qualquer opressão, sob todas as suas formas, mesmo a intelectual.

Por tudo o que ficou exposto, e considerados os vários interesses que rodeiam o direito de autodeterminação dos povos – sugeridos por diversas vezes ao longo da nossa dissertação –, a revelação é categórica: a descolonização intelectual é um exercício que a todos beneficia. E, a crer na hipótese de Camus, a sua concretização habitará no íntimo de cada um.

Se atentarmos bem, em *O Homem Revoltado*, diz-nos que aquele que se revolta “opõe o princípio de justiça que existe nele próprio contra o princípio de injustiça que vê agir no mundo” (Camus, 2019, p. 39),¹²³ onde explora o sentido literal de revolta e o metafísico. Também em *O Estrangeiro*, este conceito é explorado no sentido literal – a explosão com o capelão – e no metafísico: Meursault ganha mais consciência do que a que já tem.

Eis, pois, em sumário relance, a aplicação prática do pensamento de Camus, da descolonização intelectual, da independência de pensamento, ao direito de autodeterminação dos povos – tal como o autor explicou – opondo o princípio de justiça que existe em nós mesmos contra o princípio de injustiça que vemos agir no mundo e respondendo: existe, ou não, um direito à democracia inerente à autodeterminação?

¹²³ Camus, 2019, p. 39.

6. Autodeterminação: um direito à democracia?

Para melhor o sabermos, precisamos de dar continuidade ao raciocínio outrora empreendido sobre a autodeterminação dos povos. Permita-se o resumo: após a Carta das Nações Unidas, seguiram-se as resoluções da Assembleia Geral – como a célebre *Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais* ou a Resolução 1514 (XV) de 14 de dezembro de 1960 –, o apoio gradual demonstrado pelo Supremo Tribunal de Justiça, o conteúdo do primeiro artigo das duas Convenções sobre Direitos Humanos das Nações Unidas de 1966, a Declaração sobre Relações Amigáveis de 1970 e, ainda, as declarações feitas por representantes de governo na ocasião das respectivas adoções. Este panorama parecia, sem dúvida, reforçar a existência de um direito à autodeterminação, mas se o estatuto de direito parecia claro, a sua abrangência não.¹²⁴

Neste domínio, o Professor Thomas Franck, nos anos noventa, iniciaria um novo debate ao afirmar que um direito à democracia estaria a emergir como norma de direito internacional costumária. Tal tese, embora polémica, encontraria concordância da doutrina numa parte: a crença no protagonismo da dimensão interna do direito de autodeterminação no final do século XX.¹²⁵

Ora, não deve deixar de se observar que as Nações Unidas tiveram um papel importantíssimo para subverter a ordem mundial anterior, a do colonialismo, assim como, mais recentemente, para a assistência eleitoral e, de uma forma mais geral, para a promoção da democracia. Mas significa, isto, a existência de um direito à democracia?¹²⁶ Evidentemente, não. Se a democracia tem sido considerada instrumental para a resolução de conflitos, não se pode dizer que seja um imperativo normativo.¹²⁷

Em todo o caso, uma análise geral realizada por Cassese, em 1995, apontaria sinais de uma mudança na comunidade internacional em direção a um maior compromisso para com o princípio da autodeterminação interna. O autor, contudo, destacava a importância de mais práticas estaduais e declarações de corpos internacionais, assim como da existência de um

¹²⁴ Cassese, 1986, pp. 133-134; Vrdoljak, 2008, p. 12; Hannum, 1993, p. 31.

¹²⁵ Hannum, 1993, p. 34; Franck, 1992, pp. 46-91.

¹²⁶ Cassese, 2005, p. 329; Higgins, 2015, pp. 215-225. Desde o início dos anos noventa, mais de 100 países independentes receberam várias formas de assistência das Nações Unidas para eleições. Assim como já foram feitas declarações por representantes das Nações Unidas afirmando que a democracia é instrumental para a paz, para o desenvolvimento e para o respeito pelos Direitos Humanos. Cf. French, 2013, pp. 479 e 487-488. No entanto, o processo eleitoral, como legitimação do governo para tudo, diminui muitas vezes a democracia a um valor formal. Cf. Lopes, 2003, p. 153.

¹²⁷ French, 2013, p. 489. Vejamos, em todo o caso, algumas evidências de manifestações democráticas, ou, pelo menos, assim consideradas: em 1981, a adoção da Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos; antes, em 1974, criada pelos Acordos de Helsínquia, a Conferência de Segurança e Cooperação na Europa, desde 1994 denominada Organização de Segurança e Cooperação na Europa, que funciona como um engenho de mudança democrática e repositório de princípios democráticos, estabelecendo cada vez mais a ligação entre democracia e Direitos Humanos; o Conselho da Europa, que atua ao serviço da democracia; e a União Europeia, através de políticas de “ajustamento democrático”. Reforcemos, também, que este aumento regional de manifestações democráticas tem sido complementado pelos desenvolvimentos das Nações Unidas, assim como pela ação de organizações não-governamentais e associações. Cf. Tomuschat, 1993, pp. 121-123.

aparelho de controlo.¹²⁸ A ideia que dominava, e que domina ainda hoje, é que os Estados preferem invocar a democracia como um ideal político, sem propriamente lhe atribuir valor jurídico.¹²⁹

De facto, em 1999, na Discussão tida no âmbito da Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas, a propósito da adoção da Resolução 1999/57, sob o título *Promoção do direito à democracia*, a Índia clarificaria que, no seu entender, não havia um modelo único de democracia, que esta era uma forma de governo que decorria da vontade do povo, não podendo por isso ser imposta, especialmente pelo exterior. E, na Resolução 2000/47 do ano seguinte, sob o título *Promover e consolidar a democracia*, já não se mencionaria um direito à democracia, confirmando-se o sentido político do princípio da promoção da democracia em 2001, na Resolução 2001/41 da Comissão de Direitos Humanos, *Diálogo continuado sobre medidas destinadas a promover e consolidar a democracia*.¹³⁰

Mais recentemente, as revoltas populares no Médio Oriente voltariam a sugerir que a democracia tem apelo universal, independentemente de culturas e religiões. Estes eventos conduziriam, uma vez mais, às questões: deve a comunidade internacional apoiar a democracia interna, e se sim, de que forma?¹³¹

O Professor Azeredo Lopes levanta reservas sobre esta questão – qual seria a definição de democracia; qual o seu conteúdo útil; quem poderá ser titular de tal direito; como o pode exercer em concreto; quem terá legitimidade para, segundo o direito internacional, adotar eventuais medidas concretas para sancionar o ou os infratores – e termina sublinhando que o maior problema com a criação de um direito à democracia, ainda assim, seria a possibilidade de se entrar em teses de intervenção democrática.¹³²

Ora, a nosso ver, se de casos como as revoltas no Médio Oriente se retira que intervenções sustentadas por ideais democráticos ou pela responsabilidade de proteger podem, muitas vezes, estar ao serviço da instrumentalização de tais ideais, também se retirará que há pontos de revolta crescentes e que, como a História já teve oportunidade de demonstrar, não vão deixar de existir, nem de aumentar.

Segundo nos parece, isto acontece porque o que está em causa supera o campo das ideologias e das abstrações: é um princípio de justiça universal, não sendo, ao mesmo tempo, nem uma utopia, nem um mito, já que a sua possibilidade está ao nosso alcance, não vai contra a nossa forma de estar, nem tão-pouco contra a nossa natureza. Em verdade, não é uma

¹²⁸ Cassese, 1995, pp. 346-348.

¹²⁹ French, 2013, pp. 472-478.

¹³⁰ Lopes, 2020b, pp. 573-574; Lopes, 2003, pp. 160-163; Lopes, 2020a, p. 609; Fox & Roth, 2000, pp. 116-117; Commission on Human Rights, *Promotion of the right to democracy*, E/CN.4/RES/1999/57, resol. 1999/57, 28 de abril de 1999; Commission on Human Rights, *Promoting and consolidating democracy*, E/CN.4/RES/2000/47, resol. 2000/47, 25 de abril de 2000; Commission on Human Rights, *Continuing dialogue on measures to promote and consolidate democracy*, E/CN.4/RES/2001/41, 23 de abril de 2001.

¹³¹ French, 2013, p. 471.

¹³² Lopes, 2020a, pp. 608-610; Marks, 2011, pp. 522-524.

questão de preferirmos este ou aquele modelo, é a questão de poder escolher este ou aquele modelo.¹³³

Nessa medida, dizer que a democracia é ocidental ou ideológica é o mesmo que dizer que os Direitos Humanos são ocidentais e não um imperativo universal.¹³⁴ Assim, criticamos o recurso ao argumento ideológico, porque reduzir a autodeterminação à ideologia é precisamente a sua instrumentalização – uma instrumentalização que já foi feita antes e já se lhe conhece o resultado.

Por outro lado, em relação à questão da aceitação dos Estados, sabemos, como defendeu o Professor Azeredo Lopes, que o conflito entre Estado e Indivíduo está longe de ser superado, e que modelos de participação progressiva do Indivíduo no plano internacional, como forma de legitimar as instituições internacionais, estão longe de ser confirmados pela prática.¹³⁵

Mesmo assim, não ignoramos a crítica de muitos académicos ao escudo dos governos na soberania – isto é, à sua instrumentalização para resistir à cooperação internacional e para esconder atrocidades atrás de fronteiras –, nem o que tem vindo a ser escrito sobre a evolução da própria conceção de soberania.¹³⁶

Este tema, não sendo o objeto desta investigação, justifica que cada vez mais se pense no tipo de legitimação usada para dar autoridade às organizações internacionais e em questões como o alegado enfraquecimento do Estado soberano. Com razão se verifica que se a legitimidade das organizações internacionais é derivada dos poderes que lhes são conferidos pelos Estados e do seu exercício em conformidade com tal atribuição, o que assistimos é a uma posição de controlo e dominância por parte dos Estados. Esse poder é legítimo? Deriva de governos onde a vontade do povo não é soberana? Estas questões conduzem à recente inclinação de certas organizações internacionais para estabelecer a sua legitimidade de outras formas, como a legitimidade direta ou popular. Nessa medida, o supranacionalismo poderá eventualmente conduzir ao enfraquecimento do Estado soberano.¹³⁷

São, pois, simultaneamente, razões de ordem metafísica e de ordem factual as que justificam o aparecimento de novos modelos. A este respeito, a nossa posição é a de precaução e moderação, não negando a sua eventual criação e prática no futuro, mas na esperança de que

¹³³ Sobre a universalidade da democracia, é interessante notar, também, a relação entre a democracia e os Direitos Humanos, cada vez mais debatida. O consenso parece ser, no mínimo, que a democracia é um meio de assegurar os Direitos Humanos. Cf. Christiano, 2011, pp. 142-144 e 175-176; Gilabert, 2012, pp. 30-35.

¹³⁴ Como disse o Professor Franck, os termos eleições, livres e justas, inevitavelmente, terão diferentes significados em várias culturas políticas, mas, notavelmente, evocam uma amplitude considerável de expectativas convergentes. Expectativas que atravessam fronteiras políticas e socioculturais. Cf. Franck, 1992, p. 90; Miller, 2003, pp. 612-617. Da mesma forma, e por outra perspetiva, o Professor Amartya Sen, aponta uma longa tradição de defesa de liberdades políticas e pluralismo em várias partes do mundo, apelando a um maior reconhecimento do património global na história das ideias democráticas e contrariando a tese da democracia como forma de ocidentalização. O autor acrescenta ainda, e parece-nos relevante, que, mesmo na hipótese de a democracia ser ocidental, não há motivo para negar o diálogo entre culturas. Cf. Sen, 2006, pp. 15-16.

¹³⁵ Lopes, 2003, pp. 153-155; French, 2013, p. 470.

¹³⁶ Berman, 2005, pp. 525-528.

¹³⁷ French, 2013, p. 451.

respeitem uma hierarquia, isto é, sem negar, ao mesmo tempo, a importância e a figura do Estado-Nação.

Por muito demorada que seja a sua definitiva estruturação, o que ambicionamos, enquanto novos modelos não sejam postos em prática, é que se crie a pressão necessária para uma mudança legítima no panorama quase imutável que Cassese apontava.

Para já, o valor desta mudança e a sua legitimidade estará, porventura, mais no espírito que a dita e anima do que na sua formulação jurídica e sistematização, mas, como no final deste capítulo explicaremos, não será sempre assim. Onde outros apontam sinais de anestesia, o que apontamos é uma sensibilidade crescente às mais diversas formas de miséria e opressão.

E, contudo, há que prevenir a instrumentalização de tal sensibilidade, há que precaver as denominadas intervenções democráticas, acautelar as várias formas de democracia e procurar explicar o seu conteúdo – críticas tão bem ensaiadas.

Agora, julgamos ser possível, servindo-nos do pensamento já empreendido por Camus, afirmar que existe um direito à democracia, mesmo que ainda não reconhecido pelo Direito Internacional, mesmo que ainda falte muito para esse reconhecimento. Deveras, o princípio de justiça comum à maioria dos Homens, no sentido metafísico já explorado, permite-nos dizer o bastante.¹³⁸

Albert Camus já escrevera sobre esta possibilidade nos anos cinquenta, onde sublinhou que uma nova ordem internacional não poderia ser nem ocidental, nem oriental, mas universal. Na época, denunciou o comportamento dos Estados, afirmando que uma democracia internacional seria se a lei estivesse acima dos governantes e fosse a expressão da vontade coletiva, representada por um corpo legislativo; mas que a lei internacional era feita e desfeita pelos governos, concluindo: “Estamos portanto em regime de ditadura internacional” (Camus, 2001, pp. 139-143) e apelando à participação do indivíduo.¹³⁹

Na impossibilidade desta solução, afirmou que se deveria resistir a esta ditadura, criando uma ordem internacional que possa levar a cabo reformas estruturais duráveis.¹⁴⁰

O movimento para a paz, como o autor lhe chamou, deveria ser feito através de comunidades, dentro e além-fronteiras, de trabalho e reflexão, tentando ajudar solidariamente o maior número de indivíduos possível e ao mesmo tempo promover os valores da ordem internacional, isto é, “opondo palavras claras à confusão do terror” (Camus, 2001, p. 151).¹⁴¹ Na sua perspectiva, considerar tal possibilidade: “Não é utopia, é nobre realismo” (Camus, 2001, p. 152).¹⁴²

¹³⁸ Um princípio de justiça que conduzirá, tal como no romance *O Estrangeiro*, à revolta.

¹³⁹ Camus, 2001, pp. 139-143.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 148.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 151.

¹⁴² *Ibidem*, p. 152.

Do que acabámos de expor facilmente se infere um excesso de sentimentalismo, mas, de facto, é a própria História que nos confirma esta previsão, assim como julgamos ter ficado claro, no início desta dissertação, o poder da palavra. Com efeito, a nosso ver, o poder que teve a palavra autodeterminação no passado será, porventura, o mesmo poder que a palavra democracia terá no futuro.

Com efeito, e por assim ser, só na História refletida se medem os erros do que se passou. A História vem esmorecida e parece convidar ao esquecimento. Ao lembrarmos apenas o que convém, estamos a fruir o sol em demasia, estamos a preparar o luar desse gozo: vulneráveis aos mesmos erros, porque indefesos perante as mesmas circunstâncias.

Essa repetição histórica, de resto já conhecida, vale pouco pelo que é e muito pelo que será. Cabe-nos a nós, como soube Camus, sabermos distanciar-nos, sabermos lê-la.

Vejamos, muito racionalmente e sem sentimentalismo algum: a autodeterminação, como sabemos, tem mais do que uma dimensão. A dimensão externa define o estatuto de um povo em relação a outro povo, Estado ou império, enquanto a dimensão interna diz respeito à relação entre um povo e o seu próprio Estado ou governo. Ao longo da História, como também tivemos oportunidade de confirmar, a autodeterminação exibiu elementos de “nacionalismo” e elementos de “democracia”. Por exemplo, se no século XVIII, com a Revolução Francesa, o objetivo era o exercício de poder pelo povo e não a expulsão de um governo estrangeiro, no século XIX, predominantemente, o nacionalismo prevaleceu sobre a ética democrática. Posteriormente, no século XX, embora Wilson, como sublinhámos, tenha tentado enaltecer o elemento democrático, este não prevaleceu, prevalecendo antes o elemento nacional.¹⁴³

O que concluímos, olhando para o percurso feito até agora, é que no século XXI o foco será a dimensão interna do direito e prevalecerá, a longo prazo, o elemento democrático. De facto, e respondendo a uma pergunta outrora empreendida pelo Professor Azeredo Lopes, o acesso à estadualidade não é sinónimo de felicidade. Não o foi na época pós-colonial, não o é agora. E problemas atuais, como a defesa da liberalização da secessão, reforçarão este entendimento. A autodeterminação dos povos é, verdadeiramente, muito mais.

De tal sorte, e concretizando a dissertação, tal como no passado as Nações Unidas tiveram um papel crucial para subverter o colonialismo, acreditamos que o que têm agora, de promoção de democracia, acabará por se provar instrumental para subverter práticas antidemocráticas a longo prazo. A par do papel das Nações Unidas, e das inúmeras manifestações democráticas crescentes, é nossa convicção que, eventualmente, pelo poder da palavra e pelo despertar de uma maior consciência, leia-se, pela descolonização intelectual, um direito à democracia se tornará realidade.

¹⁴³ Tomuschat, 1993, pp. 101-120.

Conclusão

A autodeterminação dos povos nasce do mais elementar que há no Homem: a sua empatia. Encarando-a uma primeira vez, é-lhe impossível negar a existência. Apaixona, arrebatada, seduz. Na opressão dos outros, ele vê a sua. E em cada povo, em cada aspiração, há comoção e semelhança. Só assim se justifica a sua força intransponível. Porque as paixões, as vontades, os sonhos, uma vez instaladas no espírito, raramente se demovem. Assim é também o espírito dos povos: inamovível.

A impressão com que se fica é que este é um caminho que iniciámos há mais tempo do que normalmente se julga e que, não obstante, continuaremos a percorrê-lo.

Por assim pressentirmos, insistimos: *O que cansa na viagem / Não é o quanto andamos. / O que cansa / é quanto permanecemos / no lugar de onde pensamos ter partido.*¹⁴⁴

Assim, nesta hora de análise e reflexão, devemos ressaltar que o discurso sugestivo que pautou o início da investigação não pretendia, em qualquer caso, diminuir as pretensões nacionalistas argelinas, pelo contrário, esperava criticar o seu aproveitamento.

Numa palavra, a consciência de um povo só a este pertence e não há oradores, por muito mérito que tenham, que se possam substituir àquele. Com efeito, uma coisa é quando um povo se serve de forças políticas alheias para alcançar a autodeterminação; outra, de natureza inteiramente diferente, é quando, sob o pretexto da autodeterminação, forças políticas alheias se servem de um povo. Uma diferença tão clara para uns, quanto abstrata para outros.

Ainda assim, só podemos verificar com uma certa naturalidade a propensão de alguns intelectuais para diminuir o caminho francês, europeu e universal à singularidade das suas lutas pessoais, ao vício do partidarismo e à mesquinhez da demagogia. É que, assumindo-se assim, fruto não só das inclinações, mas das circunstâncias, o mundo que conheceram foi, desde a Primeira Grande Guerra, à Segunda, e a outras dentro e fora de solo europeu, medido pela força dos extremos.

De nada serviria, portanto, explicar-lhes a ponderação, a cautela e o zelo, características tão necessárias à ordem internacional, se a sua cogitação lhes era perto do impossível. Para tanto era necessário que talvez tivessem vivido outra época, que estivessem imunes às exaltações das massas e afastados das suas próprias paixões. A realidade era outra. Estes pensadores vivos de França foram criados num tempo sem tempo, em que a força lhes era familiar e a prudência lhes era desconhecida.

Esta crítica empreendida àquela época, onde dominou o elemento externo da autodeterminação, serve para os dias de hoje e para a dimensão interna do direito, isto é, para aqueles que sob pretextos de ideologia tentam impedir a democracia: a vontade soberana do povo. Aqueles que propositadamente parecem querer confundir prudência com negligência.

¹⁴⁴ Poema que escolhemos para a epígrafe da dissertação. Cf. Couto, 2020, p. 283.

Nessa medida, louvamos o trabalho de tantos acadêmicos que, segundo o que nos parece, embora abordando o tema com a devida prudência, não deixam de reconhecer as falhas do sistema atual e de cada vez mais equacionarem a possibilidade de novos modelos. Um trabalho que tem como dever pensar e como mérito fazer pensar.

Quanto ao empreendido nesta investigação, podemos concluir que a autodeterminação, bela e impante, não nos chegaria, também a nós, sem expectativa e engano. Uma daquelas raras figuras que fazem viciar de igual modo os Homens, os Povos e os Estados. Tamanha é a sua abrangência e o seu mistério, que há inúmeras lacunas na sua interpretação, só superadas pelas nossas próprias insuficiências neste trabalho.

Que dizer das ambiguidades ainda existentes? Que dizer da explicação superficial a que submetemos esta matéria? A sensação que experimentamos será sempre votada a alguma pena e lamentação por tudo aquilo que ficou por dizer e por tudo aquilo que melhor podia ter sido dito.

Outro tanto se poderia dizer acerca da inexperiência de quem se propõe a analisar, e com a nossa manifesta confiança, uma obra tão estudada como *O Estrangeiro*. Mas se a nossa lucidez, em reflexão, nos permite ver a relatividade das nossas próprias conclusões, também nos tornará contentes por nos fazer sentir o regozijo do dever cumprido. Se atentarmos bem, iniciámos esta empresa com o objetivo de destacar a importância de uma abordagem interdisciplinar para refletir sobre o direito à democracia, e, em boa verdade, julgamos ter conseguido.

Resta-nos lembrar que se o Homem se determina por certas razões de índole abstrata, outras são-lhe fixadas pela natureza e incontornáveis. E honrar a escrita de Camus por ter sabido honrar o Homem do início ao fim e continuar a fazê-lo de lá para cá. Albert Camus foi um escritor, isto é, foi muito mais do que um só homem. Soube, em sombras de pranto, transpor o intransponível: a injustiça humana sob todas as suas formas.

Quanto a essa figura, mítica e eterna, do intelectual que se procura reinventar, dizemos...

Ele sabia, ele sabia, no fundo, ser igual a todos os outros: ter as mesmas fraquezas, as mesmas tentações. E, por muito que tentasse sentir-se menos humano, nunca conseguia. Era assumido em cada contradição. Sentia-se aterrado e sem força... para sair do abstrato, para viver... e nem ali, só, longe do Humano, se fez menos Homem. Por vezes, bastava um reflexo, um pensamento, para se lembrar da sua condição e aí reconhecia, aí lembrava: que o pior desarmamento, a pior nudez... é a espelhada.

Perante esse arrebatamento, um choro silente e milenário, velho como o tempo, velho como ele... ia enchendo o manso caudal. Manso, velho e milenário... como o sofrimento de todos os Homens.

Bibliografia

- AMRANI, A. (1990). *Jean-Paul Sartre and the Algerian revolution: 1954-1962*. Work carried out as part of a PhD, at the University of Glasgow.
- ARAÚJO, L. (1990). Albert Camus: Trinta anos depois. *Revista da Faculdade de Letras*, vol. 2, pp. 130-144.
- BAL, M. (1977). *Narratologie – Les instances du récit*. Paris: Éditions Klincksieck.
- BARTHES, R. (1994). *Barthes: Œuvres complètes, vol. 1, 1942-1965*. Paris: Éditions du Seuil.
- BENOIST, A. (1981). *Nova direita, nova cultura*. Lisboa: Edições Afrodite.
- BERMAN, P. (2005). From international law to law and globalization. *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 43, pp. 485-556.
- BLANCHOT, M. (1943). *Faux pas*. Paris: Éditions Gallimard.
- BORRALHO, M. (1984). *Camus*. Porto: Rés Editora.
- BOSCHETTI, A. (1985). *Sartre et “les temps modernes”*. Paris: Les Éditions de Minuit.
- BRANCHE, R. (2007). Torture of terrorists? Use of torture in a “war against terrorism”: Justifications, methods and effects: the case of France in Algeria, 1954-1962. *International Review of the Red Cross*, vol. 89, pp. 543-560.
- BRISVILLE, J-C. (1962). *Albert Camus*. Lisboa: Editorial Presença.
- BROWN, H. (2018). *French colonialism in Algeria: War, legacy, and memory*. Work carried out within the scope of the master’s degree, at Bucknell University.
- CALÇADA, M. (2012). Analysis of the Algerian war of independence: *Les événements*, a lost opportunity for peace. *Journal of Conflictology*, vol. 3, pp. 52-61.
- CAMUS, A. (2001). *Actualidades*. Lisboa: Contexto Editora.
- CAMUS, A. (1969). *A peste*. Lisboa: Edições Livros do Brasil.
- CAMUS, A. (1964). *Bodas em Tipasa*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro.
- CAMUS, A. (1989). *Carnets: III*. Paris: Éditions Gallimard Paris.
- CAMUS, A. (1958a). *Chroniques algériennes: 1939-1958*. Paris: Éditions Gallimard.
- CAMUS, A. (1958b). *Discours de Suède*. Paris: Éditions Gallimard.
- CAMUS, A. (1971). *L'étranger*. Paris: Éditions Gallimard.
- CAMUS, A. (2006a). *O estrangeiro*. Lisboa: Livros do Brasil.
- CAMUS, A. (2006b). *Œuvres complètes, vol. 1, 1931-1944*. Paris: Éditions Gallimard.
- CAMUS, A. (2002). *O mito de Sísifo*. Lisboa: Livros do Brasil.
- CAMUS, A. (1959). *Noces suivi de l'été*. Paris: Éditions Gallimard.
- CAMUS, A. (2019). *O homem revoltado*. Porto: Livros do Brasil.
- CASSESE, A. (1995). *Self-determination of peoples: A legal reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press.
- CASSESE, A. (2005). *International law*, 2.^a Edição. Oxford: Oxford University Press.
- CASSESE, A. (1986). *International law in a divided world*. Oxford: Clarendon Press.
- CHADWICK, E. (1996). *Self-determination, terrorism, and the international humanitarian law of armed conflict*. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers.

- CHRISTIANO, T. (2011). An instrumental argument for a human right to democracy. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 39, pp. 142-176.
- CIANFAGLIONE, N. (2009). *In search of justice: Political commitment, trauma, and memory in post-World War II French literature*. Work carried out within the scope of the master's degree, at The Division of Languages and Literature of Bard College.
- Commission on Human Rights. *Continuing dialogue on measures to promote and consolidate democracy*, E/CN.4/RES/2001/41, 23 de abril de 2001.
- Commission on Human Rights. *Promoting and consolidating democracy*, E/CN.4/RES/2000/47, resol. 2000/47, 25 de abril de 2000.
- Commission on Human Rights. *Promotion of the right to democracy*, E/CN.4/RES/1999/57, resol. 1999/57, 28 de abril de 1999.
- Conseil Constitutionnel. *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*.
- COUTO, M. (2020). *O mapeador de ausências*. Alfragide: Editorial Caminho.
- CRUICKSHANK, J. (1959). *Albert Camus and the literature of revolt*. London: Oxford University Press.
- DAVIES, H. (1987). *Algeria: Intellectual rivalries in time of war*. Cambridge University Press.
- DRAKE, D. (1999). Sartre, Camus and the Algerian war. *Sartre Studies International*, vol. 5, pp. 16-32.
- DUNN, J. (1989). *Algeria*. Cambridge University Press.
- FERREIRA, J. (1972). Sartre et la "littérature engagée". *Revista de Ciências do Homem*, vol. 5, pp. 5-14.
- FEUERLICHT, I. (1963). *Camus: L'étranger reconsidered*. Publications of the Modern Language Association, vol. 78, pp. 606-621.
- FISCH, J. (2015). *The right of self-determination of peoples: The domestication of an illusion*. Cambridge: Cambridge University Press.
- FONSECA, R. (2001). Autodeterminação, soberania e reforma institucional das Nações Unidas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 42, pp. 1027-1084.
- FOX, G. & ROTH, B. (2000). *Democratic governance and international law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- FRANCK, T.M. (1992). The emerging right to democratic governance. *The American Journal of International Law*, vol. 86, pp. 46-91.
- FRENCH, D. (2013). *Statehood and self-determination: Reconciling tradition and modernity in international law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- GARCÍA JIMENEZ, K. (1995). *La imagen narrativa*. Madrid: Editorial Paraninfo.
- GAUROY, F-X. (2010). *Albert Camus: Le soleil malgré tout*. Boulogne-Billancourt: Timée Éditions.
- GILABERT, P. (2012). Is there a human right to democracy? A response to Joshua Cohen. *Revista Latino-Americana de Filosofia Política*, vol. 1, pp. 1-37.

- Government of the French Republic (1963). Algerian national liberation front. Declarations concerning Algeria. Evian, March 19, 1962. *The American Journal of International Law*, vol. 57, pp. 716-748.
- HANNUM, H. (1996). *Autonomy, sovereignty, and self-determination: The accommodation of conflicting rights*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- HANNUM, H. (1993). Rethinking self-determination. *Virginia Journal of International Law*, vol. 34, pp. 1-69.
- HIGGINS, R. (2015). Democracy and the United Nations. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 4, pp. 215-225.
- HIGGINS, R. (1994). *Problems and process: International law and how we use it*. Oxford: Clarendon Press.
- INWOOD, B. (2008). *Oxford studies in ancient philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- JUDT, T. (2018). *O peso da responsabilidade: Blum, Camus, Aron e o século XX francês*. Lisboa: Edições 70.
- KANE, J. (2001). *Charles De Gaulle: The man of storms*. Cambridge University Press.
- KAPLAN, A. (2016). *En quête de L'étranger*. Paris: Éditions Gallimard.
- KELLY, M. J. (1999). Political downsizing: The re-emergence of self-determination, and the movement toward smaller, ethnically homogenous States. *Drake Law Review*, vol. 47, pp. 209-278.
- KELSEN, H. (2008). *The law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems*, 7.^a Edição. New Jersey: The Lawbook Exchange.
- KERR, R. (2020). Art, aesthetics, justice, and reconciliation: What can art do? *American Journal of International Law*, vol. 114, pp. 123-127.
- KERTZER, J. (2016). Literature and law: Consensus and the art of disagreement. *University of Toronto Quarterly*, vol. 85, pp. 1-24.
- KISSINGER, H. (1994). *Diplomacy*. New York: Simon & Schuster Paperbacks.
- KOHN, H. (1958). The United Nations and national self-determination. *The Review of Politics*, vol. 20, pp. 526-545.
- KRIVENKO, E. (2015). International law, literature and interdisciplinary. *Journal of Law and Humanities*, vol. 9, pp. 103-122.
- LAFORCADE, G. (2010). Hadj, Messali (1898-1974) and Algerian nationalism. In *The International Encyclopedia of Revolution and Protest*, pp. 1-5.
- LENIN, V. (1972). *Lenin's collected works*. Moscow: Progress Publishers.
- LOCKE, J. (2006). *Dois Tratados do Governo Civil*. Lisboa: Edições 70.
- LOPES, J. A. A. (2003). *Entre solidão e intervencionismo: Direito de autodeterminação dos povos e reacções de Estados terceiros*. Porto: Publicações Universidade Católica.
- LOPES, J. A. A. (2020a). *Regimes jurídicos internacionais, vol. I*. Porto: Publicações Universidade Católica.

- LOPES, J. A. A. (2020b). *Regimes jurídicos internacionais, vol. II: Questões, casos e materiais*. Porto: Publicações Universidade Católica.
- LOPES, J. A. A. (1999). *Textos históricos do Direito e das relações internacionais*. Porto: Publicações Universidade Católica.
- LYNCH, A. (2002). Woodrow Wilson and the principle of “national self-determination”: A reconsideration. *Review of International Studies*, vol. 28, pp. 419-436.
- MANELA, E. (2007). *The Wilsonian moment: Self-determination and the international origins of anticolonial nationalism*. New York: Oxford University Press.
- MARKS, S. (2011). What has become of the emerging right to democratic governance? *European Journal of International Law*, vol. 22, pp. 507-524.
- MATHIAS, D. (1978). *A felicidade em Albert Camus: Aproximação à sua obra*. Amadora: Livraria Bertrand.
- MCCARTHY, P. (2012). *Camus and the Algerian war*. Cambridge University Press.
- MENDES, A. (2014). *A existência exilada em Albert Camus*. Paris: Éditions Le Manuscrit.
- MEROM, G. (2003). *The French war in Algeria*. Cambridge University Press.
- MILLER, R. (2003). Self-determination in international law and the demise of democracy? *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41, pp. 601-648.
- MIRANDA, J. (2012). *Curso de Direito Internacional Público*, 5.^a Edição. Cascais: Princípia Editora.
- MONCADA, A. (1998). *Curso de Direito Internacional Público: I volume*. Coimbra: Livraria Almedina.
- MOREAU, J-L. (2010). *Camus: L'intouchable*. Paris: Éditions Écriture.
- MUSGRAVE, T. (1997). *Self-determination and national minorities*. Oxford: Oxford University Press.
- National Archives. *Declaration of Independence: A transcription*.
- NELSON, B. (2015). *Camus: A moral voice*. Cambridge University Press.
- PEREIRA, C. (2008). *O mito como terapia na obra de Albert Camus: Le premier homme*, Dissertação de Mestrado em Literaturas Românicas, Faculdade de Letras da Universidade do Porto.
- PEREIRA, M. (2018). *Textos de Direito Internacional*. Coimbra: Coimbra Editora.
- PLATÃO (2019). *Apologia de Sócrates*. Lisboa: Guimarães Editores.
- PONTECORVO, G. (1966). *La battaglia di Algeri*, Antonio Mussi e Yacef Saadi.
- QUANE, H. (1998). The United Nations and the evolving right to self-determination. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, pp. 537-572.
- ROBBE-GRILLET, A. (1963). *Pour un nouveau roman*. Paris: Les Éditions de Minuit.
- ROUSSEAU, J-J. (2008). *O contrato social*. S.l.: Círculo de Leitores e Temas e Debates.
- SÁENZ, M. (2019). “¿Qué puede aprender el derecho de la literatura?”: Notas sobre la importancia de la discusión derecho/literatura en el pensamiento jurídico. *Revista de la Facultad de Derecho*, vol. 82, pp. 437-454.
- SAÏD, E. (2000). *Culture et impérialisme*. Paris: Fayard Le Monde Diplomatique.

- SAPIRO, G. (2002). Alice Kaplan, Intelligence avec l'ennemi. Le procès Brasillach Paris, Gallimard, 2001, 305 p. *Annales, Histoire, Sciences Sociales*, vol. 57, pp. 1688-1691.
- SARTRE, J-P. (1970). *O escritor não é político?* Lisboa: Publicações Dom Quixote.
- SARTRE, J-P. (1980). *La responsabilité de l'écrivain*. Lagrasse: Éditions Verdier.
- SEN, A. (2006). *El valor de la democracia*. Barcelona: Ediciones de Intervención Cultural.
- SILVA, A. (1994). Estudos: Reencontro com Albert Camus. *Revista Filosófica de Coimbra*, vol. 3, pp. 161-185.
- SIMON, P-H. (1967). *O homem em processo: Malraux, Sartre, Camus, Saint-Exupéry*. Lisboa: Portugália Editora.
- TAHI, M. (1992). The arduous democratisation process in Algeria. *The Journal of Modern African Studies*, vol. 30, pp. 397-419.
- TESÓN, F. (2016). *The theory of self-determination*. Cambridge: Cambridge University Press.
- TOMUSCHAT, C. (1993). *Modern law of self-determination*. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers.
- TOMUSCHAT, C. (2006). *Secession and self-determination*. Cambridge University Press, pp. 23-45.
- TRIPODI, C. (2020). *"Hearts and minds" vs. French revolutionary war: Algeria 1954-62*. Cambridge University Press.
- VALENSI, L. (1982). John Talbott, The war without a name. France in Algeria, 1954-1962, Londres-Boston, Faber, and Faber, 1980, 306 p. *Annales, Histoire, Sciences Sociales*, vol. 37, pp. 842-843.
- VIGGIANI, C. (1956). *Camus' L'étranger*. Publications of the Modern Language Association, vol. 71, pp. 865-887.
- VIRCONDELET, A. (2010). *Albert Camus: Fils d'Alger*. S.l.: Librairie Arthème Fayard.
- VRDOLJAK, A. (2008). *Self-determination and cultural rights*. Martinus Nijhoff Publishers, pp. 41-78.
- WHELAN, A. (1994). Wilsonian self-determination and the Versailles settlement. *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, pp. 99-115.
- WINOCK, M. (2000). *O século dos intelectuais*. Lisboa: Terramar.
- WOOLSEY, T. (1919). Self-determination. *The American Journal of International Law*, vol. 13, pp. 302-305.
- ZIMA, P. (1982). *L'indifférence romanesque: Sartre, Moravia, Camus*. Paris: Le Sycomore.

A aplicação das Convenções sobre Dupla Tributação aos
impostos de saída
Análise no domínio das pessoas coletivas

Maria Manuela Gonçalves Manso

Sob orientação do Professor
Doutor João Sérgio Ribeiro

Agradecimentos

Ao Professor Doutor João Sérgio Ribeiro, por me ter orientado nesta jornada, por toda a disponibilidade e apoio na redação da dissertação.

À minha família, por tornar esta conquista possível, mas sobretudo por todo o amor e compreensão.

Aos meus amigos, porque sem eles chegar ao fim desta etapa não seria tão gratificante.

Resumo

Dada a tendência crescente de os Estados consagrarem mecanismos de tributação à saída nos seus ordenamentos jurídicos, a probabilidade de se verificar uma dupla tributação resultante da aplicação destes tributos é potenciada. Assim, urge responder à questão “As convenções de dupla tributação são aplicáveis aos impostos de saída?” – sendo este o objetivo do presente estudo.

A aplicação das convenções sobre dupla tributação dependerá de diferentes fatores, designadamente a modalidade do imposto de saída, entre outros.

Como não estamos perante uma questão consensual, propomo-nos analisar os argumentos contra e a favor da aplicação dos tratados fiscais aos impostos de saída, assim como averiguar a suficiência dos mecanismos corretivos.

Concluimos que a aplicação da CMOCDE apenas se equacionará caso sejam efetuadas alterações ao texto convencional para garantir a eficácia da tributação à saída e consequente compatibilidade com a CMOCDE.

Por fim, procuramos propor soluções para resolver este problema e eliminar a dupla tributação.

Palavras-chave: impostos de saída; *exit taxes*; dupla tributação; convenções sobre dupla tributação; *trailing taxes*; impostos de saída imediatos.

Abstract

Given States' growing tendency of incorporating exit taxation mechanisms into their legal order, the probability of double taxation due to the enforcement of these taxes is increased. Therefore, there is an urge to answer the question "Are double tax treaties applicable to exit taxes"? This is the aim of the present study.

The implementation of double tax treaties will depend on different factors, namely the modality of the exit tax, among others.

Since this is a non-consensual matter, we propose to analyse the arguments for and against the application of double tax treaties to exit taxes, as well as to assess the sufficiency of the corrective mechanisms. The conclusion is that the application of the MCOECD will only be considered in case changes are made to the conventional text in order to guarantee the efficacy of the exit taxation and consequent compatibility with the MCOECD.

Lastly, we propose solutions to solve this problem and eliminate double taxation.

Keywords: exit taxes; double taxation; double tax treaties; trailing taxes; immediate exit taxes.

Lista de siglas e abreviaturas

§/§§	Parágrafo/parágrafos
Ac.	Acórdão
AG	Advogado Geral
Art.	Artigo
AT	Administração Tributária
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i> (“Erosão da Base e Transferência de Lucros”)
CDT	Convenções de Dupla Tributação
CDT AS-LUX	Convenção sobre Dupla Tributação celebrada entre a África do Sul e o Luxemburgo
CDT CA-HOL	Convenção sobre Dupla Tributação celebrada entre o Canadá e a Holanda
CDT HOL-RU	Convenção sobre Dupla Tributação celebrada entre a Holanda e o Reino Unido
CDT PT-CA	Convenção sobre Dupla Tributação celebrada entre Portugal e o Canadá
CE	Comissão Europeia
Cf.	Conforme
CIRC	Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
CMOCDE	Convenção Modelo da OCDE
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades comerciais
CV69	Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
DAE	Diretiva (EU) 2016/1164, Diretiva anti-elisão
DUE	Direito da União Europeia
EE	Estabelecimento estável
EEE	Espaço Económico Europeu
EM	Estados-Membros
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
LE	Liberdade de estabelecimento
LGT	Lei Geral Tributária
n.º	Número
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
p. /pp.	Página/páginas
RL	Resultado líquido
SCA	Supreme Court of Appeal of South Africa
ss.	Seguintes
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UCP-CRP	Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto
UE	União Europeia
v.g.	Por exemplo

Índice

Introdução	7
Capítulo 1. Enquadramento inicial	9
1.1. O elemento de conexão residência	9
1.1.1. Consequências da alteração da residência fiscal	9
1.1.1.1. Teoria da incorporação	10
1.1.1.2. Teoria da sede real	11
1.2. Impostos de saída	12
1.2.1. Noção	12
1.2.2. Tipologia dos impostos de saída	14
1.2.2.1. Impostos de saída imediatos	14
1.2.2.2. Impostos que estendem a incidência tributária	15
1.2.2.3. Impostos que visam a devolução de deduções fiscais	16
1.2.3. Impostos de saída no ordenamento português	16
1.2.3.1. Breve análise dos arts. 83.º e 84.º CIRC	17
1.3. Dupla tributação	19
1.3.1. Medidas unilaterais	20
1.3.1.1. Método da isenção	20
1.3.1.2. Método da imputação	20
1.3.2. Medidas bilaterais: a CMOCDE	21
Capítulo 2. Análise da compatibilidade da CMOCDE com os impostos de saída	23
2.1. Qualificação convencional de rendimento	23
2.2. A aplicação da CMOCDE	24
2.2.1. Art. 13.º CMOCDE	25
2.2.2. Art. 21.º CMOCDE	29
2.2.3. Art. 7.º CMODE	29
2.3. Apreciação crítica: a questão da residência e a (in)suficiência dos mecanismos corretivos	30
Capítulo 3. Argumentos contra a aplicação da CDT	33
3.1. Questão estritamente nacional	33
3.2. Inexistência da dupla tributação jurídica	34
3.3. Uso abusivo de convenções	36
Capítulo 4. Apreciação global	40
4.1. A CMOCDE é aplicável aos impostos de saída?	40
4.2. Propostas para eliminar a dupla tributação	41
Conclusões	44
Bibliografia	46

Nota introdutória

Desde que foram introduzidos no ordenamento jurídico, os impostos de saída representam um tema polémico, tendo suscitado discussões acerca da sua compatibilidade com as liberdades fundamentais decorrentes do DUE, do seu papel enquanto mecanismo de combate à evasão fiscal ou até o impacto que a DAE, em particular no que concerne os impostos de saída, teria na legislação interna. Contudo, tais questões foram sobejamente discutidas, pelo que cremos que o estudo dos impostos de saída sob a perspectiva das CDT permitirá um desenvolvimento diferente dos realizados até então, sobretudo tendo em consideração a escassez de estudos aprofundados nesta matéria.

Conforme desenvolveremos, os impostos de saída podem ser aplicados a pessoas singulares ou coletivas. A presente dissertação focar-se-á apenas nas pessoas coletivas, visto ser neste âmbito que se verificam mais desenvolvimentos, para além de o TJUE conferir um menor grau de proteção às pessoas coletivas¹. Contribuiu ainda para a delimitação negativa desta dissertação o facto de o nível de harmonização nos impostos diretos – como é o caso dos impostos de saída – ser “demasiado incipiente” no que concerne às pessoas singulares².

Quando há lugar à liquidação de um imposto de saída *stricto sensu*, considera-se a totalidade dos ativos da pessoa coletiva para apuramento do imposto no momento imediatamente anterior à emigração societária. Assim, as mais-valias serão tributadas mesmo que não tenham sido realizadas. Pode suceder que a pessoa coletiva, uma vez estabelecida no novo Estado de residência, decida realizar a mais-valia – não havendo, no entanto, qualquer garantia de que o faça – e, nesse cenário, a falta de harmonização entre as legislações dos Estados poderá conduzir à dupla tributação desse rendimento – o que, apesar de não ser proibido, não é desejável³.

Deste modo, surge a nossa questão de investigação: “As convenções de dupla tributação são aplicáveis aos impostos de saída?”. A pertinência e atualidade desta questão deve-se à tendência crescente de adoção destes tributos pelos Estados, potenciada também pelo fim do prazo de transposição da DAE⁴. Pelo exposto, a dupla tributação é cada vez mais provável, pelo que urge perceber se as CDT são aplicáveis aos impostos de saída – sendo este o principal objetivo do nosso estudo.

¹ Ribeiro, 2019, p. 21.

² *Ibidem*.

³ Vogel, 1986, p. 8.

⁴ Cf. Art. 11.º, n.º 5 DAE.

Metodologia e bibliografia

A investigação subjacente à presente dissertação será direcionada, sobretudo, para a pesquisa e revisão bibliográfica.

Conforme referimos, os estudos nesta matéria são escassos e, apesar de a doutrina não se pronunciar frequente e diretamente sobre a nossa questão de investigação, cremos que os estudos realizados até à data são imprescindíveis para tirarmos as nossas ilações. Apesar de não procedermos à análise jurisprudencial relativa à evolução dos impostos de saída, consideramos que os acórdãos nesta matéria são essenciais para a compreensão dos impostos de saída e consequente análise do tema da dissertação, pelo que também servirão de base ao nosso estudo.

Na redação da dissertação seguimos o manual de estilo da UCP-CRP.

Estrutura

A estrutura adotada consistirá na divisão da dissertação em quatro capítulos.

No primeiro capítulo tencionamos proceder a uma delimitação de conceitos-chave que nos acompanharão ao longo deste estudo, esclarecendo-os.

Nos dois capítulos seguintes iremos efetuar uma análise crítica dos argumentos a favor e contra a aplicação da CMOCDE aos impostos de saída.

Por fim, no quarto capítulo, iremos sugerir alternativas que visam facilitar a eliminação da dupla tributação no contexto da emigração societária.

Capítulo 1. Enquadramento inicial

1.1. O elemento de conexão residência

A existência de relações jurídico-fiscais plurilocalizadas, fruto da internacionalização, faz surgir a necessidade de os Estados adotarem critérios de conexão (v.g. residência, fonte ou nacionalidade) que liguem o rendimento a tributar ao Estado com tal pretensão tributária⁵. A maioria dos Estados adota o critério da residência⁶, que se traduzirá na tributação do rendimento global auferido pelos seus residentes – sendo que este critério normalmente surge associado ao critério da fonte para tributação dos não residentes⁷⁸.

Quando a pessoa coletiva emigra e altera a sua residência fiscal, o Estado de saída deixa de ter legitimidade para tributar o rendimento global porque cessa o elemento de conexão que legitimava tal tributação. Deste modo, a receita que poderia ser arrecadada no futuro pelo Estado deixa de o poder ser, pois o contribuinte levou consigo a sua “capacidade de gerar rendimento”⁹ – assim, a emigração¹⁰ gera perda de receitas fiscais para o Estado de saída.

À semelhança da maioria dos sistemas fiscais¹¹, o CIRC¹² exige para a verificação da condição de residente fiscal que o sujeito passivo preencha uma de duas condições: ter sede ou direção efetiva em Portugal. Pelo exposto, na maioria dos ordenamentos, a mudança da sede estatutária não bastará para alterar a residência fiscal.

Em Portugal, caso a pessoa coletiva altere a sua sede estatutária e direção efetiva para outro Estado, irá haver liquidação de um *exit tax* de modo a garantir que o Estado de emigração arrecada a receita tributária¹³.

1.1.1. Consequências da alteração da residência fiscal

Antes de discutirmos os efeitos fiscais desencadeados pela emigração societária, coloca-se a questão de saber se a alteração da sede estatutária conduz à perda da personalidade jurídica da sociedade.

Esta questão coloca-se, pois, caso haja perda da personalidade jurídica, não haverá um sujeito passivo a quem ligar os efeitos fiscais que discutimos na presente

⁵ Azevedo, 2017, p. 31.

⁶ Beretta, 2019, p. 199.

⁷ Ribeiro, 2018, p. 417.

⁸ No caso português tal verifica-se, por exemplo, no domínio do IRC *Vide* art. 4.º, n.º 1 CIRC.

⁹ Ribeiro, 2018, p. 417.

¹⁰ Apesar de pouco rigoroso, utilizaremos este termo como sinónimo de alteração da residência fiscal por entendermos que facilita a leitura da dissertação.

¹¹ Ribeiro, 2019, p. 40.

¹² Cf. Art. 2.º, n.º 3 CIRC.

¹³ Peeters, 2017, p. 122.

dissertação¹⁴. Importa mencionar que a emigração não suscitará problemas quando o Estado de emigração não considerar a mudança de residência fiscal um facto gerador de imposto – mas tal não é comum, visto que normalmente há lugar à tributação à saída¹⁵.

As sociedades são criações da ordem jurídica nacional e existem através desse mesmo ordenamento, que determina as regras¹⁶ que lhe são aplicáveis no que concerne a sua constituição, funcionamento e extinção¹⁷. No entanto, devido à falta de harmonização do DUE no que concerne à manutenção da personalidade jurídica societária em caso de alteração internacional da sede, existe uma disparidade entre as legislações dos EM relativamente ao elemento de conexão adotado para determinar a lei reguladora da sociedade – *lex societatis*¹⁸ – e que determinará se é possível mudar a sede para outro Estado e simultaneamente manter a personalidade jurídica.

Neste sentido, os Estados podem optar por moldar as suas regras de acordo com a teoria da incorporação ou da sede real¹⁹. Assim, se é possível que a legislação de um EM determine a extinção da pessoa coletiva com base na emigração, por maioria de razão também pode permitir a tributação da deslocalização – tolerando-se assim a adoção de *exit taxes*²⁰.

Contrapõem-se, então, duas situações: a sociedade transfere a sede sem alteração do direito aplicável ou, ao emigrar, passa a ter de revestir a forma prevista no direito nacional do Estado de acolhimento. Importa mencionar que o facto de um Estado impedir que uma sociedade constituída no seu ordenamento jurídico possa preservar a personalidade jurídica quando altera a sua sede para outro ordenamento é compatível com a LE²¹, conforme resulta do Ac. *Cartesio*²².

1.1.1.1. Teoria da incorporação

Segundo a teoria da incorporação, o elemento de conexão que determina a *lex societatis* corresponde à sede estatutária da pessoa coletiva. Tal significa que a sociedade mantém a personalidade jurídica desde que a sua sede estatutária permaneça no Estado onde a sociedade foi constituída – pelo que a lei aplicável não será afetada se a direção efetiva vier a ocorrer no estrangeiro²³.

¹⁴ Ribeiro, 2019, p. 43.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 40-43.

¹⁶ Estas regras corresponderão à “*lex societatis*”.

¹⁷ Ac. *Daily Mail* (§ 19) e Ac. *Cartesio* (§ 110).

¹⁸ Frada, 2009, p. 3.

¹⁹ Ribeiro, 2019, p. 41.

²⁰ Dourado, 2017, p. 117.

²¹ Vide arts. 49.º e 54.º TFUE. Peeters, 2013, p. 511.

²² Ac. *Cartesio* (§§ 34, 110 e 124). Vide também Pichel, 2013, p. 25. Panayi, 2009, p. 469.

²³ Brilman, 2013, p. 42.

Assim, a emigração não conduzirá à liquidação societária se a pessoa coletiva continuar a ter a sede estatutária no Estado onde foi constituída, pelo que é possível haver lugar à tributação à saída desde que a alteração da direção efetiva determine a perda de residência fiscal no Estado de constituição da sociedade.

A teoria da incorporação encara a *lex societatis* como um resultado da autonomia privada, visto que a pessoa coletiva pode escolher a lei que a regula, mesmo que a sua direção efetiva seja no estrangeiro²⁴. Pelo exposto, esta teoria coaduna-se com a mobilidade societária e, como tal, é compatível com a lógica de funcionamento do mercado interno.

1.1.1.2. Teoria da sede real

A teoria da sede real tem em comum com a teoria da incorporação o facto de ambas considerarem que a *lex societatis* corresponde à lei do Estado onde a sociedade foi constituída²⁵. No entanto, a teoria da sede real exige que a direção efetiva se situe no Estado de constituição da sociedade, impondo uma ligação estreita com o Estado e que corresponde a um entrave à mobilidade societária²⁶.

Uma sociedade constituída num Estado onde impere esta teoria não pode ter direção efetiva no estrangeiro sem que isso implique a sua dissolução e a necessidade de se constituir *ex novo* no Estado de imigração²⁷. Havendo dissolução societária, a sociedade será liquidada e haverá lugar à partilha aos sócios do património societário, culminando na tributação do ativo na íntegra – o que, substancialmente, é equivalente ao efeito da tributação à saída²⁸.

Até ao surgimento da DAE – que impõe a tributação à saída no âmbito da UE em determinadas circunstâncias – se os EM quisessem evitar a jurisprudência do TJUE no domínio da tributação à saída, bastar-lhes-ia alterar a sua lei e adotar a teoria da sede real, forçando a liquidação societária. No entanto, com a harmonização que atualmente se verifica na tributação à saída, os EM deixaram de adotar esta teoria com esse intuito, visto que a transposição da DAE é obrigatória.

Apesar de esta teoria ter o intuito de combater comportamentos que visam evitar a aplicação da *lex societatis*, assim como proteger os interesses dos credores societários, entendemos que atualmente pode ser algo obsoleta devido ao facto de, graças à globalização, a direção efetiva de uma sociedade poder ser em qualquer lugar do mundo sem que tal tenha qualquer intuito de evitar a lei reguladora da situação societária²⁹.

²⁴ Frada, 2009, p. 5.

²⁵ *Ibidem*, p. 6.

²⁶ Brilman, 2013, p. 42.

²⁷ Ribeiro, 2019, p. 41.

²⁸ Nogueira, 2010, p. 13.

²⁹ Frada, 2009, p. 9.

Cumpra mencionar que Portugal adota esta teoria³⁰ de modo mitigado³¹, pois, apesar de permitir a manutenção da personalidade jurídica quando há alteração da direção efetiva e sede societária para outro Estado, associa à emigração o *exit tax*, que funcionará, essencialmente, como uma liquidação, visto que incide sobre mais-valias latentes. Caso não houvesse esta atenuação da teoria da sede real, não seria possível a liquidação de impostos de saída no CIRC.

1.2. Impostos de saída

1.2.1. Noção

Os impostos de saída surgem devido à emigração do contribuinte, visto que esta circunstância contraria a expectativa do Estado de saída de vir a tributar os rendimentos daquele sujeito passivo que era seu residente fiscal.

Relativamente ao elemento subjetivo do *exit tax*, este recai sobre pessoas singulares e coletivas que deixem de ser residentes fiscais no Estado de emigração, independentemente da duração da sua residência. Conforme referimos anteriormente, na presente dissertação focar-nos-emos apenas nas pessoas coletivas, dado que é neste domínio que existe maior incerteza e complexidade³².

No que concerne ao elemento objetivo do imposto, a maioria da doutrina tende a considerar que a sua dimensão material corresponde à transferência da residência fiscal do sujeito passivo. Todavia, Tomás Tavares³³ considera que a deslocalização societária *per se* não desencadeia a tributação à saída, resultando esta da deslocalização societária associada à cessação da atividade nesse Estado – e da desafetação dos ativos à atividade empresarial –, que se traduzirá na incapacidade de gerar lucros naquele Estado³⁴.

Deste modo, os pressupostos de aplicação do *exit tax* relacionam-se com as expectativas de um Estado em relação aos seus residentes fiscais. Por um lado, destaca-se a inatingibilidade do rendimento, visto que com a emigração o Estado de saída pode perder a competência para tributar aquele rendimento quando auferido por um não residente³⁵. Por outro lado, ainda que o Estado mantenha a competência para tributar aquele rendimento, este pode passar a tributar o sujeito passivo enquanto Estado da fonte – deixando de o tributar pelo seu rendimento global devido à alteração da natureza da obrigação fiscal³⁶. Neste sentido, a diferença de tributação entre residentes e não

³⁰ Vide art. 3.º, n.º 2 CSC.

³¹ Vide art. 3.º, n.º 4 CSC. À semelhança de Portugal, muitos países optam pela adoção de elementos de ambas as teorias. Cf. Nogueira, 2010, p. 13.

³² Cf. Braga, 2011, p. 6.

³³ Tavares, 2018, p. 304.

³⁴ Deste modo, tributa-se a saída da sociedade como se houvesse uma liquidação da mesma para efeitos fiscais Cf. *Ibidem*.

³⁵ Courinha, 2020, p. 157.

³⁶ *Ibidem*.

residentes faz surgir a necessidade de introdução de *exit taxes* nos ordenamentos jurídicos dos Estados de emigração para neutralizar os efeitos da deslocalização societária³⁷.

Pelo exposto, Courinha considera os impostos de saída, *lato sensu*, “tributos associados às situações fácticas de emigração dos contribuintes, por meio dos quais atribuem efeitos fiscais à perda da qualidade de residente do sujeito passivo, quando dessa perda resulte para um Estado a perda da sua competência fiscal de base universal”³⁸.

Visto que os impostos de saída configuram um obstáculo à LE^{39 40}, até à adoção da DAE, o TJUE⁴¹ admitia a possibilidade de os EM adotarem estes tributos com o intuito de garantir a repartição equilibrada do poder tributário à luz do princípio da territorialidade numa vertente temporal⁴², desde que a medida fosse proporcional e adequada ao objetivo visado. Atualmente, os impostos de saída existem no contexto do DUE devido à transposição da DAE, que obriga os EM à sua adoção com o intuito de tributar as pessoas coletivas onde elas realmente geram lucros e criam valor, prevenindo a erosão da base tributária dos Estados. Neste sentido, a lógica utilizada pelos Estados para defender a tributação à saída nos seus ordenamentos coincide com a atual *ratio* que os obriga a adotar esses tributos⁴³.

Apesar de a motivação subjacente à consagração dos impostos de saída não ser o enfoque da presente dissertação, importa mencionar que, independentemente da justificação que lhes subjaz, os *exit taxes* podem dar azo a situações de dupla tributação – sendo este o nosso objeto de estudo.

A potencial dupla tributação emergente da tributação à saída resulta da divergência do método de cálculo da mais- ou menos-valia utilizado pelo Estado de imigração associada à consagração de um imposto de saída pelo Estado da emigração. Isto porque, apesar de o Estado de emigração poder defender a sua base tributária como lhe aprouver, condicionando a deslocalização societária, o Estado de imigração não está obrigado a adotar um mecanismo *step-up*, que se consubstanciaria na aceitação de um valor de aquisição do ativo diferente do seu verdadeiro custo de aquisição. Deste modo, o exercício da soberania tributária do Estado da emigração na conformação da sua base

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Courinha, 2020, pp. 157-158.

³⁹ Dourado, 2017, p. 113.

⁴⁰ Esta restrição resulta no tratamento fiscal desfavorável conferido às sociedades que exercem a sua LE – alterando a sua residência fiscal para outro EM – e que, por isso, são tributadas pelas mais-valias latentes, em oposição às sociedades que não alteram a sua residência fiscal e só são tributadas pelas mais-valias efetivamente realizadas. Esta situação cria uma situação de desvantagem de tesouraria para as sociedades emigrantes, dissuadindo-as de exercer esta liberdade fundamental.

⁴¹ Vide Ac. *Verder LabTec* (§§ 40-48), Ac. *N* (§ 42), Ac. *National Grid Indus* (§ 46).

⁴² Peeters, 2017, p. 123.

⁴³ Cf. Considerando 10 da DAE. *Ibidem*.

tributária não implica que o Estado de imigração tenha de adotar o mesmo critério de valoração do ativo e, como tal, isso pode conduzir à sobreposição da base tributária, gerando dupla tributação do rendimento em causa.

1.2.2. Tipologia dos impostos de saída

Os *exit taxes lato sensu* podem ser objeto de diferentes classificações. Todavia, aquela que é comumente referida corresponde à classificação tripartida⁴⁴ defendida por Betten⁴⁵, que distingue os impostos de saída consoante o *modus operandi*.

De acordo com a teoria de Betten, podem existir três tipos de impostos de saída: impostos de saída *stricto sensu*⁴⁶, impostos de saída que alargam a incidência fiscal⁴⁷ e, por fim, impostos de saída que visam a devolução de deduções fiscais⁴⁸. Tendencialmente, o *exit tax* enquadrar-se-á dentro de alguma das modalidades elencadas⁴⁹.

1.2.2.1. Impostos de saída imediatos

Os impostos de saída *stricto sensu* correspondem a tributos desencadeados pela iminência da perda de qualidade de residente fiscal do sujeito passivo e em que se ficciona a realização do ativo da pessoa coletiva⁵⁰ – o que inclui as mais-valias latentes⁵¹ (*hidden reserves*). Deste modo, os Estados que adotem esta modalidade de *exit tax* podem tributar as mais-valias geradas no seu território, mesmo que estas ainda não tenham sido efetivamente realizadas⁵².

A ficção de realização do ativo molda a incidência objetiva do imposto, visto que a sua construção jurídica irá considerar uma alienação que não se verifica, ficcionando a capacidade contributiva do sujeito passivo⁵³ e permitindo que o Estado de saída acautele as mais-valias resultantes da possível transmissão do ativo após a emigração⁵⁴.

Em suma, esta modalidade de imposto opera através de uma imputação *ex lege* no momento imediatamente anterior à emigração do sujeito passivo, resultando na tributação dos ganhos latentes relativos a determinados bens aquando da iminência da perda de residência num concreto ordenamento fiscal.⁵⁵

⁴⁴ Ribeiro, 2018, pp. 418-420.

⁴⁵ Betten, 1998, p. 435.

⁴⁶ Também designados impostos de saída puros ou imediatos.

⁴⁷ Também designados *trailing taxes* ou impostos de perseguição.

⁴⁸ Também designados *clawback taxes* ou impostos de recaptura.

⁴⁹ Courinha, 2020, p. 161.

⁵⁰ Courinha, 2020, p. 164.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 163-167.

⁵² Cf. Ac. *National Grid Indus* (§ 49).

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 155.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 198.

Relativamente ao método de apuramento do imposto, a deslocalização da residência fiscal internacional é tributada pela diferença entre o valor de mercado dos ativos detidos pelo sujeito aquando da emigração e o respetivo custo contabilístico da aquisição⁵⁶. Pelo exposto, uma posterior valorização ou desvalorização do ativo não é relevante para o Estado de saída⁵⁷.

Nesta categoria de tributação à saída, é possível distinguir entre duas modalidades: impostos de saída imediatos gerais ou parciais. No caso de serem gerais, estes tributos incidem sobre a totalidade do ativo da pessoa coletiva, incidindo sobre todas as mais-valias latentes do sujeito passivo. Relativamente aos impostos de saída imediatos parciais, estes são utilizados por Estados que não tributam toda e qualquer mais-valia não realizada pelos sujeitos passivos, pelo que incidem sobre determinadas mais-valias potenciais⁵⁸.

1.2.2.2. Impostos que estendem a incidência tributária

Esta modalidade de tributação à saída traduz-se no alargamento da incidência subjetiva do imposto através da manutenção da condição de residente fiscal da sociedade emigrante, apesar de esta já não apresentar qualquer ligação ao Estado de saída⁵⁹. Através deste mecanismo, os Estados de emigração conseguem manter a sua pretensão tributária intacta durante um determinado período após a emigração – normalmente até cinco ou dez anos⁶⁰.

Pelo exposto, os *trailing taxes* incidem apenas sobre rendimento realizado, sendo apenas exigidos no momento da efetiva disposição do ativo – diferindo das restantes modalidades de tributação à saída, cuja dimensão material do elemento objetivo do facto tributário corresponde à emigração e não à realização do ativo.

Este tributo pode ser distinguido consoante estenda a incidência tributária de modo limitado ou ilimitado⁶¹. Na primeira hipótese, a sociedade apenas será tributada por rendimentos de fonte no Estado de emigração, cingindo a obrigação tributária a uma lógica de territorialidade. No que concerne aos impostos de saída que estendem ilimitadamente a incidência, o contribuinte estará sujeito a imposto de saída pela realização de quaisquer mais-valias que realize após a emigração.

Entendemos que os *trailing taxes* não correspondem a verdadeiros *exit taxes*. A adoção desta posição deve-se ao facto de o imposto de saída ser liquidado não devido à

⁵⁶ Tavares, 2018, pp. 291-293.

⁵⁷ Zernova, 2011, p. 472.

⁵⁸ Betten, 1998, p. 435.

⁵⁹ Deste modo, o recurso a esta modalidade de *exit tax* tem os mesmos efeitos práticos que a adoção do critério de conexão nacionalidade para efeitos de tributação. Cf. Ribeiro, 2018, p. 420.

⁶⁰ Beretta, 2019, p. 101.

⁶¹ Chand, 2013, p. 4.

emigração do sujeito passivo, mas devido à alteração do critério de residência no Estado de emigração, através da ficção de manutenção de residência que permite que esse Estado tenha competência para tributar aqueles rendimentos aquando da sua efetiva realização⁶².

1.2.2.3. Impostos que visam a devolução de deduções fiscais

Este tipo de impostos visa evitar que os sujeitos que beneficiaram de deduções ou de adiamento no pagamento dos seus impostos emigrem sem que esses benefícios sejam devidamente compensados. Assim, associa-se à emigração a desconsideração das vantagens concedidas no pressuposto da manutenção da residência.^{63 64}

No caso dos impostos de saída que visam a devolução de deduções, a tributação consistirá na recaptura dos valores anteriormente deduzidos⁶⁵.

Alternativamente, quando não há a devolução do benefício *per se*, a estatuição da norma que consagra este tipo de mecanismo pode prever um tratamento fiscal mais oneroso para o contribuinte, de natureza compensatória para o Estado, com vista a neutralizar financeiramente as perdas de receita decorrentes da concessão da vantagem⁶⁶.

1.2.3. Impostos de saída no ordenamento português

A fiscalidade direta não se encontra harmonizada no seio do DUE, visto que os Estados têm alguma renitência em abdicar deste último reduto da sua soberania tributária. Contudo, verifica-se alguma harmonização setorial, designadamente no que concerne aos *exit taxes*, devido à transposição da DAE.

A DAE estabelece um *minimus*⁶⁷ de proteção, permitindo que os Estados adotem medidas mais restritivas do que as consagradas na diretiva⁶⁸. No entanto, no domínio dos impostos de saída, esta proteção corresponde a um *maximus*, já que dificilmente algum EM conseguirá adotar medidas mais severas do que as consagradas no art. 5.º DAE, visto que estará sempre balizado pelas liberdades fundamentais da UE e jurisprudência do TJUE⁶⁹.

Até ao surgimento da DAE, o TJUE definia as condições em que poderia haver liquidação de *exit taxes* pelos EM. No entanto, a DAE consolida os principais

⁶² Silva, 2013, p. 29.

⁶³ Ribeiro, 2018, p. 420.

⁶⁴ Courinha, 2020, p. 174.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Art. 3.º DAE.

⁶⁸ Cf. Art. 5.º DAE. Peeters, 2017, pp. 123-124.

⁶⁹ *Ibidem*.

desenvolvimentos nesta matéria⁷⁰, consagrando a obrigatoriedade⁷¹ da adoção deste mecanismo pelos EM.

Pelo exposto, consideramos pertinente proceder a uma breve análise dos impostos de saída consagrados nos arts. 83.º e 84.º CIRC, visto que, devido à transposição da DAE, estas disposições hão de ser consideravelmente semelhantes às normas consagradas nos outros EM.

Portugal transpôs a DAE através da Lei n.º 32/2019 de 3 de maio. Contudo, os *exit taxes* foram introduzidos no ordenamento português em 2004, pelo que, apesar da inexistência de harmonização, as normas portuguesas tinham de respeitar os imperativos do DUE⁷².

Deste modo, a transposição da DAE resultou em alterações de pequena dimensão às normas portuguesas que consagravam a tributação à saída, dado que estas estiveram sob o crivo do TJUE de modo a garantir que o Estado português exercia a sua competência tributária em conformidade com o DUE, respeitando as liberdades fundamentais⁷³.

1.2.3.1. Breve análise dos arts. 83.º e 84.º CIRC

Antes de procedermos a uma breve análise do regime de tributação à saída consagrado no CIRC, cumpre qualificar os *exit taxes* consagrados nestas disposições.

Estes tributos correspondem a impostos de saída puros, visto que o imposto é liquidado no momento imediatamente anterior à saída, antes de o sujeito passivo perder a condição de residente em Portugal. Assim, a iminência da perda da residência fiscal demarca o momento em que surge a matéria coletável⁷⁴. Os *exit taxes* consagrados nos artigos em análise correspondem a impostos de saída imediatos gerais, uma vez que a previsão das normas incide sobre a totalidade das mais-valias latentes da pessoa coletiva.

De acordo com o art. 83.º CIRC, as sociedades com sede ou direção efetiva em Portugal que cessem a atividade em território português em virtude da alteração de residência fiscal estarão sujeitas a tributação à saída, de modo a neutralizar os efeitos desta operação.

Assim, a tributação terá em consideração as mais- e menos-valias da sociedade até ao momento da emigração, ainda que não estejam expressas na contabilidade – pelo que serão consideradas as mais-valias latentes dos ativos que, económica ou fisicamente, são

⁷⁰ Estes desenvolvimentos verificam-se sobretudo nos acórdãos *National Grid Indus*, *Verder Lab Tec e DMC*. Vide Peeters, 2017, p. 128.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 128-130.

⁷² Ac. *Schumacker* (§ 21), *Brisal* (§ 36) e *Bukovansky* (§ 37).

⁷³ Ac. *Saint-Gobain* (§ 58). Tavares, 2018, p. 293.

⁷⁴ Courinha, 2020, p. 163.

transferidos para outra jurisdição⁷⁵. Pelo exposto, devemos acrescentar ou deduzir ao RL do período em que se deu a emigração – consoante estejamos perante uma mais- ou menos-valia – o resultado da diferença entre o valor de mercado e o valor fiscalmente relevante dos elementos patrimoniais da pessoa coletiva.

Caso o sujeito passivo altere a sua residência fiscal para outro EM ou para um Estado que integre o EEE, existem duas modalidades de pagamento a que pode recorrer. Assim, o imposto poderá ser pago de imediato⁷⁶ e a pessoa coletiva pagará o valor de imposto apurado na declaração periódica de rendimentos relativa ao período em que se verificou a cessação de atividade. No entanto, resulta da jurisprudência do TJUE⁷⁷ que a exigência de pagamento imediato é manifestamente desproporcional⁷⁸, pelo que foi consagrada a possibilidade de pagamento diferido em frações de igual montante ao longo de 5 anos⁷⁹. A opção por esta modalidade de pagamento implicará o vencimento de juros⁸⁰ e, caso a AT entenda que existe um fundado receio de frustração na cobrança do crédito, poderá ser exigida a prestação de uma garantia bancária⁸¹. Existindo a falta de pagamento de alguma prestação, as prestações seguintes vencem-se e haverá lugar à instauração de um processo de execução fiscal pelo total da dívida⁸².

Não haverá tributação à saída sobre os elementos patrimoniais que permaneçam afetos a um EE da entidade emigrante situado em Portugal, desde que estes contribuam para o lucro tributável do EE e que estejam registados pelos mesmos valores que detinham antes da emigração. Neste caso, o lucro tributável será calculado de acordo com o disposto no art. 74.º, n.º 4 CIRC⁸³. Por fim, os prejuízos fiscais anteriores à cessação de atividade podem ser deduzidos ao lucro tributável imputado ao EE na proporção do valor de mercado dos elementos patrimoniais afetos ao EE⁸⁴, verificando-se assim um regime de neutralidade fiscal que, caso não se observasse, colocaria em causa a LE secundária⁸⁵.

A exceção à tributação à saída verifica-se porque a hipótese em análise não origina a perda do poder tributário por parte do Estado de saída, não se justificando a tributação dos rendimentos potenciais. No entanto, esta exceção não se aplica quando estiver em causa uma construção puramente artificial que tenha como objetivo principal – ou um

⁷⁵ Marques, 2020, p. 762.

⁷⁶ Vide art. 83.º, n.º 2, al. a) CIRC.

⁷⁷ Vide *Ac. National Grid Indus* (§73), Comissão/Portugal (§§ 31-32).

⁷⁸ Peeters, 2017, pp. 123-125. A desproporcionalidade é evidenciada pelo facto de o pagamento diferido permitir ao Estado acautelar a possível realização de uma mais-valia futura e, simultaneamente, não comportar uma desvantagem de fluxo de caixa tão acentuada para a sociedade emigrante.

⁷⁹ Vide art. 83.º, n.º 2, al. c) CIRC.

⁸⁰ Vide art. 83.º, n.º 3 e 104.º, n.º 1, al. b) CIRC.

⁸¹ Vide art. 83.º, n.º 4 CIRC.

⁸² Vide art. 103.º LGT e arts. 148.º e ss. CPPT *ex vi* 83.º, n.º 8 CIRC.

⁸³ *Ex vi* art. 8.º, n.º 11 CIRC.

⁸⁴ Art. 15.º CIRC *ex vi* art. 83.º, n.º 12 CIRC.

⁸⁵ Tavares, 2018, p. 293.

dos principais – a evasão fiscal. Tal sucederá quando estiver em causa uma operação que não foi realizada por razões económicas válidas, tendo como finalidade beneficiar de vantagens fiscais⁸⁶. Aí, a AT procederá a uma liquidação adicional, pelo facto de a pessoa coletiva usar a isenção de tributação à saída como forma de evasão fiscal⁸⁷.

No que concerne o art. 84.º CIRC, este remete para a aplicação do art. 83.º CIRC – com as devidas adaptações – quando um EE de uma entidade não residente, situado em território português, cesse a sua atividade em Portugal⁸⁸ ou quando exista transferência de elementos patrimoniais (a título material ou jurídico)⁸⁹ para fora do território português.

Estas circunstâncias correspondem a eventos relacionados com a perda de ligação ao Estado português, que o impossibilitam de continuar a tributar tais rendimentos.

Deste modo, o *exit tax* consagrado no CIRC é desencadeado pela emigração do sujeito passivo, pelo que o tributo opera independentemente da motivação do sujeito passivo⁹⁰. Pelo exposto, a tendência crescente⁹¹ de os Estados incluírem este tipo de tributação nos seus ordenamentos resultará, possivelmente, em dupla tributação internacional, dado que o Estado de emigração exige o imposto por um ganho latente, enquanto o Estado de imigração – caso tribute as mais-valias em causa – provavelmente tributará a mais- ou menos-valia aquando da realização do ativo. Assim, existirá uma sobreposição da base impositiva dos dois ordenamentos⁹².

1.3. Dupla tributação

A liquidação de *exit taxes* pelo Estado de emigração, tal como a provável tributação da realização do ativo pelo Estado de acolhimento, irá originar um conflito positivo de tributação que irá possivelmente culminar na dupla tributação do sujeito passivo.

A dupla tributação pode ser de dois tipos: económica ou jurídica.

No âmbito da presente dissertação apenas releva a dupla tributação jurídica, visto que as CDT visam eliminar este tipo de fenómeno, pelo que apenas nos iremos pronunciar sobre esta modalidade.

Neste sentido, a dupla tributação jurídica pressupõe a identidade do facto tributário, que por sua vez é caracterizada como uma “quádrupla identidade”⁹³, visto que se exige a identidade do período tributário, do rendimento, do sujeito passivo, assim como a tributação no âmbito de impostos equiparáveis. Além disso, este tipo de dupla

⁸⁶ Art. 73.º, n.º 10 *ex vi* 83.º, n.º 13 CIRC.

⁸⁷ Silva, 2013, p. 33.

⁸⁸ Art. 84.º, n.º 1, al. a) CIRC.

⁸⁹ Art. 84.º, n.º 1, al. b) CIRC.

⁹⁰ Courinha, 2020, p. 232.

⁹¹ Kubicová, 2016, p. 1107.

⁹² Courinha, 2020, p. 167.

⁹³ Xavier, 2020, p. 31.

tributação exige a existência de uma pluralidade de normas de incidência em ordenamentos distintos⁹⁴ de modo a verificar-se um concurso positivo de normas tributárias⁹⁵ resultante da colisão de sistemas fiscais⁹⁶.

A dupla tributação é um fenómeno indesejado, visto que tributar duplamente o rendimento terá impacto nas relações e desenvolvimento económico, assim como nos movimentos de capitais. Além disso, representa um obstáculo significativo ao mercado interno⁹⁷. Pelo exposto, é prioritária a sua eliminação – ou, pelo menos, atenuação –, sendo que, para isso, os Estados podem recorrer a medidas unilaterais ou bilaterais.

1.3.1. Medidas unilaterais

As medidas unilaterais correspondem a medidas que cada Estado pode adotar no seu ordenamento jurídico para reagir contra a dupla tributação internacional, podendo estas revestir a forma de método de isenção ou método de crédito imposto.

A principal distinção entre os métodos adotados reside no facto de o método da isenção ter em consideração o rendimento obtido, enquanto o método do crédito imposto tem em consideração o imposto efetivamente pago.

A exposição que se segue será sucinta e meramente introdutória, visto que a investigação do presente estudo versa sobre a aplicação de medidas bilaterais.

1.3.1.1. Método da isenção

De acordo com este método, o rendimento é tributado apenas no Estado da fonte, isentando-se o pagamento de imposto sobre esse rendimento no Estado de residência.

Esta isenção pode ser integral, no sentido em que o Estado de residência isenta o rendimento de fonte estrangeira de pagamento de imposto sem qualquer tipo de consequência. Por outro lado, o Estado de residência pode optar por aplicar a isenção com progressividade e, aí, apesar de isentar o rendimento de fonte estrangeira de pagamento de imposto, considera-o para o apuramento da taxa a aplicar aos rendimentos não isentos de imposto no Estado de residência.

1.3.1.2. Método da imputação

Quando se aplica este tipo de medida unilateral – também designada por método do crédito imposto – existe a concessão de um crédito ao contribuinte pelo facto de este ter pago imposto no país da fonte, crédito esse que pode ser deduzido ao imposto a

⁹⁴ Azevedo, 2017, p. 37.

⁹⁵ Xavier, 2020, p. 31.

⁹⁶ Azevedo, 2017, p. 37.

⁹⁷ Ribeiro, 2019, p. 106.

pagar no país de residência. Normalmente, o valor deste crédito é limitado, correspondendo à menor parcela de imposto que recai sobre aquele rendimento: ora o valor da fonte, ora o da residência. Tal permitirá que nunca se exceda o *quantum* de imposto pago no Estado da residência.

Este método pode revestir diversas modalidades, no entanto, não nos debruçaremos sobre cada uma destas modalidades em concreto.⁹⁸

1.3.2. Medidas bilaterais: a CMOCDE

As medidas bilaterais aplicadas pelos Estados para eliminar ou atenuar a dupla tributação correspondem aos tratados internacionais celebrados com outros Estados, através dos quais regulam⁹⁹ a tributação dos factos tributários que ambos os Estados pretendem tributar. Assim, os Estados limitam o seu poder tributário de modo a resolver o choque de soberanias tributárias que gerou o conflito positivo de tributação.

Pelo exposto, não basta a existência de uma norma convencional que regule a tributação de determinado rendimento. É necessário que esse rendimento seja tributado pelos Estados contratantes.

As medidas bilaterais para eliminar ou prevenir a dupla tributação desenvolvem-se através de CDT. Na impossibilidade de analisarmos todas as CDT existentes, focar-nos-emos na CMOCDE, visto que esta corresponde ao modelo de CDT adotado pela maioria dos Estados, tendo harmonizado o modo como se lida com a dupla tributação a nível mundial¹⁰⁰.

A função preponderante, mas não exclusiva, da CMOCDE corresponde à eliminação da dupla tributação¹⁰¹. Todavia, esta também se destina ao combate da evasão fiscal, à troca de informações, ao auxílio na cobrança de imposto, assim como à prevenção da dupla não tributação.

Relativamente ao âmbito subjetivo, previsto no art. 1.º da CMOCDE, o tratado fiscal aplica-se aos residentes de um ou ambos os Estados, podendo ser aplicado a pessoas coletivas, singulares ou agrupamentos de pessoas¹⁰². Contudo, cumpre mencionar que não existe um conceito convencional de residente, remetendo-se para o direito nacional de cada Estado¹⁰³. Deste modo, a CMOCDE reconhece os critérios adotados por cada Estado para definir quem são os seus residentes, exigindo apenas que estes sejam tributados pelo seu rendimento global.

⁹⁸ Para uma leitura devidamente desenvolvida, *vide* Azevedo, 2017, pp. 42-44.

⁹⁹ Daí que sejam consideradas o “principal limite à soberania financeira de cada Estado”. *Vide* Sanches, 2007, p. 83. Azevedo, 2017, p. 45.

¹⁰⁰ A referência feita à CMOCDE diz respeito à versão de 2017.

¹⁰¹ *Vide* <https://doi.org/10.1787/a5b41c54-en>, §§ 1-3.

¹⁰² Art. 3.º, n.º 1 CMOCDE.

¹⁰³ Art. 4.º, n.º 1 CMOCDE.

A aplicação da CMOCDE cinge-se aos impostos sobre o rendimento e o património¹⁰⁴, tratando-se, portanto, de um âmbito objetivo restrito.

No entanto, esta pode ainda ser aplicada a impostos de natureza similar que sejam criados no futuro, desde que as autoridades competentes dos Estados contratantes notifiquem as mudanças feitas na sua lei tributária¹⁰⁵. Importa ainda mencionar que quando é celebrada uma CDT, os Estados têm de elencar os impostos a que esta se aplica, pelo que os que não constarem dessa lista não se encontram abrangidos por este instrumento bilateral¹⁰⁶.

Caso não resulte da aplicação das regras de distribuição de competência a eliminação da dupla tributação, o tratado prevê o recurso aos mecanismos corretivos consagrados nos arts. 23-A e 23-B da CMOCDE.

Conforme referimos anteriormente, a liquidação de impostos de saída pelo Estado de emigração e a provável tributação da realização das mais-valias pelo Estado de imigração poderá conduzir à dupla tributação jurídica da sociedade. Pelo exposto, urge aferir se este instrumento multilateral é aplicável à tributação à saída.

¹⁰⁴ Art. 2.º CMOCDE.

¹⁰⁵ Art. 2.º, n.º 4 CMOCDE.

¹⁰⁶ Art. 3.º, n.º 3 CMOCDE.

Capítulo 2. Análise da compatibilidade da CMOCDE com os impostos de saída

2.1. Qualificação convencional de rendimento

Antes de discutirmos se a CMOCDE é aplicável aos impostos de saída, importa aferir se estes se enquadram no escopo objetivo do tratado.

Relativamente ao âmbito subjetivo, a convenção aplicar-se-á aos residentes de um ou de ambos os Estados contratantes, sendo que este requisito se encontra preenchido independentemente da modalidade de *exit tax* em causa.

Para o âmbito objetivo ser preenchido, o *exit tax* tem de corresponder a um imposto sobre o rendimento. Todavia, alguns autores¹⁰⁷ consideram que este corresponde a um imposto sobre a saída, já que o facto tributário corresponde à emigração societária e não à existência de rendimento, para além de que o *exit tax* não assenta numa lógica de periodicidade, como a generalidade dos impostos sobre o rendimento, mas numa lógica de instantaneidade¹⁰⁸.

Uma vez que a CMOCDE não define o conceito de rendimento, remete-se para o entendimento da doutrina sobre esta matéria.

Apesar de existirem tantas noções de rendimento quanto teóricos que as defendem, destacam-se duas teorias jurídicas sobre o conceito: a teoria do rendimento acréscimo e a do rendimento produto¹⁰⁹.

De acordo com a teoria do rendimento produto, o conceito de rendimento compreende apenas os montantes suscetíveis de avaliação pecuniária que advenham de uma fonte produtiva estável, pelo que, de acordo com esta teoria, as mais-valias não são rendimento – pelo que os *exit taxes* não poderiam ser impostos sobre o rendimento.

Por seu turno, a teoria do rendimento acréscimo faz corresponder ao conceito de rendimento o acréscimo líquido do poder económico de um sujeito entre o princípio e o fim do exercício, sendo que o rendimento em causa poderia derivar de bens corpóreos, incorpóreos ou serviços, desde que seja possível avaliá-los pecuniariamente¹¹⁰.

Esta teoria configura uma noção ampla de rendimento que compreende qualquer acréscimo verificado na esfera do sujeito passivo, independentemente da estabilidade da fonte. A principal diferença entre estas teorias corresponde ao facto de a teoria do rendimento acréscimo abranger os rendimentos que advêm de fontes não duradouras, contemplando os *windfall gains*, onde a vontade do titular na obtenção do rendimento

¹⁰⁷ Ribeiro, 2019, p. 45.

¹⁰⁸ Courinha, 2020, pp. 168-169.

¹⁰⁹ Moraes, 2009, p. 27.

¹¹⁰ *Ibidem*. Ribeiro, 2018, p. 73.

é irrelevante¹¹¹ – mensurando-se a riqueza de forma objetiva, sem exigência da realização do ativo¹¹².

Assim, as mais-valias latentes seriam abrangidas por esta noção de rendimento. A inexistência de realização não representaria um obstáculo, dado que a realização não é um elemento constitutivo da existência de rendimento, apenas é o momento utilizado para a mensuração do mesmo¹¹³ – pelo que, de acordo com esta teoria, os *exit taxes* seriam impostos sobre o rendimento.

A teoria do rendimento acréscimo corresponde à teoria adotada pela maioria dos Estados, pois permite tributar qualquer aumento patrimonial verificado na esfera do contribuinte, incidindo sobre a sua real capacidade contributiva e permitindo concretizar a igualdade na tributação¹¹⁴.

Os Estados tendem a conciliar esta teoria com a realização do rendimento¹¹⁵. No entanto, no domínio dos impostos de saída, o legislador opta por considerar que as mais-valias latentes concorrem para a formação do lucro tributável.

Por fim, cumpre mencionar que Lang¹¹⁶ considera indubitável que os impostos que incidem sobre a valorização do ativo sejam considerados pelo art. 2.º, n.º 2 da CMOCDE impostos sobre o rendimento.

Pelo exposto, caso adotemos a teoria do rendimento acréscimo, será defensável que os impostos de saída são impostos sobre o rendimento e, como tal, poderemos discutir a compatibilidade da CMOCDE com os *exit taxes*.

2.2. A aplicação da CMOCDE

Admitindo a possibilidade de os *exit taxes* serem compatíveis com a CMOCDE – por se tratarem de impostos sobre o rendimento –, a convenção só será aplicável caso alguma das disposições se afigure capaz de regular a repartição da competência tributária nesta situação.

Não existe consenso na doutrina que defende a compatibilidade da CMOCDE com a tributação à saída quanto à disposição aplicável aos *exit taxes* na ausência de uma norma que regule especificamente esta situação (como se verifica em alguns ordenamentos¹¹⁷). Deste modo, iremos abordar os diferentes artigos cuja aplicação é equacionada pela doutrina.

¹¹¹ Ribeiro, 2018, p. 87.

¹¹² Tavares, 2018, p. 31.

¹¹³ *Ibidem*, p. 25.

¹¹⁴ Ribeiro, 2018, p. 87.

¹¹⁵ Vide § 5 do preâmbulo do CIRC.

¹¹⁶ Lang, 2005, p. 219.

¹¹⁷ A este propósito veja-se a CDT HOL-RU e a CDT CA-HOL, que preveem disposições específicas que regulam estas situações.

Cumpra mencionar que esta discussão dependerá da modalidade de imposto de saída em causa, pelo que iremos restringir o presente estudo aos impostos de saída imediatos e aos *trailing taxes*.

Tendo em consideração que os impostos de saída que visam a devolução de deduções fiscais se relacionam com a recaptura de benefícios concedidos no pressuposto de manutenção de residência e que estes não correspondem a mais-valias¹¹⁸, excluimos do âmbito da presente dissertação a análise da compatibilidade da CMOCDE com este tipo de *exit tax*.

2.2.1. Art. 13.º CMOCDE

A maioria da doutrina¹¹⁹ entende que o art. 13.º da CMOCDE é a norma adequada para lidar com os impostos de saída, visto que estes incidem sobre mais-valias – ainda que potenciais – e esta disposição estabelece as regras gerais para lidar com a tributação de mais-valias.

Como à partida não se verifica nenhuma das situações referidas nos restantes números do artigo, equacionar-se-á a aplicação do art. 13.º, n.º 5 CMOCDE, que configura uma cláusula residual¹²⁰.

A aplicação da norma em questão depende do entendimento de dois conceitos essenciais: ganho e alienação. Como a CMOCDE não concretiza estes conceitos, a sua interpretação deve ser feita com base no direito interno dos Estados – conforme resulta do art. 3.º, n.º 2 CMOCDE.

Relativamente ao conceito de “ganho”, Cejje¹²¹ entende que este termo é utilizado como sinónimo de “mais-valia”. No entanto, a tributação de mais-valias diverge entre Estados, variando o que é incluído neste conceito e a forma como é tributado (ou se é sequer tributado), pelo que surge a questão de saber se a tributação de mais-valias latentes é abrangida pelo art. 13.º, n.º 5 CMOCDE¹²².

O comentário ao art. 13.º CMOCDE¹²³ refere que esta norma abrange todos os tipos de impostos sobre mais-valias levados a cabo pelos Estados contratantes, reiterando que cabe ao direito interno de cada Estado decidir se estes rendimentos são tributados e como o são. Assim, o conceito de ganho abrange as mais-valias sujeitas a tributação, pelo que o que é incluído neste conceito varia consoante o Estado em causa¹²⁴. Pelo exposto, um

¹¹⁸ Estes benefícios relacionam-se, por exemplo, com a recaptura de deduções de pagamento de prémios de seguros de vida ou com o adiamento de pagamentos de impostos (o que acontece, por exemplo, nos fundos de poupança-reforma). Cf. Betten, 1998, p. 435. Ribeiro, 2018, p. 420.

¹¹⁹ Man & Albin, 2011, p. 617. Carramaschi, 2008, p. 284.

¹²⁰ Ribes, 2015, p. 134.

¹²¹ Cejje, 2012, p. 387.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ Vide § 3.1 do Comentário ao Art. 13.º CMOCDE.

¹²⁴ Ribes, 2015, p. 133.

Estado contratante que tribute as mais-valias – ainda que latentes – encontrar-se-á coberto pela expressão “ganhos”, dado que esta não exige a realização da mais-valia¹²⁵.

Tal exigência parece resultar da utilização do conceito “alienação”, pelo que o entendimento desta expressão será crucial para aferirmos a compatibilidade da norma com os impostos de saída – designadamente sob a modalidade *stricto sensu*, visto que estes operam por via de uma alienação ficcionada da realização do ativo.

Assim, questionamo-nos se a noção de “alienação” se cinge a situações em que existe transferência efetiva da titularidade do ativo ou se abrange as transferências fictícias que se verificam no âmbito dos impostos de saída imediatos. O § 5 do Comentário ao art. 13.º CMOCDE elenca algumas situações¹²⁶ que preenchem este requisito e que têm em comum o facto de serem circunstâncias em que existe efetivamente uma transferência da titularidade do ativo¹²⁷. À semelhança do que acontece com o termo “ganho”, o termo “alienação” não se encontra definido pela CMOCDE, pelo que somos novamente remetidos para o significado atribuído pelo direito interno à expressão em causa.

A doutrina diverge quanto à interpretação do conceito de “alienação”.

Por um lado, autores como Carramaschi¹²⁸ consideram que as alienações fictícias se encontram excluídas do âmbito do artigo. O autor sublinha que o conceito “alienação” é normalmente interpretado como sinónimo de uma mudança na titularidade do ativo – algo que é reforçado pelos exemplos elencados no Comentário ao Art. 13.º CMOCDE, visto que todos eles correspondem a situações em que se verifica uma alteração na titularidade –, sendo que considera ainda que o contexto¹²⁹ da convenção exige um entendimento comum do termo alienação de modo a que não se frustrem as finalidades da CMOCDE. O autor acrescenta que mesmo que se aplicasse a remissão para o direito interno dos Estados contratantes, tal não permitiria que os Estados manipulassem o conceito de “alienação” como lhes aprouvesse de modo a tributarem rendimentos cuja competência não lhes estava alocada. Kemmeren¹³⁰ e Ribes¹³¹ acompanham a posição de Carramaschi, defendendo que a característica essencial do conceito “alienação” corresponde à transferência da titularidade do ativo, característica essa que não se observa quando existe a emigração da pessoa coletiva, visto que o ativo permanece na esfera societária. Deste modo, de acordo com a posição defendida por ambos os autores,

¹²⁵ Vide § 8 do Comentário ao Art. 13.º CMOCDE. Cejje, 2012, p. 387.

¹²⁶ Nomeadamente situações como a doação, venda do ativo, transmissão por morte, etc.

¹²⁷ Roch, 2016, p. 493. Man & Albin, 2011, p. 617.

¹²⁸ Carramaschi, 2008, p. 285.

¹²⁹ Relativamente ao “contexto” para interpretação e aplicação das CDT, este prevalece sobre o significado atribuído pela lei interna dos Estados contratantes a determinado termo, conforme resulta do art. 3.º, n.º 2 CMOCDE e art. 31.º, n.º 1 CV69. Para um desenvolvimento devido desta matéria, que não iremos desenvolver na presente dissertação, aconselhamos a leitura de Neto, 2015 e Nogueira, 2019.

¹³⁰ Kemmeren, 2005 *apud* Brilman, 2013, p. 142.

¹³¹ Ribes, 2015, p. 134.

o art. 13.º, n.º 5 CMOCDE apenas seria compatível com os *trailing taxes*, visto que esta modalidade de tributação à saída incide sobre mais-valias realizadas, preenchendo-se o requisito da alienação.

Por outro lado, Simontacchi¹³² considera que esta solução restringiria o escopo do art. 13.º CMOCDE, cujo propósito é abranger todas as mais-valias tributadas pelos Estados contratantes. O autor sustenta a sua posição no facto de as situações referidas no § 5 do Comentário ao artigo 13.º representarem um elenco exemplificativo¹³³ e defende que, apesar de normalmente o termo alienação ser entendido como sinónimo da transferência de propriedade, a história da terminologia adotada em contexto convencional é relevante. Neste sentido, o autor considera que devemos interpretar o conceito de uma forma ampla, de modo a não afetarmos o escopo do artigo¹³⁴.

A jurisprudência parece acompanhar o entendimento de que o conceito “alienação” abrange a alienação fictícia. A este propósito, veja-se o caso *Tradehold*.

O caso *Tradehold* remonta a 2002 e refere-se a uma sociedade sul africana – *Tradehold Limited* – que alterou a sua residência fiscal para o Luxemburgo.

A empresa era a única detentora da *Tradegro Holding* – cuja residência fiscal também era na África do Sul. A emigração da *Tradehold* resultou na liquidação de um imposto de saída pela AT sul-africana, imposto esse que incidiu sobre as mais-valias latentes decorrentes da alienação fictícia do ativo da *Tradehold* – o que incluiu a *Tradegro Holding*.

No caso em apreço -a AT sul-africana não aplicou a CDT AS-LUX por entender que a inexistência de uma alienação efetiva afastava a aplicação da norma correspondente ao art. 13.º, n.º 5 CMOCDE. Contudo, o SCA¹³⁵ considerou que o termo “alienação” é amplo e que não deve limitar-se às alienações efetivas, pelo que abrangeria as alienações fictícias verificadas no domínio dos impostos de saída imediatos. O SCA destacou que é razoável assumir que, aquando da ratificação da CDT, os Estados tivessem consciência da existência de *exit taxes* no ordenamento sul-africano, pelo que teriam tido a intenção de sujeitar as mais-valias latentes ao artigo em questão¹³⁶. O Tribunal considerou que a CDT entre os dois países era aplicável e, como tal, cabia ao Luxemburgo (enquanto Estado de residência) a competência exclusiva para tributar esses rendimentos, pelo que a África do Sul não podia tributar esses rendimentos.

Assim, de acordo com a posição adotada pelo SCA, o conceito de alienação abrangeria a alienação fictícia do ativo verificada no âmbito dos *exit taxes stricto sensu*.

¹³² Simontacchi, 2007, p. 183.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 182.

¹³⁵ Vide §§ 20-25 do Caso *SARS v. Tradehold Limited*.

¹³⁶ Seiler, 2013, p. 581.

Na nossa opinião, levantam-se algumas questões quanto à posição do Tribunal, nomeadamente no que concerne a questão da atribuição da competência ao Estado da imigração (na qualidade de Estado da residência) e à interpretação do conceito “alienação”.

Consideramos que o termo “alienação” tenderá a ser interpretado numa aceção de mudança de titularidade do ativo, já que a maioria dos Estados concilia a teoria do rendimento acréscimo com a realização do rendimento¹³⁷. Mesmo que consideremos que a interpretação do conceito será aquela que resulta do direito interno do Estado contratante, as finalidades do tratado fiscal devem ser respeitadas. Assim, na ausência de definições convencionais, o Estado não pode manipular os conceitos como lhe aprouver de modo a tributar rendimentos cuja competência não lhe está alocada.

Para a adoção desta posição contribui ainda o facto de, apesar de o Comentário à CMOCDE não ser parte do tratado fiscal ou sequer juridicamente vinculativo, a sua importância na interpretação das disposições da CMOCDE ser inegável. Pelo exposto, tendemos a distanciar-nos do entendimento de Simmontachi de que o elenco exemplificativo do § 5 do Comentário ao Art. 13.º CMOCDE sustenta a abrangência do conceito alienação, visto que todas as situações elencadas têm em comum o facto de serem circunstâncias em que existe mudança da titularidade do ativo. Consideramos que o elenco apresentado, apesar de não ser taxativo, reforça a exigência de uma mudança efetiva na titularidade do ativo, reiterando apenas que é indiferente a forma como essa mudança opera – por exemplo, a título de remuneração. Deste modo, afastamo-nos do entendimento manifestado no caso *Tradehold*, visto que cremos que o art. 13.º, n.º 5 CMOCDE só se revelaria adequado a lidar com *trailing taxes*, dado que quando é liquidado um *exit tax* sob essa modalidade, ele há de incidir sobre rendimento realizado – havendo, portanto, uma mudança da titularidade do ativo. Neste sentido, a forma como o artigo se encontra redigido – designadamente no que concerne ao recurso ao termo alienação – suscita dúvidas quanto à sua compatibilidade com os impostos de saída *stricto sensu*.

Relativamente à posição adotada pela jurisprudência *Tradehold*, destacamos ainda o facto de, se porventura se entendesse que o conceito de “alienação” compreendesse a alienação fictícia, tal reforçaria o entendimento de que o Estado da emigração tinha competência para tributar o rendimento em questão – ao contrário do que a jurisprudência considerou, visto que, aquando da tributação e no momento da alienação (fictícia), o Estado onde o alienante é residente corresponde ao Estado da emigração.

¹³⁷ Silva, 2013, p. 71.

No entanto, conforme desenvolveremos adiante, não cremos que a aplicação do art. 13.º, n.º 5 seja a solução adequada para lidar com a tributação à saída, pelo menos no que concerne aos impostos de saída imediatos.

2.2.2. Art. 21.º CMOCDE

Alguns autores¹³⁸ entendem que a disposição aplicável aos impostos de saída corresponde ao art. 21.º CMOCDE, pois consideram que as normas consagradas nos arts. 6.º a 20.º da Convenção só se adequam à tributação de rendimento realizado, pelo que há lugar à aplicação do art. 21.º enquanto norma residual.

A aplicação desta disposição não levanta as questões discutidas no âmbito do artigo anterior, visto que a norma não faz quaisquer exigências no que concerne a alienação do ativo, abrangendo um maior número de situações. Caso se entenda que o conceito de alienação se cinge às mudanças efetivas da titularidade do ativo, este artigo revela-se adequado para lidar com a tributação de mais-valias latentes – desde que estas sejam consideradas como rendimento tributável pelo Estado contratante¹³⁹.

Assim, este artigo parece, à partida, compatível com ambas as modalidades de impostos de saída em análise. Contudo, conforme desenvolveremos devidamente adiante, existem obstáculos à sua aplicação – designadamente o facto de ser dúbia a existência de dupla tributação jurídica.

2.2.3. Art. 7.º CMOCDE

Quando há lugar à aplicação de impostos de saída, podemos ter em causa dois tipos de rendimento distintos: aquele que decorre da ficção de liquidação do património societário e o rendimento ficcionado imputado aos sócios decorrente da pseudo partilha¹⁴⁰. Como a presente dissertação analisa a questão da aplicação das CDT aos impostos de saída no domínio das pessoas coletivas, focar-nos-emos no primeiro rendimento gerado: o da sociedade emigrante.

Conforme mencionámos anteriormente, a maior parte da doutrina que defende que o art. 13.º CMOCDE não é compatível com a tributação à saída pugna pela aplicação do art. 21.º CMOCDE enquanto norma residual.

No entanto, Courinha¹⁴¹ defende que o art. 21.º CMOCDE se destina a ganhos de indivíduos que atuam fora da atividade empresarial. O autor considera que, uma vez que estamos no domínio de rendimentos empresariais, deve ser aplicado o art. 7.º CMOCDE.

¹³⁸ Wattel & Marres, 2003, p. 69. Man & Albin, 2011, p. 617.

¹³⁹ Man & Albin, 2011, p. 617.

¹⁴⁰ Courinha, 2020, p. 198.

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 202-203.

A posição assumida pelo autor assenta no princípio da prevalência dos regimes especiais de lucro¹⁴². De acordo com este princípio, se os lucros puderem ser reconduzidos a alguma disposição do tratado, deve ser essa a norma a regular a repartição da competência tributária, sendo apenas na ausência de uma norma especial que se aplicaria o art. 7.º, n.º 1 CMOCDE.

Para Courinha, o afastamento da aplicação do art. 21.º CMOCDE resulta do facto de considerar que o art. 21.º CMOCDE tem uma natureza residual de 2.º grau, visto que os lucros residuais – aqueles que não seriam regulados por outra disposição do tratado fiscal – seriam regulados pelo art. 7.º CMOCDE. Deste modo, o art. 21.º destinar-se-ia apenas a “outros rendimentos” que não lucros¹⁴³ – isto é, rendimentos obtidos fora do âmbito da atividade empresarial.

À semelhança do art. 21.º CMOCDE, o art. 7.º CMOCDE atribui a competência ao Estado da residência do sujeito passivo – pelo que a solução resultante da aplicação de qualquer uma dessas disposições seria a mesma. No entanto, o sujeito passivo é residente de ambos os Estados, ainda que em momentos distintos, pelo que se coloca a questão relativamente a qual deles deve ser considerado o Estado da residência a que a norma se refere, conforme desenvolveremos de seguida. Além disso, existem dúvidas quanto à existência de dupla tributação jurídica.

2.3. Apreciação crítica: a questão da residência e a (in)suficiência dos mecanismos corretivos

As convenções encontram-se redigidas sob a premissa de que existe um conflito de dupla tributação, que poderá ser do tipo residência-residência, fonte-fonte ou residência-fonte¹⁴⁴. Como tal, a aplicação da CMOCDE exige a unicidade convencional da residência, dado que o tratado fiscal impõe restrições do poder tributário diferentes para cada um desses Estados.

Antes de expormos os argumentos que nos levam a considerar que a CMOCDE não é aplicável aos *exit taxes*, cumpre mencionar que, ainda que considerássemos que esta era compatível com a tributação à saída, as disposições cuja aplicação é discutida alocam a competência tributária ao Estado da residência. Contudo, quando existe liquidação de um imposto de saída imediato, ambos os Estados foram, ainda que em momentos distintos, o Estado da residência do sujeito passivo, pelo que cumpre perceber a qual dos Estados nos referimos.

¹⁴² Vide art. 7.º, n.º 7 CMOCDE.

¹⁴³ Courinha, 2020, p. 201.

¹⁴⁴ Azevedo, 2017, p. 33.

Como não estamos perante uma situação de dupla residência simultânea, não é possível recorrer aos critérios de desempate consagrados no art. 4.º, n.º 3 CMOCDE, visto que estes critérios são redigidos no pressuposto de que a pessoa coletiva é simultaneamente residente de ambos os Estados.

Quando o imposto de saída imediato é liquidado, a pessoa coletiva ainda é residente no Estado de emigração¹⁴⁵ – e ainda não é residente do Estado de acolhimento –, pelo que a única forma de considerar que o Estado da residência era o Estado de imigração seria ter em consideração eventos futuros, o que, além de não ter suporte legal, seria rebuscado¹⁴⁶. Neste sentido, o Estado de imigração, aquando da liquidação do imposto de saída, não é o Estado da fonte ou Estado da residência – o que revela a falta de ligação ao rendimento obtido e reforça a ideia, desenvolvida adiante, de que esta questão configura uma matéria estritamente nacional. Ainda assim, alguma doutrina considera que o Estado da residência deve ser considerado o Estado da imigração, pelo que a liquidação de um imposto de saída pelo Estado de emigração corresponderia a uma forma de *treaty override*. Não concordamos com este entendimento.

No caso dos *trailing taxes*, os critérios de desempate seriam aplicáveis, visto que estaríamos perante uma hipótese de dupla residência do sujeito passivo, dado que a pessoa coletiva preenche de forma cumulativa e simultaneamente a *fattispecie* de que depende a sua qualificação como residente nos Estados contratantes¹⁴⁷. Todavia, a aplicação do critério de desempate consagrado no art. 4.º, n.º 3 CMOCDE não resolve necessariamente a questão da residência, visto que desde 2017 que o tratado fiscal consagra que os Estados devem diligenciar no sentido de determinar, através de um procedimento amigável¹⁴⁸, qual o Estado da residência – pelo que a resposta à questão: “qual o Estado de residência?” dependeria do entendimento atingido no procedimento amigável.

Caso os Estados não cheguem a acordo, ambos os Estados serão considerados o Estado da residência para efeitos convencionais, o que irá gerar um impasse, dado que os mecanismos corretivos previstos no art. 23.º-A e 23.º-B da CMOCDE não são aptos a resolver conflitos de tributação residência-residência, pois pressupõem a existência de um único Estado da residência¹⁴⁹.

Assim, na ausência de um consenso, a única solução prevista pela CMOCDE que pode eliminar a dupla tributação emergente da aplicação dos *trailing taxes* corresponde

¹⁴⁵ A liquidação do imposto de saída imediato ocorre no momento imediatamente anterior à perda de residência fiscal, pelo que alguma doutrina considera estes tributos como “impostos de última oportunidade” (“*tax of last chance*”) – tradução nossa. Cf. Broe, 2002, p. 18; Cejje, 2012, p. 386.

¹⁴⁶ Carramaschi, 2008, p. 290.

¹⁴⁷ Nogueira, 2011, p. 2.

¹⁴⁸ Vide art. 25.º CMOCDE *ex vi* art. 4.º, n.º 3 CMOCDE.

¹⁴⁹ Cejje, 2012, p. 389.

ao procedimento amigável previsto no art. 25.º, n.º 3 CMOCDE.¹⁵⁰ No entanto, tal não corresponde a uma garantia de eliminação da dupla tributação, visto que não existe qualquer obrigação dos Estados de chegarem a um acordo quanto a uma solução¹⁵¹.

Pelo exposto, no âmbito dos impostos de saída imediatos estamos perante um conflito de dupla tributação que não se encontra previsto pela CMOCDE – o que leva a considerar que a CMOCDE não foi elaborada tendo em consideração estas situações¹⁵², evidenciando a falta de ligação do Estado de imigração ao rendimento obtido. Assim, à exceção do procedimento amigável, a CMOCDE não contém qualquer provisão capaz de lidar com este tipo de conflitos.

Apesar de entendermos que a CMOCDE não é aplicável aos impostos de saída, é líquido que, caso esta fosse aplicável, os mecanismos corretivos consagrados no tratado fiscal não seriam suficientes para eliminar a possível dupla tributação emergente da sua liquidação.

Esta questão não se colocará caso exista uma disposição específica, aditada pelos Estados, que regule a alocação do poder tributário no caso de emigração societária, conforme se verifica, por exemplo, no caso da CDT HOL-RU, em que os Estados consagram a hipótese de o Estado de emigração tributar o rendimento verificado até ao momento da deslocalização societária, sem a necessidade de ter existido realização do rendimento¹⁵³.

¹⁵⁰ Cf. Silva, 2013, p. 163. Cejic, 2012, p. 389. Hug, 2015, p. 39. Brandstetter, 2010, p. 19. Carramaschi, 2008, p. 293.

¹⁵¹ Hug, 2015, p. 39.

¹⁵² Como parece resultar do entendimento de Kort, que destaca o facto de resultar do Comentário à CMOCDE que esta foi redigida sob o pressuposto de que o sujeito passivo não emigrava durante o período compreendido entre a aquisição do ativo e a respetiva realização. Cf. Kort, 2003, pp. 103-104.

¹⁵³ Silva, 2013, p. 148.

Capítulo 3. Argumentos contra a aplicação da CDT

3.1. Questão estritamente nacional

Um dos principais argumentos avançados pela doutrina para rejeitar a aplicação da CMOCDE aos impostos de saída corresponde ao facto de entenderem que estamos perante uma questão de direito nacional devido ao momento da exigibilidade do imposto.

Esta posição assenta no facto de os impostos de saída imediatos serem liquidados no momento imediatamente anterior à perda de residência do sujeito passivo, configurando o último ato tributário levado a cabo pelo Estado de emigração¹⁵⁴. Como o imposto é liquidado enquanto o sujeito passivo ainda é residente do Estado de emigração, alguma doutrina¹⁵⁵ defende que estamos perante uma questão de direito nacional inserida no domínio da soberania tributária daquele Estado¹⁵⁶, pelo que o tratado fiscal não seria aplicável dada a suposta inexistência de um conflito positivo de tributação.

No entanto, conforme defendido por De Man e Albin¹⁵⁷, a aplicação da CMOCDE não seria precluída, dado que o seu âmbito subjetivo¹⁵⁸ exige apenas a residência num dos Estados contratantes, desde que este tribute o sujeito passivo pelo seu rendimento global. Contudo, apesar de a aplicação da CMOCDE não ser precluída, caso a pessoa coletiva não aliene o ativo no mesmo período tributário em que é liquidado o imposto de saída, levantar-se-ia a questão de não existir dupla tributação jurídica que sustente a aplicação da CMOCDE. Assim, no caso dos impostos de saída imediatos, acolhemos este argumento, visto que esta modalidade de tributação corresponde a um exercício unilateral da soberania tributária do Estado de emigração quando nenhum outro Estado tem a pretensão de tributar o rendimento, sendo a emigração a dimensão material do elemento objetivo do facto tributário escolhido pelo Estado de saída.

Todavia, no âmbito dos *trailing taxes*, consideramos que este argumento não colhe, dado que nesta hipótese é evidenciada a existência de um conflito positivo de tributação suscitado pelo facto de o Estado de emigração ficcionar a manutenção de residência do sujeito passivo de modo a poder continuar a tributar os rendimentos em causa – pelo que ambos os Estados têm, nesta hipótese, a mesma pretensão tributária.

¹⁵⁴ Cejje, 2012, p. 386.

¹⁵⁵ Vide, por exemplo, Kort, 2003, p. 104. Ribeiro, 2019, p. 44. Panayi, 2011, p. 247.

¹⁵⁶ Broe & Willoqué, 2011, p. 244.

¹⁵⁷ Man & Albin, 2011, p. 616.

¹⁵⁸ Vide Art. 1.º CMOCDE.

3.2. Inexistência de dupla tributação jurídica

Como referimos anteriormente, a dupla tributação jurídica implica a identidade do facto tributário e a existência de uma pluralidade de normas de incidência tributária em ordenamentos distintos. A identidade do facto tributário consiste na existência de impostos equiparáveis entre dois (ou mais) ordenamentos, relativos ao mesmo sujeito passivo, rendimento e período de tributação¹⁵⁹.

A liquidação de um imposto de saída imediato opera independentemente da alienação efetiva do ativo, bastando a emigração para preencher a *fattispecie* da norma – assim, existindo alienação do ativo, não sabemos quando esta se irá verificar. Existem, portanto, dois momentos relevantes para aferir a existência de dupla tributação e que não ocorrem necessariamente no mesmo período de tributação: a liquidação do imposto de saída imediatamente antes da emigração societária e a alienação do ativo.

Neste sentido, é provável que exista uma discrepância temporal entre a liquidação do imposto de saída imediato e a alienação do ativo, resultando na falta de identidade do período tributário. Assim, de acordo com Alberto Xavier, não estaríamos perante uma hipótese de dupla tributação jurídica internacional e, como tal, não seria aplicável a CMOCDE.

Contudo, a noção de dupla tributação jurídica internacional não é consensual. A este propósito, veja-se o entendimento de Manuel Pires¹⁶⁰, que dispensa a identidade do período tributário e do imposto enquanto pressuposto da dupla tributação jurídica. Manuel Pires considera que este tipo de dupla tributação surge porque dois ordenamentos distintos contêm disposições que sujeitam a tributação um mesmo facto tributário, enquanto elemento caraterizador do imposto, independentemente do momento da liquidação ou cobrança do tributo. O autor prescinde da sobreposição dos períodos de tributação, visto que se há identidade do facto tributário, “idêntico será o aspeto temporal, sendo indiferente o momento da liquidação ou da cobrança ou o ano orçamental de referência”¹⁶¹. Ainda na doutrina nacional, destaca-se o entendimento de Courinha¹⁶², que apenas exige a identidade do período tributário no caso dos rendimentos-produto. Assim, as mais-valias – que representam o rendimento acréscimo por excelência – prescindem da identidade do período tributário enquanto requisito para a existência da dupla tributação jurídica. Deste modo, bastaria que dois ordenamentos distintos tributassem através de impostos equivalentes um mesmo rendimento auferido por um sujeito passivo, independentemente dos impostos terem sido liquidados em momentos distintos.

¹⁵⁹ Vide Xavier, 2007, p. 33. Azevedo, 2017, p. 62. Pereira, 2010, p. 22.

¹⁶⁰ Cf. Pires, 1984, pp. 70-76 *apud* Azevedo, 2017, p. 37.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² Courinha, 2020, p. 168.

No entanto, quando os Estados celebraram o tratado fiscal, certamente não aceitaram comprimir o seu poder tributário indefinidamente, transcendendo o período de tributação. Tendo em consideração que o sujeito passivo pode alienar o ativo, por exemplo, 30 anos depois da deslocalização societária, seria forçado assumir que os Estados estariam dispostos a ver o seu poder tributário comprimido por um lapso temporal que, muito provavelmente, ultrapassa o tempo de vida de uma CDT.

Deste modo, apesar de considerarmos que não deve ser adotada uma noção rígida de dupla tributação jurídica que exija a simultaneidade da tributação nos diferentes ordenamentos, consideramos que a existência de dupla tributação jurídica não é uma questão inequívoca. Neste sentido, não valoramos de igual modo a situação em que o sujeito passivo aliena o ativo no ano da alienação e a circunstância em que o contribuinte o faz, por exemplo, 20 anos após a saída do Estado de emigração – visto que, à medida que o tempo passa, a ligação do rendimento ao Estado de emigração será cada vez menor. Pelo exposto, cremos que a verificação da dupla tributação dependerá da análise das circunstâncias do caso concreto.

Importa ainda mencionar que esta questão não se coloca no âmbito dos *trailing taxes*, visto que apenas há lugar à liquidação destes tributos quando o ativo é efetivamente alienado, havendo coincidência dos períodos tributários dos impostos levados a cabo pelos Estados de emigração e imigração.

Para além da disparidade do período tributário, colocam-se outras questões que contribuem para o aumento das nossas dúvidas acerca da existência de dupla tributação jurídica, designadamente o facto de a identidade da base tributária muitas vezes não ser clara.

Quando a pessoa coletiva emigra e se torna residente fiscal noutro Estado, pode decidir alienar o seu ativo – ativo esse que esteve sujeito a tributação à saída. No entanto, a pessoa coletiva pode optar por alienar apenas uma parte do ativo que esteve sujeito a tributação à saída, o que esbate a existência de identidade da base tributária, visto que uma parcela do ativo que esteve sujeito a tributação à saída não será tributada. Além disso, caso a pessoa coletiva aliene o ativo no âmbito da sua atividade empresarial, as mais-valias possivelmente decorrentes dessa alienação encontram-se diluídas no cômputo do lucro tributável, pelo que, mais uma vez, não é nítida a existência da coincidência da base tributária¹⁶³ e existência de dupla tributação jurídica.

Pelo exposto, consideramos que a liquidação de um imposto de saída e a tributação da realização do ativo da sociedade emigrante no Estado da sua nova residência não conduzem necessariamente à dupla tributação jurídica do sujeito passivo.

¹⁶³ Isto resultará ainda mais claro caso não haja lugar à tributação da pessoa coletiva devido à existência de prejuízos ou até à dedução de prejuízos de anos anteriores.

Como tal, não havendo dupla tributação jurídica, a CMOCDE não será aplicável aos impostos de saída imediatos.

3.3. Uso abusivo de convenções

Parte da doutrina que considera que estão preenchidos os requisitos para a aplicação do tratado fiscal e pugna pela aplicação da CMOCDE entende que o Estado da residência deve ser considerado o Estado da imigração. Assim, quando o Estado de saída liquida o *exit tax*, na ótica dessa doutrina, está a tributar um rendimento cuja competência não lhe está alocada, violando o tratado fiscal e cometendo *treaty override*¹⁶⁴. Apesar de não concordarmos com este entendimento – visto que consideramos que a CMOCDE não é aplicável aos impostos de saída e que, como tal, não é possível os Estados violarem um tratado que não se afigura aplicável¹⁶⁵ –, entendemos que a sua análise é pertinente no âmbito da presente dissertação e que ajudará a demonstrar a inaplicabilidade da CMOCDE em caso de tributação à saída.

Apesar de a questão do *treaty override* habitualmente ser analisada sob a perspetiva da qualificação dos Estados contratantes como monistas ou dualistas¹⁶⁶, consideramos mais pertinente analisar a interação entre o tratado e as disposições internas dos Estados contratantes, visto que está em causa a coordenação das leis internas dos Estados contratantes, que se obrigam a limitar a sua competência tributária em virtude da aplicação do tratado fiscal¹⁶⁷.

Conforme referimos no primeiro capítulo, as finalidades da CMOCDE não se esgotam na eliminação da dupla tributação jurídica internacional, visando também, mas não só, prevenir a evasão fiscal e a dupla não tributação¹⁶⁸. O § 56 do Comentário ao art. 1.º CMOCDE refere vários exemplos de uso abusivo das convenções, destacando a emigração do sujeito passivo com o intuito de alienar o ativo noutro Estado onde não é tributado ou, sendo-o, está sujeito a uma tributação diminuta.

Deste modo, destaca-se a importância da consagração de disposições anti abuso a nível interno, designadamente através da introdução de impostos de saída nos ordenamentos dos Estados contratantes¹⁶⁹ para evitar a utilização inapropriada dos tratados.

¹⁶⁴ De acordo com o Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE, este fenómeno consiste no facto de um Estado adotar legislação que frustre o que resulta dos tratados internacionais. Cf. <https://doi.org/10.1787/1c05c36b-en>, pp. 2-3.

¹⁶⁵ Vide Seiler, 2013, p. 582. Roch, 2016, p. 493.

¹⁶⁶ Gasco, 2017, p. 62.

¹⁶⁷ De Pietro, 2015, pp. 75-76.

¹⁶⁸ Cf. § 54 do Comentário ao Art. 1.º da CMOCDE.

¹⁶⁹ A aplicação deste mecanismo prevenirá as emigrações dos contribuintes para realizar o ativo em jurisdições de menor tributação. Vide § 69 do Comentário ao Art. 1.º CMOCDE.

Contudo, as disposições internas podem consagrar soluções distintas daquelas que resultam da CMOCDE¹⁷⁰ – como se verificaria no âmbito da tributação à saída, caso entendêssemos que o Estado da residência corresponde ao Estado da imigração. Caso isso aconteça, deve prevalecer a solução convencional, conforme resulta dos arts. 26.º e 27.º da CV69¹⁷¹.

Ainda que a liquidação de um imposto de saída possa contender com o conteúdo dos tratados, se estiver em causa uma utilização abusiva da convenção, os Estados contratantes não têm de conceder os benefícios resultantes da aplicação do tratado fiscal – sendo que o juízo sobre o uso abusivo dos tratados não deve ser feito levianamente¹⁷².

De acordo com o consagrado no § 61 do Comentário ao Art. 1.º CMOCDE, os benefícios da aplicação da CDT não devem ser concedidos quando o principal propósito do contribuinte tenha sido garantir uma posição fiscal mais favorável e um tratamento fiscal mais vantajoso¹⁷³, contrariando o que resultaria das convenções. Atualmente, na sequência da Ação 6 do Plano BEPS, a versão de 2017 da CMOCDE consagra no art. 29.º, n.º 9¹⁷⁴ uma regra geral anti abuso que, caso seja aplicável, nega a concessão do benefício decorrente da CDT.

Neste sentido, se existe dupla tributação jurídica internacional, isso significa que houve identidade do período tributário. Assim, se o sujeito passivo emigrou e de seguida alienou o ativo, isso pode indiciar que uma das únicas motivações da mudança de residência fiscal foi a poupança fiscal e o aproveitamento das diferenças entre os sistemas tributários dos Estados, pelo que poderemos estar perante uma utilização abusiva dos tratados. Se assim for, faz sentido que essa atuação abusiva afaste a aplicação da CMOCDE, que tem como uma das suas finalidades o combate à evasão fiscal.

Importa sublinhar que o Comentário faz referência apenas a emigrações com o intuito de alienar o ativo em Estados de menor ou nenhuma tributação, não fazendo qualquer distinção entre a emigração de boa fé e aquela que configura uma forma de *treaty shopping*¹⁷⁵. Pelo exposto, entendemos que a emigração não deve ser percecionada como uma presunção absoluta de evasão fiscal¹⁷⁶, visto que nem todas as deslocalizações têm motivações evasivas¹⁷⁷ e podem dever-se a um rol de fatores que não estão

¹⁷⁰ Cf. § 67 do Comentário ao Art. 1.º CMOCDE.

¹⁷¹ Cf. § 70 do Comentário ao Art. 1.º CMOCDE.

¹⁷² Cf. §§ 60-61 do Comentário ao Art. 1.º CMOCDE. Broe, 2002, p. 66.

¹⁷³ Este princípio coloca algumas questões sobre o planeamento fiscal das empresas, nomeadamente no que concerne à sua reorganização. No entanto, por se afastarem do escopo do presente estudo, não as iremos abordar.

¹⁷⁴ Importa mencionar que muitas CDT, por serem celebradas antes de 2017, ainda não consagram a regra geral anti abuso aditada na sequência da Ação 6 do Plano BEPS. Nessa circunstância, as disposições continuarão a negar o benefício decorrente da aplicação do tratado fiscal com base no princípio consagrado no § 61 do Comentário ao Art. 1.º CMOCDE. Cf. § 74 do Comentário ao Art. 1.º CMOCDE.

¹⁷⁵ Beretta, 2019, p. 104.

¹⁷⁶ Vide Ac. *Lasteyrie du Saillant* (§ 51). Lebre, 2019, p. 118.

¹⁷⁷ Tavares, 2018, p. 298.

corporizados nos tratados, como a procura de um regime de responsabilidade dos administradores mais favorável. Consideramos que o juízo da utilização não deve ser feito de forma leviana e deve atender às circunstâncias do caso concreto.

Além disso, não podemos olvidar que os impostos de saída surgiram no domínio da UE legitimando-se no princípio da territorialidade numa vertente temporal e não na prevenção da evasão fiscal. Aliás, o seu intuito é que as receitas sejam tributadas no Estado onde foram geradas.

No entanto, ainda que os impostos de saída tenham surgido efetivamente com base no princípio da territorialidade numa vertente temporal, atualmente, no contexto pós BEPS em que vivemos e em que se pretende combater a mera erosão da base tributária e a transferência de lucros, estes tributos têm sido encarados como instrumentos de combate à elisão fiscal¹⁷⁸ – veja-se o entendimento de Ana Paula Dourado¹⁷⁹, que os considera uma forma de prevenção da evasão fiscal, tratando-se de uma tributação excecional das mais-valias latentes. Deste modo, apesar de entendermos que a emigração não deve ser encarada como um fenómeno necessariamente evasivo, os impostos de saída têm sido encarados como um mecanismo de combate à elisão fiscal.

Por fim, importa reiterar que não consideramos os *exit taxes* uma forma de *treaty override*.

De acordo com Carramaschi¹⁸⁰, estes tributos não serão considerados uma forma de *treaty override*, dado que o fator essencial para a verificação deste fenómeno corresponde ao facto de a legislação interna do Estado contratante afetar imediatamente pessoas que são residentes no outro Estado contratante e, para além disso, exige-se que um direito tributário exclusivamente alocado ao Estado da residência seja convertido num direito partilhado com o Estado da fonte. Como os impostos de saída são liquidados enquanto a pessoa é residente do Estado de emigração, eles não afetam os residentes do outro Estado contratante fazendo-os, de repente, serem tributados.

Além disso, o autor considera que não existe *treaty override* dado que o direito a tributar aquele rendimento é alocado ao Estado de residência, que – na sua ótica – é o Estado de saída¹⁸¹. Carramaschi entende que a única maneira de se atender à residência atual do sujeito passivo seria atender a eventos futuros aquando da liquidação do imposto – o que considera demasiado rebuscado. Acrescenta ainda que o facto gerador de imposto escolhido pelo Estado de emigração no âmbito da sua soberania tributária não pode ser perçecionado como uma violação do tratado¹⁸².

¹⁷⁸ Os *exit taxes* surgem na DAE como um mecanismo de combate à elisão fiscal.

¹⁷⁹ Dourado, 2017, p. 113.

¹⁸⁰ Carramaschi, 2008, p. 289.

¹⁸¹ Não havendo, por isso, *treaty override*, já que o Estado de emigração teria competência para tributar aqueles rendimentos.

¹⁸² Carramaschi, 2008, p. 291.

Em suma, consideramos que a liquidação de um imposto de saída não deve ser percecionada como uma forma de *treaty override*, sendo legítimo que o Estado de emigração recorra a estes tributos.

Apesar de defendermos que não há lugar à aplicação da CMOCDE, caso adotássemos o entendimento de que a CMOCDE era, em abstrato, aplicável aos impostos de saída por existir dupla tributação jurídica internacional, consideramos que, existindo identidade do período tributário, isso indicará uma utilização potencialmente abusiva dos tratados fiscais, que deve ser analisada casuisticamente e que, muito provavelmente, sustentará a não aplicação da CMOCDE.

Capítulo 4. Apreciação global

4.1. A CMOCDE é aplicável aos impostos de saída?

Como tentámos demonstrar ao longo da presente dissertação, a resposta a esta questão não é consensual ou unívoca e dependerá da consideração de diferentes fatores.

Não obstante a CMOCDE ser compatível com a tributação de mais-valias latentes, não consideramos que seja aplicável aos impostos de saída imediatos, visto que cremos que a sua liquidação configura uma matéria estritamente nacional. Conforme reiterámos anteriormente, cabe no âmbito da soberania tributária dos Estados a decisão quanto à tributação dos seus residentes, podendo decidir como, quando e se os tributa. Neste sentido, aquando da liquidação, o Estado de emigração está a tributar um residente no âmbito da sua soberania tributária, havendo apenas a nuance de ter escolhido como momento de mensuração do valor do ativo a emigração, ao invés da realização do rendimento.

Consideramos ainda que é dúbia a existência de dupla tributação jurídica internacional, sobretudo pela provável disparidade entre períodos tributários. Ainda que adotássemos uma noção de dupla tributação que dispensasse a identidade do período tributário, consideramos que com o decorrer dos anos o vínculo que liga o Estado de emigração ao rendimento é cada vez menor, dificultando a verificação de dupla tributação jurídica. No entanto, entendemos que a identidade do período tributário é exigível, visto que os Estados, quando concordaram restringir o seu poder tributário na sequência da celebração da CDT, certamente não hão de ter concordado restringi-lo indefinidamente.

Na hipótese de se verificar identidade do período tributário, tal poderá indiciar um comportamento abusivo do sujeito passivo que sustenta a não aplicação da CMOCDE, que visa, além de eliminar a dupla tributação, combater a evasão fiscal.

Pelo exposto, consideramos que a CMOCDE não é aplicável aos impostos de saída imediatos.

No que concerne aos *trailing taxes*, entendemos não estarmos perante uma questão estritamente nacional e que existe dupla tributação jurídica internacional, visto que nesta modalidade de *exit tax* existe identidade do período tributário, dado que ambos os Estados tributam o sujeito passivo quando se verifica a alienação do ativo. Assim, o art. 13.º, n.º 5 CMOCDE seria a norma adequada para lidar com esta situação, mas sucede que ele atribui a competência tributária ao Estado da residência. Como ambos os Estados reivindicam essa qualidade, somos forçados a recorrer aos critérios de desempate que, por remeterem para um procedimento amigável, não são sinónimo de resolução desta situação – pelo que se efetivamente não se chegar a uma solução, ambos

os Estados seriam considerados o Estado da residência e só restaria recorrer aos mecanismos corretivos consagrados na CMOCDE, que, por não estarem redigidos no pressuposto de um conflito residência-residência, não eliminariam a dupla tributação.

Pelo exposto, consideramos que a redação da CMOCDE reitera a nossa convicção de que esta não se destina a reger este tipo de situações. Esta posição é enfatizada pela tendência crescente de os Estados introduzirem nas suas CDT disposições que preveem especificamente a tributação à saída¹⁸³, o que, na nossa opinião, reforça o entendimento de que a CMOCDE não é, tal como se encontra configurada, aplicável aos impostos de saída.

4.2. Propostas para eliminar a dupla tributação

Consideramos criticável o facto de a CMOCDE não considerar os eventos migratórios na sua redação, sobretudo quando a legitimidade da tributação à saída corresponde a um tema que gerou bastante discussão na última década.

Conforme referimos anteriormente, devido ao facto de a CMOCDE desconsiderar as operações de reorganização societária por via da emigração, os Estados veem-se obrigados a desviar-se da CMOCDE, consagrando medidas adequadas a lidar com este tipo de circunstâncias – designadamente no que concerne aos *trailing taxes*.

Na nossa opinião, as CDT são, por excelência, o instrumento mais adequado para lidar com a eliminação da dupla tributação emergente da tributação à saída. Deste modo, cumpre encontrar soluções de modo a compatibilizar este instrumento com a aplicação de impostos de saída pelos Estados contratantes.

A primeira solução que propomos passa pela alteração do texto convencional de modo a refletir esta realidade. Assim, propomos que seja consagrado um art. 13.º, n.º 6, que seria redigido da seguinte forma: “O disposto no número anterior não afeta o direito de cada Estado contratante tributar, de acordo com a sua legislação interna, os ganhos decorrentes da alienação do ativo auferidos por um residente do outro Estado contratante. Esta disposição só será aplicável se o alienante for ou tiver sido residente do primeiro Estado contratante no decurso dos 3 anos anteriores ao momento em que o ganho é efetivamente auferido. Passado esse período, a competência tributária é exclusivamente alocada ao Estado da residência”¹⁸⁴.

Em alternativa, propomos a consagração convencional ou por via unilateral de um mecanismo *step-up*, à semelhança do que acontece na UE por força da transposição da ATAD, que obriga os EM à adoção deste mecanismo.

¹⁸³ Moser, 2019, p. 39.

¹⁸⁴ Esta proposta é inspirada na CDT PT-CA.

O mecanismo *step-up* consiste no facto de o Estado de imigração, no caso de uma emigração intra-UE, ter de aceitar¹⁸⁵ o valor de realização estabelecido pelo EM de emigração como valor de aquisição dos ativos para efeitos fiscais. Este mecanismo corresponde a uma regra absoluta da qual os EM não se podem desviar¹⁸⁶. A sua utilização permite que o imposto de saída incida apenas sobre as mais-valias que se geraram no território do Estado de emigração, excluindo da sua alçada a tributação de rendimentos que se geraram na esfera do contribuinte quando este ainda não era seu residente¹⁸⁷.

Caso o Estado de imigração não adote um mecanismo *step-up*, provavelmente o sujeito será duplamente tributado, visto que o país de acolhimento não irá ter em consideração o imposto de saída pago no Estado de emigração, gerando assim a sobreposição da base tributária. No entanto, caso não haja lugar à tributação à saída e o Estado de imigração não tribute as mais-valias, verificar-se-á a dupla não tributação – o que também corresponde a um fenómeno indesejado¹⁸⁸.

Deste modo, a ocorrência de dupla tributação também depende do método de cálculo da mais-valia utilizado pelo Estado de imigração¹⁸⁹, pelo que a imposição da adoção de um mecanismo *step-up* permitirá precluir a dupla tributação existente devido à adoção de um imposto de saída¹⁹⁰.

Revela-se algo caricato que a DAE, que não tem qualquer propósito de eliminação da dupla tributação, demonstre maior consideração pelo fenómeno de reorganização empresarial por via da emigração e seja mais eficaz a eliminar a dupla tributação emergente da aplicação dos *exit taxes* através da imposição de um mecanismo *step-up* – pelo menos num contexto de emigrações intra-UE – do que um instrumento que tem essa finalidade.

Em alternativa, propomos a consagração do princípio da acumulação¹⁹¹, sendo que esta proposta pode ser consagrada unilateralmente pelos Estados ou ser incluída nos tratados. Esta solução consubstanciar-se-ia numa solução justa e que consistiria no facto de cada Estado poder tributar a parcela de mais-valias gerada no seu território durante o período em que o sujeito passivo foi aí residente – assim, dividir-se-ia a receita fiscal consoante o lugar onde o rendimento se gerou.

¹⁸⁵ Apenas não terá de o fazer caso o valor adotado não reflita o valor de mercado Cf. Art. 5.º, n.ºs 5 e 6 ATAD. Letizia, 2020, p. 37.

¹⁸⁶ Peeters, 2017, p. 132. Hernández, 2018, p. 223. Em Portugal, no âmbito da tributação das pessoas coletivas, este mecanismo encontra-se plasmado no art. 46.º, n.º 14 CIRC.

¹⁸⁷ Broe, 2002, p. 55.

¹⁸⁸ Vide <https://doi.org/10.1787/9789264241695-en>, p. 91, § 68.

¹⁸⁹ Kort, 2003, p. 105.

¹⁹⁰ Hoke, 2020, p. 951.

¹⁹¹ Kort, 2003, p. 106.

Em suma, caberá sempre ao Estado de imigração lidar com esta questão que não é resolvida pela CMOCDE, podendo optar por ignorar o problema (mantendo-se a existência de dupla tributação), adotar um mecanismo *step-up*, ou considerar o valor de aquisição originário do ativo e conceder um crédito de imposto correspondente ao encargo suportado pelo imposto de saída¹⁹².

¹⁹² Courinha, 2020, p. 196.

Conclusões

- I. Os Estados podem adotar diferentes critérios de tributação, sendo a residência o critério adotado pela maioria.
- II. Quando a sociedade deixa de ser residente fiscal devido à emigração, o Estado deixa de a poder tributar pelo seu rendimento global, gerando-se uma perda de receita tributária para o Estado de saída.
- III. Caso o Estado de saída considere a emigração um facto gerador de imposto, verificar-se-á a liquidação de um *exit tax*.
- IV. Esta reacção do Estado de saída pode assumir diferentes modalidades, destacando-se os impostos de saída imediatos, *os trailing taxes* e os impostos de saída que visam a dedução de benefícios fiscais.
- V. A liquidação de impostos de saída associada à tributação da realização de mais-valias pelo Estado de imigração poderá conduzir à dupla tributação. Neste sentido, cumpre aferir se a CMOCDE é aplicável aos impostos de saída.
- VI. A discussão da aplicabilidade da CMOCDE depende do preenchimento do âmbito subjetivo e objetivo do tratado.
- VII. Quanto ao âmbito subjetivo, não se levantam dúvidas sobre o seu preenchimento, visto que, independentemente da modalidade de *exit tax* adotada, o sujeito passivo será sempre residente de um dos Estados contratantes.
- VIII. Consideramos que o âmbito objetivo da CMOCDE também se encontra preenchido, visto que, caso adotemos a teoria do rendimento acréscimo, será defensável que os impostos de saída correspondam a impostos sobre o rendimento.
- IX. Apesar de considerarmos que o escopo do tratado se encontra preenchido, cumpre aferir se alguma das disposições da CMOCDE é apta a regular a distribuição da competência tributária no âmbito dos impostos de saída. Esta questão dependerá do tipo de *exit tax* adotado pelo Estado de emigração.
- X. Entendemos que a CMOCDE não é aplicável aos impostos de saída imediatos, visto estarmos perante uma questão estritamente nacional. O imposto é aplicado a um residente do Estado de emigração imediatamente antes da perda de residência fiscal. Os Estados podem decidir que rendimentos dos seus residentes hão de tributar, assim como e quando o farão. Neste sentido, a emigração corresponde a um facto gerador de imposto tão legítimo como a realização. Ademais, consideramos dúbia a existência de dupla tributação jurídica decorrente da liquidação de *exit taxes* devido à provável disparidade entre períodos tributários. No entanto, quando existe identidade dos períodos

tributários, isso pode indiciar uma utilização abusiva do tratado fiscal por parte do sujeito passivo que sustentará a sua não aplicação – visto que um dos seus objetivos é prevenir a evasão fiscal.

- XI. No que concerne aos *trailing taxes*, entendemos que estariam preenchidos os requisitos para aplicação do art. 13.º, n.º 5 CMOCDE. No entanto, tendo em consideração que os Estados da emigração e imigração reivindicam simultaneamente o estatuto de Estado da residência, temos de recorrer aos critérios de desempate consagrados no art. 4.º, n.º 3 CMOCDE, visto que a aplicação da CMOCDE exige a unicidade convencional da residência. Contudo, da aplicação destes critérios pode não resultar qualquer acordo e, assim sendo, ambos os Estados serão tidos como Estado da residência – o que irá gerar um impasse, visto que os mecanismos corretivos previstos nos arts. 23-A e 23-B CMOCDE não estão redigidos de modo a abranger um conflito residência-residência, pelo que não haveria lugar à eliminação da dupla tributação jurídica internacional.
- XII. Assim, para se aplicar a CMOCDE à tributação à saída, os Estados têm de aditar disposições que prevejam especificamente a tributação à saída, de modo a refletir a realidade das reorganizações empresariais por via da emigração. Caso o texto convencional permaneça inalterado, os Estados poderão recorrer unilateralmente à consagração de um mecanismo *step-up* ou até à consagração do princípio da acumulação.
- XIII. Em suma, consideramos que a CMOCDE não é aplicável aos impostos de saída imediatos e que só poderá ser eficazmente aplicável aos *trailing taxes* caso existam alterações ao texto convencional.

Bibliografia

- ARNOLD, B.J. (2014). *An introduction to tax treaties*. https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2020-06/TT_Introduction_Eng.pdf.
- AZEVEDO, P.A. (2017). A dupla tributação internacional: questões levantadas e métodos para a evitar. *Cadernos de Direito Actual*, vol. 6, pp. 31-65.
- BERETTA, G. (2019). Cross-border mobility of individuals and the lack of fiscal policy coordination among jurisdictions (even) after the BEPS project. *Intertax*, vol. 47, n.º 1, pp. 91-112.
- BETTEN, R. (1998). *Income tax aspects of emigration and immigration of individuals*. IBFD.
- BRAGA, A.P. (2011). *The corporate exit taxes and the EU. A special reference to the Portuguese regime*. Tese de Mestrado. Institute of Advanced Legal Studies at University of London.
- BRANDSTETTER, P. (2010). *The substantive scope of Double Tax Treaties – a study of Article 2 of the OECD Model Conventions*. Tese de Doutoramento. WU Vienna University of Economics and Business.
- BRILMAN, L. (2013). *Emigration and immigration of a business: impact of taxation on European and global mobility*. Tese de Mestrado. Tilburg University.
- BROE, L. (2002). *The tax treatment of transfer of residence by individuals*. General Report IFA.
- BROE, L. & WILLOQUÉ, K. (2011). Exit taxes on substantial shareholdings and pension claims: The Dutch Supreme Court's interpretation of Arts. 13, 15 and 18 of the OECD Model. In *Tax Polymath: a life in international taxation* (pp. 228-249). IBFD.
- CARRAMASCHI, B. (2008). Exit taxes and the OECD Model Convention. *Tax Notes International*, vol. 49, n.º 3, pp. 283 ss.
- CEJIE, K. (2012). Emigration taxes – Several questions, few answers: From Lasteyrie to National Grid Indus and beyond. *Intertax*, vol. 40, n.º 6, pp. 382-399.
- CHAND, V. (2013). Exit charges for migrating individuals and companies: Comparative and tax treaty analysis. *Bulletin for International Taxation*, vol. 67, n.ºs 4 e 5.
- COURINHA, G.L. (2020). *A Residência no direito internacional fiscal – Do abuso subjetivo de convenções*. Coimbra: Almedina.
- DOURADO, A.P. (2015). Aggressive tax planning in EU Law and in the light of BEPS: The EC Recommendation on aggressive tax planning and BEPS Actions 2 and 6. *Intertax*, vol. 43, n.º 1, pp. 42-57.
- DOURADO, A.P. (2017). *Governança fiscal global*. Coimbra: Almedina.
- GASCO, A.Z. (2017). El BVfErG abre la puerta a la constitucionalidad del treaty override en Alemania. *Crónica tributaria*, vol. 1, pp. 60-72.
- GONZALEZ-BARREDA, P.H. (2019). Exit taxes: One size should not fit all. In *Combating tax avoidance in the EU: Harmonization and cooperation in direct taxation* (pp. 191-226). Wolters Kluwer.
- HOKE, W. (2020). Dutch exit tax bill targeting Unilever raises legal issues. *Tax Notes International*, August, pp. 951-953.

- HUG, J.C. (2015). *The taxation of gains derived from the alienation of shares in real estate companies under the OECD Model Tax Convention*. Tese de Mestrado em Direito. Faculty of Law at Maastricht University.
- KORT, J.W.J. (2003). Levy upon emigration of a substantial participation holder: an Infringement of Article 13 of the OECD Model Convention? *Intertax*, vol. 31, n.º 3, pp. 102-106.
- KUBICOVÁ, J. (2016). Exit tax in the world of companies and individuals. In *Globalization and its socio-economic consequences. 16th International Scientific Conference Proceedings (Part III)*, pp. 68-70.
- LANG, M. (2005). “Taxes covered” – What is a “tax” according to Article 2 of the OECD Model? *Bulletin for International Fiscal Documentation*, June, pp. 216-223.
- LEBRE, G. (2019). *Os impostos de saída como instrumento de combate à elisão fiscal no contexto da Diretiva (EU) 2016/1164 do Conselho de 12 de Julho de 2016*. Tese de Mestrado em Direito Tributário. Escola de Direito da Universidade do Minho.
- LETIZIA, G. (2020). The recent restrictive ECJ Approach to exit tax and the ATAD Implementation. *EC Tax Review*, vol. 1, pp. 33-37.
- MAN, F. & ALBIN, T. (2011). Contradicting views of exit taxation under OECD MC and TFEU: are exit taxes still allowed in Europe? *Intertax*, vol. 39, n.º 12, pp. 613-625.
- MARQUES, T. (2020). *Código do IRC – Anotado e comentado*. 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- MOSER, K. (2019). *Exit Taxes in the context of double tax treaties: Is the individual emigration from South Africa protected against double taxation?* Tese de Mestrado. Cape Town, Faculty of Commerce at University of Capetown.
- NETO, L.F. (2015). *Os “contextos” na interpretação e aplicação de acordos de bitributação*. Tese de Doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- NOGUEIRA, J.F.P. (2010). Exit taxation of companies in Portugal. *European Tax Studies*, vol. 9, pp. 9-28.
- NOGUEIRA, J.F.P. (2011). A dupla residência fiscal de pessoas singulares – enquadramento da questão nos planos interno, europeu e internacional à luz da recente orientação do Supremo Tribunal Administrativo. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º 1.
- NOGUEIRA, J.F.P. (2019). International tax law: “Context” in the interpretation and application of double tax treaties. *Intertax*, vol. 47, n.º 1, pp. 125-126.
- PANAYI, C.H. (2009). Corporate mobility in the European Union and exit taxes. *Bulletin for International Taxation*, vol. 16, October, pp. 459-473.
- PANAYI, C.H. (2011). Exit taxation as an obstacle to corporate emigration from the specter of EU tax law. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 13, pp. 245-281.
- PEETERS, S. (2013). Exit taxation on capital gains in the European Union: A necessary consequence of corporate relocations? *European Company and Financial Law Review*, vol. 10, n.º 4, pp. 507-522.
- PEETERS, S. (2017). Exit Taxation: From an internal market barrier to a tax avoidance prevention tool. *EC Tax Review*, vol. 3, pp. 122-132.

- PEREIRA, P.R. (2010). *Princípios de direito fiscal internacional: Do paradigma clássico ao direito fiscal europeu*. Coimbra: Almedina.
- PICHEL, P. (2013). *O âmbito espacial do regime de coligação societária à luz do direito da União Europeia*. Tese de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto.
- PIETRO, C. (2015). Tax treaty override and the need for coordination between legal systems: Safeguarding the effectiveness of international law. *World Tax Journal*, February, pp. 1-25.
- RIBEIRO, J.S. (2018). *Tributação presuntiva do rendimento: Um contributo para reequacionar os métodos indirectos de determinação da matéria tributável*. Coimbra: Almedina.
- RIBEIRO, J.S. (2019). *Direito fiscal da União Europeia: tributação direta*, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- RIBES, A. (2015). Un nuevo exit tax en el ordenamiento español: El artículo 95 bis LIRPF. *Cronica Tributaria*, vol. 154, pp. 119-138.
- ROCH, M.T.S. (2016). Exit tax: a fair balance? In *Practical problems in European and international tax law* (pp. 483-489). IBFD.
- SANCHES, J.S. (2007). *Manual de direito fiscal*. 3.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- SEILER, M. (2013). Exit taxation arising from a deemed disposal of shares. *Bulletin for International Taxation*, November, pp. 580-583.
- SILVA, D. (2013). *Impostos de saída: Fundamento e limites*, Tese de Mestrado em Direito Tributário e Fiscal. Escola de Direito da Universidade do Minho.
- SIMONTACCHI, S. (2007). *Taxation of capital gains under the OECD Model Convention: With special regard to immovable property*. Kluwer Law International.
- SOUSA, A.F. (2009). Company's cross-border transfer of seat in the EU after Cartesio. *The Jean Monnet Working Papers*, n.º 7, pp. 3-82.
- TAVARES, T. (2018). *IRC e contabilidade – Da realização ao justo valor*. Coimbra: Almedina.
- VOGEL, K. (1986). Double tax treaties and their interpretation. *International Tax & Business Lawyer*, vol. 4, n.º 1, pp. 1-85.
- XAVIER, A. (2017). *Direito tributário internacional*, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.

Documentos de Organizações Internacionais

- OCDE (2015). *Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, Action 6 – 2015 Final report*, OECD/G20 Base erosion and profit-shifting project, OECD Publishing, Paris. <https://doi.org/10.1787/9789264241695-en>.
- OCDE (2019). Introduction. In *Model Tax Convention on income and on capital 2017 (Full Version)*, OECD Publishing, Paris. <https://doi.org/10.1787/a5b41c54-en>.
- OCDE (2019). Tax treaty override. In *Model Tax Convention on income and on capital 2017 (full version)*, OECD Publishing, Paris. <https://doi.org/10.1787/1c05c36b-en>.

Lista jurisprudencial

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 27.09.1988, Processo n.º C-81/87, *Daily Mail*.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 14.02.1995, Processo C-279/93, *Schumacker*.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 21.09.1999, Processo n.º C-307/97, *Saint-Gobain*.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 11.03.2004, Processo n.º C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 16.12.2008, Processo n.º C-210/06, *Cartesio*.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 29.11.2011, Processo n.º C-371/10, *National Grid Indus*.

Supreme Court of Appeal of South Africa decision, 8.05.2012, Processo n.º 132/11, *SARS v. Tradehold Limited*.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 6.09.2012, Processo n.º C-38/10, *Comissão/Portugal*.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 23.01.2014, Processo n.º C-164/12, *DMC*.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 21.05.2015, Processo n.º C-657/13, *Verder LabTec*.

Acórdão Tribunal de Justiça da União Europeia, 19.11.2015, Processo C-241/14, *Bukovansky*.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 13.07.2016, Processo n.º C-18/15, *Brisal*.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 7.09.2016, Processo n.º C-470/04, *N*.

“Amores” que matam

Considerações jurídico-penais sobre os homicídios
“passionais”

Mariana Sousa e Cunha

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria da Conceição Cunha

“Dei-te um beijo antes de te matar,
Só me restava morrer beijando quem eu tanto amara”

Otelo, William Shakespeare

Agradecimentos

À Doutora Conceição Cunha, minha exemplar Orientadora, por me ter ajudado a caminhar e ultrapassar esta nova etapa através da sua dedicação, conselhos e ensinamentos que me foi transmitindo ao longo de todo este percurso.

Aos meus Pais, sem os quais nada disto seria possível e a quem eu devo tudo o que tenho e tudo aquilo que sou. Obrigada pelo apoio incondicional.

À minha irmã, minha conselheira, porto-seguro e amiga de todos os tempos, bons e maus. Um exemplo para mim de perseverança e superação quer a nível profissional, quer na vida em geral.

Ao meu namorado, por todo o apoio, compreensão e, acima de tudo, paciência. Por acreditar sempre em mim mesmo quando eu própria não o fazia. Por estar lá nos momentos de conquista, mas essencialmente por não me deixar cair nos momentos de tristeza.

Aos meus amigos, em especial à minha amiga Joana Monteiro, pela amizade e por todos os conselhos, apoio e motivação emocional que me deu nesta etapa e sempre.

À minha tia Nina, por sempre me ter apoiado e acreditado em mim e por ser um exemplo para mim enquanto pessoa e Advogada.

Ao Dr. Filipe Pinto Baldaia, ao Dr. Tomás Ferreira e à minha Ilustre Patrona, Dr.^a Isabel Pinto, por contribuírem para o meu crescimento profissional, enquanto advogada estagiária, através dos seus sábios ensinamentos, e também para o meu crescimento enquanto pessoa.

A todas as pessoas que, de alguma forma, contribuíram para a realização desta dissertação.

Resumo

A presente dissertação tem como objeto a temática dos homicídios “passionais”, fenómeno atual e preocupante, pois provoca anualmente, em Portugal e em todo o mundo, dezenas de mortes de mulheres.

Investigámos o enquadramento jurídico-penal destes homicídios (no homicídio simples, qualificado ou privilegiado), bem como a sua relação com o crime de violência doméstica, questionando a presença de uma relação de concurso aparente ou efetivo e da possibilidade de aplicação das penas acessórias ao crime de homicídio, concluindo ainda pela necessidade de uma alteração legal¹, que clarifique estas questões e, ainda, que torne possível a aplicação de penas acessórias, mesmo no caso em que os homicídios “passionais” não ocorram em concurso com o crime de violência doméstica.

Palavras-chave: homicídios “passionais”; homicídio qualificado; homicídio privilegiado; concurso aparente; concurso efetivo; violência doméstica; penas acessórias.

Abstract

The present dissertation addresses the subject of heat of passion killings, a current and worrying phenomenon, since it causes the death of dozens of women, annually, in Portugal and around the world.

We investigate the legal and penal frames of these killings, as well as their relationship with the crime of domestic violence. Furthermore, we question the presence of an apparent or effective concurrence relationship, and the possibility of applying accessory penalties to the crime of homicide. The conclusion is that there is a need for a legal amendment that not only clarifies these issues, but also makes it possible to apply accessory penalties, even in cases when heat of passion killings do not occur in concurrence with the crime of domestic violence.

Keywords: heat of passion killings; wife killings; crimes of passion; qualified homicide; privileged homicide; domestic violence; accessory penalties.

¹ Esta é uma das conclusões/análises críticas efetuadas à data da realização e defesa da presente Dissertação, mas, entretanto, felizmente, esta alteração ocorreu, com a Lei 57/2008, que veio clarificar o problema da aplicação das penas acessórias presentes no art. 152.º do CP, indo ao encontro, precisamente, daquilo por nós defendido.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
APAV	Associação de Proteção e Apoio à Vítima
Art.	Artigo
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
Coord.	Coordenador
Dir.	Diretor
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
N.º	Número
p.	Página
pp.	Páginas
Proc.	Processo
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
UMAR	União de Mulheres Alternativa e Resposta

Nota prévia

A presente Dissertação, entregue no dia 13 de novembro de 2020 e defendida no dia 9 de março de 2021, aborda, como um dos seus temas centrais, a problemática do concurso de crimes, especificamente entre o crime de violência doméstica e o crime de homicídio e, consequentemente, o problema que daí advém referente à aplicabilidade das penas acessórias previstas no n.º 4 e no n.º 6 do art. 152.º CP para o crime de violência doméstica quando se entende que se está perante um concurso aparente de crimes. Isto porque, na posição majoritária da jurisprudência e doutrina, quando é esse o caso, o agente seria punido exclusivamente pelo crime com a pena mais gravosa, neste caso o crime de homicídio, nos termos da cláusula de subsidiariedade expressa existente na parte final do n.º 1 do art. 152.º do CP, a saber: “é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição final”, o que levaria a que as penas acessórias nele previstas também não fossem aplicadas. Assim, uma das questões relevantes neste trabalho prende-se com a possibilidade, ou não, da aplicação, nestes termos, das penas acessórias previstas para o crime preterido.

A presente nota serve para, no entanto, realçar que, posteriormente à defesa da Dissertação em apreço, entrou em vigor a Lei n.º 57/2021, de 16 de agosto, que veio precisamente alterar o n.º 4 do art. 152.º do CP, clarificando esta questão, uma vez que passou a ter a seguinte redação “Nos casos previstos nos números anteriores, incluindo aqueles em que couber pena mais grave por força de outra disposição legal, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias”. Esta alteração veio precisamente ao encontro daquilo que defendemos nesta dissertação, como se poderá verificar mais adiante.

Adicionalmente, após a defesa desta Dissertação, realce-se também que saiu, entre outros, um artigo com interesse e pertinência para este trabalho e que se prende com a possibilidade de poder haver, ou não, concurso efetivo entre o crime de violência doméstica e outros crimes. Neste sentido, procedeu-se, igualmente, a uma pequena atualização ao nível da bibliografia.

Índice

Introdução	8
CAPÍTULO I – Os homicídios “passionais” e o seu enquadramento	9
I.1. Homicídio privilegiado	10
a) Compreensível emoção violenta	11
b) Desespero	13
c) Motivo de relevante valor social ou moral	14
I.2. Homicídio qualificado	15
a) Análise da alínea b)	18
b) Análise da alínea e)	19
CAPÍTULO II – Violência doméstica – Um “atalho” para os homicídios passionais?	22
II.1. Bem jurídico protegido	22
II.2. Breve análise do tipo de ilícito	23
Capítulo III – Dos homicídios em contexto de violência doméstica	26
III.1. Apresentação de dados	26
III.2. Da distinção entre concurso aparente e efetivo	27
A) A tese de Eduardo Correia	28
B) Proposta apresentada por Figueiredo Dias	30
III.3. Violência doméstica e homicídio: o problema do concurso em concreto	32
III.4. Aplicação de penas acessórias no âmbito dos homicídios passionais	40
Conclusão	44
Bibliografia	45
Jurisprudência	46

Introdução

Os homicídios “passionais” constituem um fenómeno que, apesar de “velho”, se mantém atual na nossa sociedade. Em Portugal, todos os anos morrem dezenas de mulheres nas mãos dos homens que lhes juraram amor.

Segundo dados recolhidos pela UMAR¹, entre 2014 e 2019 foram assassinadas, em Portugal, 534 mulheres, das quais 434 no âmbito de relações de intimidade, presente ou passada, o que demonstra que 81% das mulheres assassinadas foram-no num contexto de relações de intimidade.

Em 2019² foram 31. Das 41 mortes em contexto de violência doméstica (representando já 46,5% do total dos homicídios), 31 delas eram mulheres adultas e, destas, 22 foram mortas pelas mãos de companheiros ou ex-companheiros. Os motivos? Maioritariamente ciúmes doentios, a desconfiança, a não aceitação do fim da relação, a possessividade. Integrando-se, assim, nos homicídios “passionais”, pese embora de passionais não tenham nada.

Face aos dados apresentados, é notório não só o facto de as vítimas dos homicídios passionais serem maioritariamente mulheres, mas também o peso que estes homicídios têm na nossa sociedade, sendo, portanto, a nosso ver, manifesta a importância desta temática.

Deste modo, propomo-nos, primeiramente, proceder ao enquadramento dos homicídios “passionais”, tendo em conta que estes não se encontram autonomamente previstos no nosso CP. De seguida, abordaremos, ainda que em segundo plano, o crime de violência doméstica, uma vez que, como pudemos já verificar através dos dados apresentados, a violência doméstica anda, muitas vezes, “de mãos dadas” com os homicídios desta natureza, e, consequentemente, trataremos da problemática do concurso entre estes crimes.

Por último, focar-nos-emos nas penas acessórias, não só nos casos em que estamos perante o concurso entre o crime de violência doméstica e o crime de homicídio, mas também nos casos em que o agente é condenado pelo crime de homicídio (“passional”), por entendermos que aquelas penas têm muito potencial e podem trazer muitos benefícios, não só para a vítima, mas também para o agente do crime.

¹ UMAR, 2019.

² APAV, 2019.

CAPÍTULO I

Os homicídios “passionais” e o seu enquadramento

Em primeiro lugar, e antes de procedermos ao aprofundamento das temáticas que nos propusemos tratar, importa perceber o que é, afinal, um crime passionais e, mais especificamente, um homicídio passionais.

De um modo geral, considerando a jurisprudência e doutrina analisadas, entende-se por crimes passionais os crimes motivados pela paixão, paixão esta violenta, doentia e que se encontra intrinsecamente ligada a sentimentos como o ciúme, possessividade, vingança e ódio.

Por outro lado, o crime de homicídio, em concreto o homicídio simples, para que esteja consumado, pressupõe, por um lado, uma conduta do(s) agente(s) (matar) e, por outro, um resultado (a morte de alguém), devendo a produção deste resultado ser objetivamente imputável ao agente. Resulta do art. 131.º CP, quando refere “matar outra pessoa”, que o crime de homicídio é um crime material ou de resultado e, para além disso, um crime de execução livre, uma vez que o resultado será sancionado independentemente dos meios utilizados para alcançá-lo.

Quanto ao tipo subjetivo deste crime, a nossa lei exige o dolo, que poderá assumir qualquer uma das formas previstas no art. 14.º do CP, a saber, dolo direto, necessário ou eventual. De acordo com a generalidade da doutrina, poder-se-á definir o dolo como “o conhecimento e a vontade de realização do facto típico, comportando, assim, um elemento intelectual e um elemento volitivo”³. Para Figueiredo Dias, existe culpa dolosa quando o agente revele uma atitude íntima contrária ou indiferente ao direito e às suas normas, sendo, porém, necessário que se comprove que a prática do ilícito típico é imputável a tal atitude.⁴

Neste sentido, um homicídio passionais será toda a conduta que cause a morte de outra pessoa, por ação ou omissão, “motivado por uma emoção intensa e prolongada, ou simplesmente paixão, desencadeado pela possessividade, pelo ciúme, ou até pela incapacidade de aceitação do fim de um relacionamento amoroso, que tanto pode vir do amor como do ódio, da ira e da própria mágoa”.⁵

Para além das motivações, os homicídios “passionais” apresentam uma outra particularidade que se prende com a relação de intimidade, seja ela afetiva e/ou sexual, que existe ou existiu no passado, entre o agente do crime e a vítima.

Os homicídios “passionais” integram-se no capítulo dos Crimes Contra a Vida. Aqui, o bem jurídico protegido é a vida humana. A vida que é inviolável, nos termos do art. 24.º da CRP. A vida que se encontra no topo da pirâmide dos bens jurídicos protegidos, não fosse “o

³ Ac. STJ de 27-11-2019, Proc. n.º 323/18.2PFLRS.L1.S1.

⁴ Dias, 2019.

⁵ Ribeiro, 2015.

ataque ao bem vida, na sua forma de dano/violação, único e irrepetível, tal como também a vida é em si mesma única e irrepetível”⁶.

Atendendo ao facto de não se encontrarem tipificados, de um modo autónomo, no nosso código penal, torna-se fulcral proceder ao enquadramento legal dos homicídios “passionais”, bem como apurar a responsabilidade jurídico-penal dos agentes que consumam este crime.

Neste sentido, importa realçar que o crime de homicídio, nos termos do art. 131.º do CP, constitui o tipo legal basilar dos crimes contra a vida, sendo a partir deste que são criados os restantes. Deste modo, a partir do homicídio simples, a lei pode qualificá-lo, estando, neste caso, perante um homicídio qualificado, ou privilegiá-lo, como é o caso do homicídio privilegiado plasmado no art. 133.º do nosso CP, o que dependerá de todas as circunstâncias do crime em questão.

I.1. Homicídio privilegiado

Os homicídios privilegiados surgem no nosso CP enquanto uma forma atenuada do homicídio simples presente no art. 131.º do CP, atenuação esta que se deve a razões que se prendem com a culpa. Neste sentido, verificado um dos elementos privilegiadores retratados no art. 133.º do CP, a saber, *compreensível emoção violenta, desespero, compaixão ou motivo de relevante valor social ou moral*, poderá haver uma atenuação da moldura penal do homicídio simples, que passa dos 8 a 16 anos para 1 a 5 anos de pena de prisão. Isto porque se entende que quando o agente age dominado por um destes elementos, podemos estar perante uma sensível diminuição da culpa. Por outras palavras, trata-se de uma “exigibilidade diminuída por um ‘estado de afeto’”⁷.

Assim, para que haja o privilegiamento do homicídio, são necessários dois requisitos cumulativos: que se verifique um dos fatores já acima referidos e que exista uma situação concreta de exigibilidade diminuída por eles determinada, dado que tais estados não funcionam por si só. Na linha de Figueiredo Dias “o efeito diminuidor da culpa ficar-se-á a dever ao reconhecimento de que, naquela situação, também o agente normalmente ‘fiel ao direito’ teria sido sensível ao conflito espiritual que lhe foi criado e por ele afetado na sua decisão, no sentido de lhe ter sido estorvado o normal cumprimento das suas intensões”.⁸

Tendo em conta o crime em apreço, apenas iremos aprofundar, por serem aqueles de maior relevância para o presente estudo, os elementos privilegiadores da “compreensível emoção violenta”, “desespero” e “motivo de relevante valor social ou moral”.

⁶ Costa, 1992.

⁷ Cunha, 2017.

⁸ Dias (dir.), 2012.

a) Compreensível emoção violenta

Face ao exposto, importa referir que por *compreensível emoção violenta* entende-se um forte estado de afeto que é despoletado por uma situação concreta e à qual o referido homem “fiel ao direito” também não ficaria indiferente, insensível. Esta situação é muitas vezes comparada, por alguns autores, àquilo que, antes de 1982, era designado como provocação, isto é, uma situação tal que, dada a sua intensidade, seria de esperar que levasse o agente a reagir com a prática do crime.

Note-se que o art. 133.º do CP coloca à cláusula da emoção violenta uma dupla exigência que se constitui como um duplo controlo: é exigido que essa emoção violenta seja compreensível, para além de ter de diminuir sensivelmente a culpa do agente. Aquele requisito traduz-se numa imposição adicional no que respeita ao critério da diminuição sensível da culpa do agente, ou da exigibilidade diminuída.

O modo de aferir o conceito de compreensibilidade, porém, levanta algumas divergências na nossa doutrina. Desde logo, na linha de Figueiredo Dias, compreensível será a emoção violenta provocada por uma situação pela qual o agente não pode ser censurado e em relação à qual a pessoa “fiel ao direito” não deixaria de ser sensível. Assim, deve-se ter em conta aquilo que a pessoa fiel ao direito, nas mesmas circunstâncias, faria, para aferir da compreensibilidade, ou não, da emoção que levou à prática do crime.

Por outro lado, afastando-se do critério da pessoa fiel ao direito, Fernanda Palma⁹ entende que aquilo que se deve ter em conta é a personalidade do agente em questão, o agente concreto, ao invés do agente abstrato, pois que é em relação ao próprio agente que sente aquela emoção que se deve verificar se a mesma é violenta e compreensível e se o agente atuou por ela dominado. Isto porque cada pessoa tem uma história diferente que irá influenciar o modo como sente e exterioriza as emoções.

Olhando para a nossa jurisprudência, tradicionalmente, tendia-se a relacionar o requisito adicional da compreensibilidade com a proporcionalidade, isto é, a situação que despoletou aquela emoção violenta no agente teria de ser proporcional à reação do agente, à agressão¹⁰.

Atualmente, porém, a jurisprudência portuguesa tende a considerar que não se trata de uma relação de proporcionalidade, pois que “nunca pode existir ‘proporcionalidade’, em qualquer dos sentidos possíveis (...) entre uma qualquer emoção e a morte dolosa de outra pessoa”¹¹, mas antes de um mínimo de gravidade ou de peso do estado que perturbou o agente, dificultando-lhe o respeito pelos bens jurídicos, neste caso, a vida humana.

⁹ Palma, 2005.

¹⁰ Neste sentido, o Ac. do STJ de 21-01-87, que dispõe que “A emoção violenta, porém, só é compreensível desde que exista uma adequada relação de proporcionalidade entre o facto injusto do provocador e o facto ilícito do provocado”.

¹¹ Dias (dir.), 2012.

A nosso ver, este estado de emoção enquanto elemento privilegiador quando enquadrado nos homicídios passionais, é suscetível de grandes discussões e críticas.

Desde logo, porque não nos parece, de forma alguma, viável que, em pleno século XXI, numa altura em que tanto se luta pela igualdade de género e tanto se tenta combater a violência contra as mulheres – e falamos em mulheres porque, como já foi previamente referido, maioritariamente as vítimas dos homicídios “passionais” são mulheres – se considere compreensível e, conseqüentemente, haja uma redução da culpa dos agentes que matem alegadamente “em nome do amor” ou “por amor” as pessoas com quem mantêm ou mantiveram uma relação de intimidade. Na realidade, o que se constata é que matam, não por amor, por paixão, mas sim movidos por sentimentos de posse, machismo, de dominação e autoafirmação, de preservação da “honra”, de ciúme doentio. Nenhuma destas emoções, que estão na base das motivações dos homicídios passionais, sejam estas o fim da relação ou uma traição, deveriam, em regra, atenuar a culpa pelo crime cometido, principalmente quando esse crime é um homicídio.

Assim, rejeitando a conceção de Fernanda Palma, tendo em conta que a consideramos excessiva, pois não se pode deixar de exigir ao agente que controle as suas emoções e, mais ainda, não se pode atender exclusivamente à estrutura ético-valorativa daquele, sob pena de o direito penal se tornar num direito penal do agente, mas aceitando, na linha de pensamento de Américo Taipa de Carvalho¹², ainda que de um modo mais restritivo, que casos há em que, de facto, o quadro emocional do agente, atendendo às circunstâncias do caso, poderá levar a uma atenuação da culpa, entendemos que, maioritariamente, no âmbito dos homicídios “passionais”, o agente deveria conseguir libertar-se da emoção, pois que a pessoa “fiel ao direito”, ainda que se sentisse revoltada ou triste, não atentaria contra a vida de uma pessoa com a qual estabelece(u) uma relação de intimidade e aceitaria, por exemplo, o fim da relação.

Analizada alguma jurisprudência no que respeita ao elemento privilegiador no âmbito dos homicídios “passionais”, tem-se rejeitado, e a nosso ver, bem, a aplicação dessa cláusula. Para tanto, veja-se, a título de exemplo, o Ac. do STJ de 17-09-2009¹³, no qual o Tribunal sustenta que:

Em qualquer caso, não estamos perante uma compreensível emoção violenta, porquanto a conduta do recorrente, a aceitar-se como resultando de uma emoção violenta, nunca poderia ser considerada “compreensível”, já que lhe era exigível outro comportamento perante a atitude da BB. Na verdade, uma pessoa fiel ao direito teria de aceitar a vontade dela de se divorciar, de respeitar a sua autonomia, e até de compreender essa intenção, perante o reiterado comportamento agressivo e mesmo violento que o recorrente mantinha há muito para com ela. Não há

¹² Carvalho, 2016.

¹³ Proc. n.º 434/09.5YFLSB.

qualquer provocação por parte da vítima, mas apenas o livre exercício dos seus direitos enquanto pessoa humana.

b) Desespero

Partimos agora para a análise da cláusula do “desespero”, presente igualmente no preceito do art. 133.º do CP. Enquanto elemento que privilegia o crime, o desespero encontra-se muitas vezes ligado à compreensível emoção violenta, verificando-se em situações que se prolongam no tempo e se vão “acumulando”, acabando, em determinada situação, por despoletar uma emoção violenta, como se se tratasse da “última gota” que faz transbordar o copo. Nestes casos, o agente sente-se de tal forma violentado, oprimido, aprisionado, que vê a morte do agressor como a única saída dessa “prisão”. Nestes termos, são normalmente aqui integrados os casos de “humilhação prolongada” ou de “tirania doméstica”, isto é, por exemplo, quando uma mulher que é vítima de violência doméstica pelo seu companheiro, reiteradamente, acaba por matar o agressor para acabar com o seu sofrimento, com as agressões durante tanto tempo experienciadas.

Contrariamente ao que acontece com o elemento da “compreensível emoção violenta”, nos casos em que estamos perante o “desespero”, a lei não exige que este seja compreensível.

Relativamente à jurisprudência analisada no que a este elemento privilegiador respeita, verificámos que são vários os acórdãos onde se negou o privilegiamento quando estamos perante homicídios passionais. A título de exemplo, o Ac. do STJ de 14-07-2010¹⁴ salienta que:

Especificamente sobre o ciúme, salienta-se na jurisprudência do STJ que no desespero estão em causa sobretudo estados de afecto asténicos, como a angústia, a depressão ou a revolta. Especificamente sobre o ciúme, tem-se entendido que a valorização do ciúme ou da desconfiança sobre a fidelidade do cônjuge como elemento mitigador da responsabilidade criminal é absolutamente de rejeitar no ordenamento jurídico de um Estado de direito democrático, assente na dignidade da pessoa humana e no direito de todos ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Posição esta com a qual concordamos na totalidade, já que, constituindo uma atitude egoísta, e por isso não sendo passível de se integrar no elemento desespero, este ciúme obsessivo atenta contra a liberdade de escolha da vítima, que tem o direito de tomar as decisões que entender quanto às suas relações pessoais e íntimas.

¹⁴ Proc. n.º 408/08.3PRLSB.L2.S1.

c) Motivo de relevante valor social ou moral

Por último, cumpre-nos analisar o elemento privilegiador do “motivo de relevante valor social ou moral” por também constituir um motivo algo relevante no âmbito dos homicídios passionais.

De facto, exemplos de homicídios passionais em defesa da honra não nos faltam, principalmente quando olhamos para a literatura, pois como bem se sabe “a Arte imita a vida” e vice-versa. Um dos mais exímios exemplos disso é a obra de William Shakespeare “Otelo- O Mouro de Veneza”, que gira em torno de inveja, traição, morte e retrata Otelo, a personagem principal, um general mouro que serve o reino de Veneza. Iago queria-se vingar de Otelo por ter promovido Cássio ao posto de tenente, ao invés de o promover a ele. Para tal, começou a semear discórdia entre o casal (Otelo e Desdémone), insinuando a Otelo que Cássio e a sua esposa, Desdémone, poderiam ter um caso, sabendo que o ciúme é um tormento intolerável e incontrolável. Após várias intrigas causadas por Iago, Otelo acreditou que a sua mulher o havia traído e, por isso, asfixiou-a, matando-a no seu quarto. Posteriormente, ao saber de toda a verdade – que Desdémone nunca lhe tinha sido infiel –, pôe fim à sua vida, apunhalando-se e caindo sobre o corpo daquela, beijando-a.

Otelo, agente de um homicídio passional, invocou a honra para justificar esse ato, “Dizei, se o quereis, que sou um assassino, mas por honra, porque fiz tudo pela honra e nada por ódio”.

Deslocando-nos da “ficção” para a vida real, podemos constatar que, recuando algumas centenas de anos, nas Ordenações Filipinas, eram concedidos poderes aos homens para, em caso de adultério, matarem as suas esposas e também o amante delas. Tal também era permitido se houvesse apenas a suspeita de adultério. Assim se pode ler no título XXXVIII do Livro V que, “Achando o homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar assi a ella, como o adultero”. Porém, note-se que o mesmo já não era permitido às mulheres traídas.

Muitos anos depois, no art. 372.º do C.P português de 1886 pode ler-se que
O homem casado que achar sua mulher em adultério, cuja acusação lhe não seja vedada, nos termos do artigo 404.º § 2 e nesse acho o matar ou a ela ou ao adúltero, ou ambos, ou lhes fizer alguma das ofensas corporais declaradas nos artigos 360.º n.º 3 a 5.º, 361.º e 366.º, será desterrado para fora da comarca por seis meses.

Nestes termos, ao homem era-lhe aplicada uma pena meramente simbólica. Também neste CP se punia de forma diferente o adultério consoante fosse praticado por homens ou por mulheres, sendo os homens punidos com pena de multa, enquanto as mulheres seriam punidas com pena de prisão.

Apesar de, nestes tempos, se pensar nos crimes de honra no âmbito dos homicídios passionais, até porque assim era permitido, e, posteriormente, apenas punido com uma pena

simbólica, nos dias de hoje estas situações já não são aceitáveis, nem permitidas. Não obstante, casos continuam a existir em que o agente do crime invoca a honra enquanto “justificação” do homicídio passional.

Cumpre-nos esclarecer que neste elemento privilegiador “o agente é envolvido por um conjunto de valores que sobre ele exercem uma pressão, sendo levado a atuar, matando a vítima”¹⁵.

Segundo Amadeu Ferreira, este elemento deverá configurar-se como “uma fonte de intensa pressão psicológica” que leva ao homicídio, reduzindo a censurabilidade do facto.

Esses valores estão associados, para alguns autores, não só aos padrões vigentes na nossa sociedade, como também aos valores que lhe foram inculcados no âmbito familiar, os valores em que o agente foi educado. Note-se que, em consonância com a posição por nós adotada e já referida, e principalmente tendo em conta este elemento privilegiador, não é de aceitar que se diminua a culpa com base, por exemplo, num código de valores ultrapassado, tendo em conta que a evolução de hábitos e valores socialmente aceites são conhecidos e até divulgados, pelo que os agentes têm o dever de saber por que normas e valores se devem reger. Sendo de realçar que o motivo de relevante valor social ou moral deve ser aferido à luz da ordem valorativa da nossa ordem jurídica.

I.2. Homicídio qualificado

O crime de homicídio qualificado (art. 132.º CP) constitui uma forma agravada do homicídio simples previsto no art. 131.º do CP, por demonstrar uma especial censurabilidade ou perversidade, razão pela qual é punido de uma forma mais severa do que o homicídio simples. Se neste a moldura penal tem como limite mínimo 8 anos e como limite máximo 16 anos de prisão, no homicídio qualificado estamos perante uma moldura penal que tem como limites mínimo e máximo 12 e 25 anos de prisão, respetivamente. Os elementos do ilícito do art. 131.º mantêm-se, ou seja, a conduta consubstancia-se, de igual forma, em matar outra pessoa e, a nível subjetivo, é igualmente exigida a forma dolosa.

Neste preceito, o legislador recorreu à técnica dos exemplos padrão (n.º 2 do art. 132.º do CP), combinando-a com uma cláusula geral que pressupõe a “especial censurabilidade ou perversidade” do agente.

Note-se que esses exemplos não têm carácter taxativo, mas sim exemplificativo, sendo admitidas outras circunstâncias que não as presentes no 132.º, n.º 2. Adicionalmente, também não são de aplicação automática, isto é, o facto de estarmos perante um dos exemplos do n.º 2 do art. 132.º não implica, necessariamente, que estejamos perante um homicídio qualificado, uma vez que a conduta tem de revelar especial censurabilidade ou perversidade.

¹⁵ Ribeiro, 2015.

Nas palavras de Figueiredo Dias,

No n.º 2 do art. 132.º é enumerado um conjunto de circunstâncias suscetíveis de revelar a especial censurabilidade ou perversidade referida. Tais circunstâncias não são taxativas, nem implicam por si só a qualificação do crime; isto é, pode o juiz considerar como homicídio qualificado a conduta do agente que não se acompanhasse de qualquer das circunstâncias descritas, mas sim de outras, e pode, por outro lado, deixar de operar tal qualificação apesar da existência clara de uma ou mais dessas circunstâncias.¹⁶

Apesar de não haver unanimidade quanto ao enquadramento dos exemplos-padrão, como elementos do tipo ilícito ou do tipo de culpa, grande parte da doutrina e jurisprudência tem entendido que o que está em causa é um maior grau de culpa. Neste sentido, Eduardo Correia, que afirmou que o n.º 2 do 132.º não pretende alargar o tipo, “tendo como ponto assente que as circunstâncias deveriam ser tidas como elementos da culpa e não do tipo”¹⁷.

Já Fernanda Palma¹⁸ considera que um tipo qualificador não pode ser apenas fundamentado com base num critério de culpa, devendo antes considerar-se um misto de culpa e ilicitude.

Sendo certo que muitos dos exemplos padrão do 132.º CP não contendem diretamente com uma atitude mais desvaliosa do agente, mas antes com um elevado desvalor da conduta, não é esse acentuado desvalor da conduta que vai determinar a agravação, sendo esta agravação determinada sempre pelo acentuado desvalor de atitude. Nestes termos, especial censurabilidade ou perversidade do agente será uma especial culpa por referência à que é pressuposta na moldura penal do homicídio simples.

Culpa é um juízo de censurabilidade do facto ao agente, isto é, censura-se o agente pelo facto de ter podido determinar-se de acordo com a norma e não o ter feito. No artigo 132.º trata-se de uma censurabilidade especial. A propósito deste conceito indeterminado escreveu-se no Ac. do STJ de 18-10-2007¹⁹ que

(...) a ideia de censurabilidade constitui o conceito nuclear sobre o qual se funda a conceção normativa da culpa. Culpa é censurabilidade do facto ao agente, isto é, censura-se ao agente o ter podido determinar-se de acordo com a norma e não o ter feito. No artigo 132.º, trata-se de uma censurabilidade especial: as circunstâncias em que a morte foi causada são de tal modo graves que refletem uma atitude profundamente distanciada do agente em relação a uma determinação normal de acordo com os valores.²⁰

¹⁶ Dias, 1987.

¹⁷ Dias, 2012.

¹⁸ Cit. por Garcia, 2014, p. 503.

¹⁹ Proc. n.º 07P2586.

²⁰ Cit. por Serra, 2003, pp. 63-65.

Por outro lado, referindo-se já ao conceito de especial perversidade, escreveu-se no mesmo acórdão que

(...) tem-se em vista uma atitude profundamente rejeitável, no sentido de ter sido determinada e constituir indício de motivos e sentimentos que são absolutamente rejeitados pela sociedade. Significa isto pois, um recurso a uma conceção emocional da culpa e que pode reconduzir-se à atitude má, eticamente falando, de crasso e primitivo egoísmo do autor, de que fala Binder. Assim poder-se-ia caracterizar uma atitude rejeitável como sendo aquela em que prevalecem as tendências egoístas do autor. Especialmente perversa, especialmente rejeitável, será então a atitude na qual as tendências egoístas ganharam um predomínio quase total e determinaram quase exclusivamente a conduta do agente.²¹

Face ao exposto, de uma forma geral, a jurisprudência tem comprovado o homicídio qualificado “sempre que do facto resultar uma especial censurabilidade ou perversidade que possa ser imputada ao arguido por força da ocorrência de qualquer dos exemplos-padrão enumerados no n.º 2, ou, tendo estes uma natureza exemplificativa, sem deixarem de ser elementos constitutivos de um tipo de culpa, qualquer outra circunstância substancialmente análoga”.²²

Uma vez que o objeto do nosso estudo se prende com os homicídios “passionais”, daremos especial importância às alíneas b) e e), passando a desenvolvê-las.

a) Análise da alínea b)

Como já foi previamente referido, uma das especificidades dos homicídios “passionais” relaciona-se com o facto de entre agente e vítima interceder ou ter intercedido uma relação de intimidade, de afeto e/ou sexual, hétero ou homossexual, que se consubstancie na existência de uma relação de conjugalidade ou ex-conjugalidade, união de facto ou relação análoga às dos cônjuges, ainda que sem coabitação. Esta especificidade caracterizadora dos homicídios passionais constitui um indício de especial agravação sancionatória, uma vez que representa um dos exemplos-padrão do art. 132.º do CP – alínea b).

Desde a versão originária do Código Penal Português (de 1982) até aos dias de hoje que a tendência tem sido a de alargar o âmbito de aplicação do art. 132.º, havendo ao longo desse tempo diversos entendimentos sobre se se deveria, ou não, autonomizar um exemplo-padrão para o crime em estudo. Não obstante as várias revisões e alterações que ocorreram ao longo dos anos, até 2007, apesar de dúvidas não restarem no sentido de estes factos serem indícios

²¹ Cit. por Serra, 2003, pp. 63-65.

²² Ac. do STJ de 29-05-2008, Proc. n.º 08P827.

suficientes da qualificação, não se sentiu a necessidade de autonomizar o exemplo-padrão que atualmente se encontra plasmado na alínea b) do art. 132.^o.²³

Foi apenas com a reforma de 2007, introduzida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, que foi adicionado, nos termos em que se encontra hoje redigido, o exemplo-padrão presentemente em análise. Tal redação demonstra que o legislador procurou harmonizar esta norma com a do crime de violência doméstica (art. 152.^o CP), o que, desde logo, revela uma certa conexão entre os homicídios passionais e a violência doméstica.

Pois bem, o efeito qualificador conferido à alínea b) decorre da relação existente entre o agente do crime e a vítima, uma vez que essa relação de intimidade implica uma maior exigência de respeito pela vida do outro, pois que se trata de duas pessoas que decidiram constituir uma família ou têm ou tiveram uma relação de intimidade. A morte do outro comportará uma elevada censurabilidade, uma vez que, existindo uma maior proximidade, existe igualmente um dever de proteção, cuidado e amparo. Por outras palavras, “o/a ofendido/a encontra-se em uma situação de especial vulnerabilidade que se baseia numa coetânea relação de confiança entre os polos da ‘relação jurídico-criminal’”²⁴, o que leva a que o ofendido não espere uma conduta dessas, apta a causar a morte, motivo pelo qual acaba por não adotar qualquer medida preventiva ou de cuidado para evitar as consequências dessa conduta. Existem determinadas expectativas do(a) ofendido(a) que são frustradas pelo agressor/companheiro/cônjuge. Em suma, a imagem global do facto aparece, no homicídio passionais, sensivelmente aumentada por meio do tipo-de-culpa (dolosa).

De realçar que, para alguns Autores, como Figueiredo Dias, não parece haver motivos que justifiquem a qualificação do homicídio entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, uma vez que entendem que quando cessa a relação, cessa de igual forma o especial dever de solidariedade que deve revestir a relação conjugal ou análoga.

Não concordamos totalmente com esta posição, uma vez que, apesar de a relação ter terminado, ela existiu e isso não poderá ser apagado. Nunca serão pessoas desconhecidas, existindo, em muitos dos casos, um elo que os continua a ligar, como por exemplo os filhos. Pelo exposto, o dever de respeito pela vida um do outro deveria permanecer. Acresce que, caso essa relação fosse totalmente “esquecida” quando terminada, não haveria “razões” que levassem à morte dolosa de um deles.

Obviamente que, para que haja a qualificação do homicídio, quer esteja em causa uma relação presente ou uma relação passada, ter-se-á, sempre, de analisar as circunstâncias do caso concreto, apesar de, tendo em conta o exposto, adotarmos uma posição bastante restritiva

²³ Note-se que, apesar disso, era possível recorrer à analogia, ou seja, qualificar quando se verificassem situações análogas às dos exemplos-padrão.

²⁴ Agra (coord.), 2015.

quanto aos casos suscetíveis de se enquadrarem no homicídio privilegiado, como se poderá entender mais à frente.

b) Análise da alínea e)

No que concerne à alínea e) do art. 132.º, n.º 2, importa-nos, especificamente, no âmbito dos homicídios “passionais”, a parte que refere “Ser determinado (...) por qualquer motivo torpe ou fútil”. Mas o que é, afinal, um motivo torpe ou fútil?

Se atendermos ao significado corrente do termo fútil, verificamos que o mesmo significa de pouca ou nenhuma importância, nulo, vão, inútil.

Para Nélson Hungria, motivo fútil mais não é do que um “egoísmo intolerante, prepotente, mesquinho, que vai até à insensibilidade moral”, ao passo que para Bettiol existe “motivo fútil quando se estabeleça uma ‘desproporção manifesta’ entre a gravidade do facto e o motivo que impeliu à ação, em suma, uma situação de ‘insensibilidade moral’”²⁵.

Já nas palavras de Figueiredo Dias, motivo torpe ou fútil “significa que o motivo da atuação, avaliado segundo as conceções éticas e morais ancoradas na comunidade, deve ser considerado repugnante, baixo ou gratuito”²⁶.

Por fim, na jurisprudência, de um modo geral, tem-se entendido que motivo fútil “é o notoriamente desproporcionado ou inadequado, do ponto de vista do homem médio, em relação ao crime praticado”²⁷, sendo adicionalmente necessário que haja uma insensibilidade moral por parte do agente.

Constatou-se, porém, que na jurisprudência dominante não se tem considerado o homicídio “passional”, quando motivado por ciúme, por não se aceitar o fim da relação, enquanto homicídio motivado por motivo fútil ou torpe, nos termos desta alínea e) do n.º 2 do art. 132.º do CP. Vejamos o Ac. do STJ de 07-02-2011²⁸, no qual o agente do crime matou a ex-namorada, com quem manteve um relacionamento de 8 anos e que foi terminado pela vítima, quando descobriu, de forma intrusiva, pois introduziu um programa de espionagem no computador dela, que a mesma tinha iniciado um novo relacionamento.

Nesse acórdão pode ler-se que “(m)otivo fútil é aquele que não pode razoavelmente explicar e, muito menos, justificar a conduta do agente”, afirmando-se que o motivo do homicídio foi o ciúme exacerbado do arguido e que

(a) paixão ou ciúme que leva a matar a pessoa que se diz amar é um sentimento muito reprovável, pois que não demonstra amor, que é uma dádiva, mas uma enorme frustração pelo sentimento de perda, como se o outro que se diz amar fosse

²⁵ Cit. por Ac. TRC de 03-08-2011, Proc. 830/09.8PBCTB.C1.

²⁶ Dias (dir.), 2012.

²⁷ Ac. TRG de 09-04-2018, Proc. n.º 1069/16.1JABRG.G1.

²⁸ Proc. n.º 830/09.8PBCTB.C1.S1.

uma coisa apropriável ou já apropriada. E conduz a uma contradição, pois que leva a não querer bem a quem se diz que mais se quer.

Mais se diz que

(e)sperar-se-ia, porém, que hoje em dia, quando vivemos numa sociedade mais aberta, mais informada e mais democrática do que qualquer das anteriores, o ciúme – não podendo desaparecer, pois que é um sentimento natural e espontâneo – não fosse tão patológico e aberrante, ao ponto de alguém querer tirar a vida a outrem só porque essa outra pessoa não corresponde aos afetos que se desejam dar.

Acrescentando que terminar com a relação de namoro é, sem dúvida, um direito da ofendida, não podendo este ser protestado, muito menos por meio de violência. Para além do exposto, consideraram que o motivo do crime (ciúme) não se poderia ter como compreensível, pois não o foi. Tendo sido, contrariamente, altamente reprovável.

Porém, apesar de tudo o que foi referido quanto ao ciúme, avaliado no caso concreto, decidiu o STJ que não poderia ser qualificado motivo “fútil”, algo de que discordamos nesse caso.

Na verdade, e tendo em conta aquilo que se tem entendido como motivo fútil, e seguindo a conceção de culpa de Taipa de Carvalho, defendemos que casos há em que, quando o homicídio é motivado por ciúmes, ciúmes estes que sejam notoriamente manifestação de obsessão e possessividade, poder-se-á considerar que constituem motivo fútil, por se verificar uma situação gravemente desproporcional entre as motivações e o facto praticado e um desprezo imenso pela autodeterminação da vítima. Casos em que nunca poderá haver uma atenuação da pena, mas antes o preenchimento deste elemento qualificador, pois sendo certo que o ciúme é um sentimento que certamente todo o ser humano já experienciou em alguma fase da sua vida, é aquilo que se faz com esse sentimento que nos diferencia, não fosse a racionalidade aquilo que nos distingue dos restantes seres.

No entanto, é imperativo olhar às circunstâncias do caso concreto, tais como a duração da relação, se esta já tinha ou não terminado, e o quadro emocional/psicológico em que o agente se encontrava quando praticou o facto ilícito, para que se possa perceber se a motivação é ou não suscetível de constituir motivo fútil. Obviamente revelará uma maior censurabilidade o agente que tenha tido uma relação de curta duração com a vítima e a tenha matado já após o término daquela, por não aceitar que inicie outras relações com outro homem, relativamente ao agente que ainda era casado à data dos factos, matrimónio este de longa duração. Note-se que, apesar de aceitarmos que, em certas situações, as circunstâncias em que a “socialização primária”²⁹ ocorreu podem ter um papel determinante no agente, entendemos que, para que

²⁹ Carvalho, 2016.

assim seja, se deva estabelecer uma “ligação” entre essas circunstâncias e as motivações do facto. Assim, a título de exemplo, que os pais do agente fossem traficantes de droga não será determinante no caso dos homicídios “passionais”, mas que o pai do agente tenha traído a mãe, situação que pode ser negativamente impactante na vida de uma criança, poderá já determinar um certo “trauma”, reagindo por isso o agente de um modo mais “extremo”. Num caso destes, então poder-se-ia já não considerar tratar-se de uma especial censurabilidade, sendo, no entanto, necessário levar em conta todas as circunstâncias do caso.

CAPÍTULO II

Violência doméstica – Um “atalho” para os homicídios passionais?

Previsto no art. 152.^o do nosso CP, o crime de violência doméstica encontra-se muitas das vezes ligado aos homicídios “passionais”, constituindo, no contexto das relações de intimidade, uma das principais causas de morte em mulheres por todo o mundo. Neste sentido, os homicídios “passionais” são, em muitos dos casos, a expressão extremada daquela violência, manifestando o resultado de um historial de abusos e violência que nem sempre são reportados às autoridades ou, sendo-o, acabam, em parte, por ser arquivados³⁰.

Face ao exposto, consideramos fulcral abordar a temática da violência doméstica, ainda que em segundo plano, por se encontrar ligada aos homicídios passionais.

II.1. Bem jurídico protegido

Antes de mais, entende-se por Violência Doméstica “qualquer ato, inclusive de omissão, ou ameaça que provoque nas suas vítimas danos físicos, psicológicos ou emocionais; que é praticado por pessoas com quem aquelas têm uma relação de parentesco consanguíneo, legal ou de facto com uma determinada intenção ou finalidade; e refere-se aos tipos mais frequentes de violência, designadamente à que é cometida contra as crianças, as mulheres e os idosos”.³¹

Uma das questões mais complexas no que a este crime concerne é a de saber qual o bem jurídico por ele protegido.

Hoje, está praticamente afastada a conceção de que a *ratio* do tipo está na proteção da comunidade familiar ou conjugal³², dado que tal proteção assenta na pessoa individual e na sua dignidade humana. Ademais, sendo certo que, no passado, se considerou que o bem jurídico protegido era apenas a integridade física, constituindo a violência doméstica uma forma agravada do crime de ofensas corporais simples, no presente, uma interpretação como a acabada de referir é inaceitável, por manifestamente limitativa e redutora. Apesar da sua integração no Capítulo dos “Crimes Contra a Integridade Física”, a *ratio* deste preceito vai muito além dos maus-tratos físicos, integrando, de igual forma, os maus-tratos psíquicos. Neste sentido, Américo Taipa de Carvalho defende que:

O bem jurídico diretamente protegido por este tipo de crime é a saúde- bem jurídico complexo que abrange a saúde física, psíquica e mental; e bem jurídico

³⁰ Agra (coord.), 2015.

³¹ Dias, I., 2010.

³² Não obstante, Ferreira (2016), defende que também aqui são tuteladas as relações familiares, uma vez que, tendo em conta a relação de especialidade criada entre estas pessoas que integram o mesmo círculo familiar ou conjugal, “colocam em causa não só a simples saúde individual da vítima, mas também a pacífica convivência familiar e doméstica”, sendo esta, no entendimento desta autora, uma das bases que constituem a nossa sociedade e que o legislador quis salvaguardar.

este que pode ser afetado por toda uma multiplicidade de comportamentos que, nomeadamente, afetem a dignidade pessoal do cônjuge (ex-cônjuge, ou pessoa com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges).³³

Deste modo, a generalidade da jurisprudência e doutrina entende que o bem jurídico protegido pela norma é a saúde. Citando o Ac. do TRE de 16-05-2017³⁴:

(...) este tem sido o sentido da jurisprudência dos tribunais, considerando que o crime pode realizar-se através de uma pluralidade de atos, ou através de um ato único, que atinja a saúde física psíquica ou moral do cônjuge e afete a sua dignidade pessoal. Na verdade, não são só os atos plúrimos ou reiterados que caracterizam o crime de maus-tratos, mas também, os atos isolados ou reiterados, que apreciados à luz da vida em comum possam de modo relevante colocar em risco a saúde do cônjuge, tornando-o vítima de um tratamento incompatível com a sua dignidade e liberdade, dentro daquele espaço de intimidade.

II.2. Breve análise do tipo de ilícito

Dispõe o preceito do art. 152.º que:

Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais:

- a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge;
- b) A pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação;
- c) A progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou
- d) A pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite; é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber.

Note-se que, para o presente estudo, tendo como questão de fundo os homicídios “passionais”, apenas se revela relevante a violência doméstica na vertente da violência conjugal ou análoga, ou seja, as alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 152.º, pelo que serão as únicas por nós analisadas. Assim, tanto o crime de violência doméstica, nas suas alíneas a) e b), como os homicídios “passionais” pressupõem uma relação de intimidade, presente ou passada, entre o agente e a vítima.

Face ao teor do preceito, conclui-se que o crime em apreciação é um crime específico. Isto porque é necessário que se verifiquem determinadas qualidades do agente, sendo, no caso

³³ Carvalho, 2012.

³⁴ Proc. n.º 93/14.3GBRMZ.E1.

concreto, que este esteja ou já tenha estado numa relação conjugal ou análoga com o sujeito passivo, a vítima.

Para além disso, na maioria das vezes, a violência doméstica é um crime específico impróprio em virtude da tal especial relação estabelecida entre o agente e a vítima, o que determina uma agravação da ilicitude, da culpa e, por sua vez, da pena.

Relativamente ao sujeito passivo, este será o cônjuge, ex-cônjuge ou pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação. Foi com a reforma de 2007 que o legislador alargou o preceito do art. 152.º de modo a nele incluir, entre outros, os ex-cônjuges e as pessoas com quem o agente tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, alteração esta que, a nosso ver, é de louvar, uma vez que muitos são os casos em que o ex-companheiro ou ex-cônjuge não aceita o fim da relação que estabelecia com a vítima, motivo esse que o leva não só à prática de violência contra esta, como, nos casos mais extremados, à morte da mesma.

Por outro lado, quanto ao tipo subjetivo de ilícito do crime de violência doméstica, este é um crime que exige o dolo, podendo este revestir qualquer uma das formas do art. 14.º do CP. Assim, é necessário o conhecimento da relação subjacente à incriminação da violência doméstica, e o conhecimento e vontade de praticar a conduta (por ação ou omissão) e do resultado, consoante os comportamentos configurem tipos de crime formais ou materiais.³⁵

Por fim, importa frisar que são muito variadas as condutas suscetíveis de integrar o elenco de maus-tratos e, consequentemente, constituir o crime de violência doméstica, o que significa que, tal como o homicídio, este é um crime de execução não vinculada.

Dada a complexidade do crime, o legislador optou por uma enumeração exemplificativa, ao invés de taxativa, sendo apenas exigido que os atos ou omissões sejam adequados, pela sua gravidade ou quando conjugados com outros, a afetar a saúde física ou psíquica do sujeito passivo.

Realce-se que, no que à definição de “maus-tratos” respeita, Ricardo Bragança de Matos entende que esta expressão, presente no art. 152.º do CP, traduz:

(...) uma específica realidade sociológica que pode ser caracterizada pelo exercício de inúmeras formas de violência, que ocorre num específico espaço social, em que surgem como agressor e vítima os membros de uma relação conjugal (ou de uma relação a esta análoga, ou de uma relação familiar de âmbito mais alargado) e que visa, a maior parte das vezes, a manutenção na prática de conceções estereotipadas

³⁵ Neste sentido, Américo Taipa de Carvalho, que entende que o crime de violência doméstica se pode materializar “numa infração de resultado (caso, p. ex., dos maus-tratos físicos) como de mera conduta (p. ex., provocações ou ameaças), como ainda, tendo como critério a efetiva lesão ou perigo de lesão do bem jurídico, tanto pode a conduta subsumível ao tipo de violência doméstica traduzir-se num dano (p. ex., privação da liberdade) como num perigo de dano (casos de ameaças ou humilhações)”.

dos papéis atribuídos ao homem e à mulher, concepções essas fundamentadas numa visão ainda patriarcal da sociedade. Mas, em termos práticos, maus-tratos significa, antes de mais, o exercício de violência.

Concluindo que

(...) prática de maus-tratos entre cônjuges parece então poder analisar-se na perpetração de qualquer ato de violência que afete, por alguma forma, a saúde física, psíquica e emocional do cônjuge vítima, diminuindo ou afetando, do mesmo modo, a sua dignidade enquanto pessoa inserida numa realidade conjugal igualitária.³⁶

Face ao exposto, podemos apontar como exemplos de maus-tratos físicos os atos ou omissões que são suscetíveis de integrar os crimes de ofensa à integridade física, a saber, murros, pontapés, bofetadas, empurrões, agressões com objetos. Por outro lado, enquanto exemplos de maus-tratos psíquicos refira-se as provocações, humilhações, ameaças, insultos, privação de liberdade, privação de bens essenciais, perseguições.³⁷

³⁶ Cit. por Ac. STJ de 02-07-2008, Proc. n.º 07P3861.

³⁷ Note-se que, quanto ao crime de perseguição (art. 154.º-A do CP.), que surgiu, entre nós, em 2015, quando seja praticado por cônjuge, ex-cônjuge ou agente que mantenha ou tenha mantido relação análoga, e tal configure crime de violência doméstica, estaremos perante um concurso aparente de crimes, pelo que o agente apenas será punido pela prática do crime do art. 152.º, pois é aquele que apresenta uma moldura penal mais grave.

Capítulo III

Dos homicídios em contexto de violência doméstica

III.1. Apresentação de dados

Os homicídios em contexto de violência doméstica, contrariamente ao que acontece com muitos dos outros homicídios, não são, em regra, um crime imprevisível, aleatório. De facto, estes constituem o ápice de um já histórico de violência ocorrida no âmbito de uma relação de intimidade, existente ou passada, entre o agente e o sujeito passivo do crime, que poderá ter durado dias, meses ou até mesmo anos.

Num estudo realizado em 2015³⁸, no qual se analisaram 19 processos, enviados pela Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, de homicídios perpetrados por parceiros íntimos, constatou-se que, para além de 85% das vítimas serem mulheres e 89,5% dos autores serem homens, em 84,2% dos casos estávamos perante uma conjugalidade passada, o que corrobora, como dissemos já, a importância de o legislador ter alterado o preceito do art. 152.º e do 132.º do CP no sentido de incluir as relações passadas, sejam elas de ex-conjugalidade, ex-companheiros, ex-união de facto, ex-namorados ou ex-relações análogas às dos cônjuges.

Porém, mais importante para o nosso estudo são as conclusões alcançadas relativamente aos fatores de risco. Entre eles, e dos mais significativos, encontram-se os episódios de violência física anteriores ao homicídio (em 73,7% das vezes) e o aumento de número de episódios violentos e da sua gravidade no mês anterior ao homicídio (em 63,2% dos casos). Acresce que, em 47,4% dos casos, o primeiro episódio de violência havia ocorrido 1 ano antes do homicídio e, não menos importante, em 36,8% dos casos existia queixa criminal anterior registada.

Num outro estudo³⁹, que teve por base a análise de 197 processos, concluiu-se, de igual modo, que ocorreram em quase metade dos casos (49,7%) situações de violência anteriores ao crime de homicídio, sendo que a violência física corresponde a mais de três quartos dos casos.

Ambos os estudos apresentados demonstram o quão notória é a relação existente entre os homicídios e o crime de violência doméstica. Especificamente, entre os homicídios “passionais” e o crime de violência doméstica, uma vez que o primeiro estudo que acima expusemos demonstra que, nos 19 casos analisados, a vítima se tinha separado/afastado do agente ou tentou ou manifestou a intenção de o fazer, o que despoletou o recurso à violência, por parte do agente, na tentativa de preservar a relação, violência essa que ia escalando, até chegar à letalidade. Tal como verificámos logo no início do nosso estudo, a não aceitação do

³⁸ Castanho, 2015.

³⁹ Agra, 2015.

fim da relação é uma das principais motivações do homicida “passional” e, como se pôde constatar, também do crime de violência doméstica.

III. 2. Da distinção entre concurso aparente e efetivo

Não raras vezes, num mesmo processo, o juiz depara-se com uma pluralidade de crimes cometidos pelo mesmo agente, tornando-se fulcral decidir sobre eles e, por sua vez, incidir sobre a questão denominada de concurso de crimes.

A problemática relativa ao concurso de crimes é uma das questões mais complexas a nível doutrinal e jurisprudencial no Direito Português. De facto, nem sempre se está, num mesmo processo penal, perante um crime apenas. Note-se, porém, que esta questão só se coloca, exclusivamente, quando a pluralidade de crimes foi praticada pelo mesmo agente.

Face ao exposto, e antes de abordar em concreto a questão do concurso entre o crime de violência doméstica e o crime de homicídio, torna-se necessário perceber, ainda que de um modo não muito aprofundado, quando, em que circunstâncias, e quais os pressupostos para que estejamos perante uma pluralidade de crimes. Não só porque o n.º 5 do art. 29.º da CRP dispõe que “ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”, sob pena de se violar o princípio *ne bis in idem*⁴⁰, mas também porque tal se revela decisivo para efeitos de punição do agente.

Para tal, iremos atender a duas posições, por considerarmos serem as mais relevantes na nossa doutrina. Desde logo, a tese do Eduardo Correia e, por outro lado, a proposta apresentada por Figueiredo Dias, por entendermos que, de certa forma, vem completar aquela primeira tese.

Antes disso, olhando para o art. 30.º do CP, verificamos que o nosso legislador, dando prevalência ao tipo legal, deu uma definição daquilo que se deve entender por unidade e pluralidade de crimes. Assim, nos termos deste artigo, “o número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efetivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente”. Neste sentido, é o número de tipos de crime preenchidos com a conduta do agente, ou número de vezes que o mesmo tipo de crime é praticado, que determina o número de crimes cometidos. Note-se que é possível fazer, sem demora, uma distinção entre concurso homogêneo e concurso heterogêneo, sendo que o primeiro se verifica quando o mesmo crime for praticado várias vezes pelo mesmo agente. A título de exemplo podemos indicar a situação em que A mata B e C, com dois disparos, sendo que neste caso o mesmo crime foi praticado duas vezes (homicídio, nos termos do art. 131.º),

⁴⁰ Resulta deste princípio que todos os cidadãos têm o direito de não serem julgados duas vezes pela prática do mesmo facto punível, devendo-se, igualmente, impedir a possibilidade de as mesmas pessoas serem submetidas a mais do que um julgamento pelo mesmo facto. Refira-se também que este princípio não inibe que um arguido possa ser sujeito a uma dupla sanção pela prática do mesmo crime, uma vez que uma única conduta ilícita pode envolver a aplicação de uma pena principal e outra acessória.

pela conduta que matou B e pela conduta que matou C, existindo, assim, um concurso de crimes, que é então denominado de concurso homogêneo. Realce-se que o nosso ordenamento jurídico equipara o concurso ideal ao concurso real, pelo que há concurso de crimes quer no caso que acabámos de apresentar, em que com duas ações o agente mata duas pessoas, quer nos casos em que com apenas uma ação o agente mate duas pessoas distintas (por exemplo, ao fazer rebentar uma bomba, A mata B e C). Em contrapartida, estamos perante um concurso heterogêneo quando são vários os tipos de crimes efetivamente cometidos pelo agente, por exemplo A mata B e viola C.

Vejamos agora as duas posições, relativamente a esta temática, que nos propusemos analisar.

a) A tese de Eduardo Correia

A tese sufragada por Eduardo Correia dá primazia ao critério da unidade ou pluralidade de tipos legais violados, que entende ser decisivo para a determinação da unidade ou pluralidade de crimes, indo, deste modo, ao encontro do disposto pelo atual art. 30.º do CP.

De acordo com o autor,

Pluralidade de crimes significa, assim, pluralidade de valores jurídicos negados (...) se a atividade do agente preenche diversos tipos legais de crime, necessariamente se negam diversos valores jurídico-criminais e estamos, por conseguinte, perante uma pluralidade de infrações; pelo contrário, se só um tipo legal é realizado, a atividade do agente só nega um valor jurídico-criminal e estamos, portanto, perante uma única infração.⁴¹

Para além do exposto, Eduardo Correia entende que isto não basta, sendo necessário um segundo momento, isto porque, casos pode haver em que

o juízo concreto de reprovação tenha de ser formulado várias vezes em relação a atividades subsumíveis a um mesmo tipo legal de crime, a atividades, portanto, que encarnam a violação do mesmo bem jurídico (...) a unidade do tipo legal preenchido não importa definitivamente a unidade da conduta que o preenche; pois sendo vários os juízos de censura, outras tantas vezes esse mesmo tipo legal se torna aplicável e deverá, por conseguinte, considerar-se existente uma pluralidade de crimes.⁴²

Ainda segundo o Autor em apreço, “tipo de crime” abrange a diferença do bem jurídico protegido pelo tipo, a pluralidade de resoluções criminosas do agente e, ainda, a conexão temporal dos vários momentos do comportamento do agente.

⁴¹ Correia, 1963.

⁴² Correia, 1963.

Este critério permite-nos delimitar os casos de concurso efetivo, isto é, uma pluralidade de crimes através de uma mesma ação ou de várias ações, das situações em que, apesar da pluralidade de tipos de crime eventualmente preenchidos, não existe um concurso efetivo, mas antes um concurso aparente. Assim, a par do concurso denominado de efetivo, próprio ou puro, existem situações em que as normas se encontram numa relação tal que apenas concorrem na aparência, sendo que, nestes casos, a ideia fundamental é a de que “o conteúdo do injusto de uma ação pode determinar-se exaustivamente apenas por uma das leis penais que podem entrar em consideração”⁴³, pelo que a aplicação de uma das normas implica a exclusão da(s) outra(s) que também se aplicariam ao caso. Neste âmbito, também a doutrina dominante, na senda de Eduardo Correia, reconhece a existência de três categorias através das quais se determinam os casos do concurso aparente: especialidade, subsidiariedade e consunção. Porém, tendo em conta o objeto do presente estudo e o facto de, em concreto, nos interessar o concurso entre o crime de violência doméstica e o de homicídio, apenas se nos afigura relevante a relação de subsidiariedade, pelo que será a única que iremos analisar.

Neste sentido, existe uma relação de subsidiariedade sempre que “um tipo legal de crime deva ser aplicado somente de forma auxiliar ou subsidiária, se não existir outro tipo legal, em abstrato também aplicável, que comine pena mais grave”.⁴⁴ Dentro da relação de subsidiariedade, é ainda possível estabelecer a distinção entre subsidiariedade expressa, que é aquela em que, à semelhança do que acontece no crime de violência doméstica, o próprio preceito indica expressamente que a sua aplicação está dependente da inexistência de um outro tipo legal que comine uma pena mais grave, e subsidiariedade implícita, nos casos em que, apesar de a lei nada dizer a esse propósito, o legislador criou formas menos intensas de agredir o mesmo bem jurídico, como é o caso da tentativa.

Note-se que, para o autor em questão, a relação de subsidiariedade é algo de inútil, por entender que a mesma já se encontra abrangida pelas relações de consunção, afirmando até que a sua autonomização mais não é do que um “luxo”.

Apesar de o critério avançado por Eduardo Correia ser apoiado por diversos autores, entre os quais Germano Marques da Silva e Faria Costa, também é frequentemente criticado por outros, como Figueiredo Dias.

b) Proposta apresentada por Figueiredo Dias

Figueiredo Dias, afastando-se do critério da unidade e pluralidade de tipos de crimes praticados de Eduardo Correia, entende que a solução será a do critério da unidade ou pluralidade de sentidos sociais de ilicitude do comportamento global. Assim, quando há violação do tipo legal, a essência dessa violação

⁴³ Ac. STJ, de 27-05-2010, Proc. n.º 474/09.4PSLSB.L1.S1.

⁴⁴ Dias, 2019.

reside no substrato de vida dotado de um sentido negativo de valor jurídico-penal, reside (...) no ilícito-típico: é a unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude típica, existente no comportamento global do agente submetido à cognição do tribunal, que decide em definitivo da unidade ou pluralidade de factos puníveis e, nesta aceção, de crimes⁴⁵.

Por outras palavras, “para que o concurso de crimes seja efetivo, o comportamento do agente globalmente analisado tem de revelar plúrimos sentidos de ilícito, autónomos entre si, que implicam a aplicação em concreto de uma pluralidade de normas jurídico-penais típicas”⁴⁶. Deste modo, passa a estar em causa, na sua conceção, não uma unidade ou pluralidade de crimes, mas antes uma unidade ou pluralidade de factos puníveis.

Face ao exposto, Figueiredo Dias conclui pela existência de dois casos distintos: por um lado, o do concurso efetivo, próprio ou puro quando “os crimes em concurso são na verdade reconduzíveis a uma pluralidade de sentidos sociais autónomos de factos puníveis”⁴⁷ e, por outro, os casos de concurso aparente, impróprio ou impuro, sempre que, “apesar do concurso de tipos legais efetivamente preenchidos pelo comportamento global, se deva ainda afirmar que aquele comportamento é dominado por um único sentido autónomo de ilicitude, que a ele corresponde uma predominante e fundamental unidade de sentido dos concretos ilícitos-típicos”⁴⁸. Por outras palavras, “os sentidos singulares de ilicitude típica presentes no comportamento global se connexionam, se interseccionam ou parcialmente se cobrem, de forma tal que, em definitivo, se deve concluir que aquele comportamento é dominado por um único sentido de desvalor jurídico-social”⁴⁹, inexistindo por isso o concurso efetivo.

Note-se, porém, que este concurso aparente de Figueiredo Dias se afasta bastante daquele que é normalmente concebido. De facto, o autor não concorda com aquilo que é comumente denominado de “concurso aparente de crimes, ou concurso legal”, considerando, até, que essa é uma denominação “infeliz”, uma vez que aquilo que está em causa, defende este autor, é antes uma “unidade de normas”, isto é, em concreto, não existe um concurso de leis porquanto no final apenas uma delas será aplicada. O autor entende que, apesar de a um determinado comportamento ser aplicável uma pluralidade de normas incriminadoras, não se pode chegar à conclusão de que estamos perante um concurso de normas. Nas suas palavras, estas podem encontrar-se numa “relação lógico-jurídica tal que, em verdade, apenas uma delas ou algumas delas são aplicáveis, excluindo em absoluto a aplicação desta ou destas normas (prevalecentes) a aplicação da ou das restantes normas (preteridas)”, devendo-nos por isso referir a uma “unidade de norma ou de lei”, em detrimento

⁴⁵ Dias, 2019.

⁴⁶ Dias, 2019.

⁴⁷ Dias, 2019.

⁴⁸ Dias, 2019.

⁴⁹ Dias, 2019.

de “concurso legal ou concurso aparente”. Acrescentando ainda que, no seu entender, este problema da “unidade de norma ou de lei” reconduz-se a uma operação de natureza lógica que deve ser levada a cabo antes de qualquer outra operação.

Reconhecendo que a doutrina dominante identifica três relações de normas, as já mencionadas relações de especialidade, subsidiariedade e consunção, Figueiredo Dias defende, no entanto, que no “verdadeiro” concurso aparente apenas se integra a relação de consunção, pois que, nestes casos, “o conteúdo de um ilícito-típico inclui em regra o de outro facto, de tal modo que, em perspectiva jurídico-normativa, a condenação pelo ilícito-típico mais grave exprime já de forma bastante o desvalor de todo o comportamento: *Lex consumens derogat legi consuntæ*”⁵⁰, traduzindo-se, por isso, numa “pluralidade de normas concretamente aplicáveis”. Por sua vez, as restantes relações (de especialidade e de subsidiariedade) integram antes aquilo que por ele é denominado como concorrência de normas, estando aqui em causa uma problemática de interpretação de normas e não de concurso de crimes.

Nestes termos, conclui-se que o concurso aparente proposto por Figueiredo Dias em muito difere daquele defendido por Eduardo Correia. Realce-se que, como já foi anteriormente referido, aquele autor apresentou algumas críticas à conceção de Eduardo Correia.

Desde logo, porque não atende, como fator determinante, à conceção global do tipo, assumindo antes, em última instância, como determinante a unidade ou pluralidade de bens jurídicos violados, minimizando os restantes elementos do tipo. Por outro lado, uma outra observação que é feita consiste no facto de por vezes haver alguns tipos legais de crime que se encontram em determinadas relações que implicam a aplicação de um dos tipos legais em detrimento de outro(s), o que significa que apesar de, no fundo, serem violados vários tipos legais, só um é que se aplicará, não se contando, desta forma, o número de crimes pelo número de tipos legais violados⁵¹. Aponta, adicionalmente, e bem, a nosso ver, que a “teoria” das resoluções criminosas falha, uma vez que nem sempre a unidade de resolução equivale a uma unidade de tipos de crimes e vice-versa. De facto, e tal como Figueiredo Dias exemplifica, se através de uma só resolução, A ofende corporalmente duas pessoas distintas, haverá concurso efetivo de crimes, o que vem contrariar a tese de que uma unidade de resolução implica necessariamente uma unidade de crime.

⁵⁰ Dias, 2019.

⁵¹ Dias, 2019.

III.3. Violência doméstica e homicídio: o problema do concurso em concreto

Uma vez realizada uma exposição relativa à problemática do concurso de crimes, cumpre-nos agora analisar, em concreto, a questão do concurso entre o crime de violência doméstica e o crime de homicídio no âmbito dos homicídios em contexto de violência doméstica, com o objetivo de tentar perceber se, nestes casos, estamos perante um concurso efetivo ou um concurso aparente. Questão em relação à qual não parece haver consenso na jurisprudência ou doutrina, levantando-se, pelo contrário, variados problemas e opiniões.

Note-se, desde já, que não nos referimos aos casos em que há uma agravação do crime de violência doméstica pelo resultado morte⁵², mas antes àqueles casos, e são estes que por nós serão abordados, em que há dolo não só quanto ao crime de violência doméstica, mas também relativamente ao crime de homicídio, estando, deste modo, excluídos do nosso estudo os homicídios a título negligente.

Como se pôde constatar pelos dados estatísticos acima expostos, muitos são os casos em que ocorrem homicídios no contexto de violência doméstica, ou seja, relações de intimidade nas quais há um histórico de violência doméstica praticada pelo agente e em que, um dia, esse mesmo agente acaba por tirar a vida à(o) companheira(o), ex-companheira(o), cônjuge ou ex-cônjuge. Situações estas em que a violência culmina em homicídio.

De facto, o crime de violência doméstica constitui um crime que suscita variados problemas no âmbito do concurso de crimes, uma vez que a sua conduta típica é suscetível de integrar múltiplos tipos de crimes em simultâneo. Neste sentido, e face àquilo que foi *supra* exposto, coloca-se a questão de saber se, entre os dois crimes em análise, existe um concurso efetivo de crimes ou, pelo contrário, um concurso aparente.

Olhando para o crime de violência doméstica, verificamos que o art. 152.º CP dispõe que “é punido com pena de prisão de um a cinco anos, ***se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal***”⁵³. Assim sendo, neste preceito está prevista uma relação de subsidiariedade expressa, relação esta que integra, no entendimento da doutrina dominante, uma das categorias que determina os casos em que há um concurso aparente.

Por outro lado, se atendermos ao crime de homicídio, seja ele simples (art. 131.º CP), qualificado (art. 132.º CP), consumado, ou na forma tentada, verificamos que a moldura penal abstrata dos preceitos é superior, ou mais grave, do que a moldura penal abstrata do crime de violência doméstica.

⁵² Ou seja, os chamados crimes preterintencionais, nos quais há uma combinação de dolo/negligência, i.e., a existência de dolo quanto ao crime fundamental, que neste caso específico seria o crime de violência doméstica, e existência de negligência quanto ao resultado agravante (a morte – art. 152.º, n.º 2, al. b)).

⁵³ Itálico e negrito nossos.

Neste seguimento, nos casos em que estamos perante um homicídio em contexto de violência doméstica, tendo em conta o preceito deste último, e atendendo ao facto de o homicídio, seja ele simples ou qualificado, ser punido com uma pena de prisão mais gravosa do que o crime de violência doméstica, considerando o elemento literal, resulta que, e assim defendem alguns autores e jurisprudência, não se pune o agente pelo crime de violência doméstica em concurso efetivo com o crime de homicídio, mas antes, exclusivamente, por este último. Neste sentido, veja-se o Ac. do TRE de 04-06-2013⁵⁴, que será devidamente analisado mais à frente, e também a posição de Cristina Cardoso, que entende que, apesar dos efeitos prejudiciais que daqui advêm, nomeadamente no que respeita à desproteção das vítimas de violência doméstica e em matéria de aplicação das penas acessórias, deve seguir-se a letra da lei, uma vez que o legislador mantém de forma absoluta aquela cláusula de subsidiariedade expressa.

Não obstante, e de certa forma contrariando a letra da lei, tem sido identificada alguma jurisprudência no sentido de existir, em certos casos, um concurso efetivo, sendo o agente punido pela autoria do crime de homicídio e do crime de violência doméstica, dando o primeiro resposta ao ato de tirar a vida da vítima, e este último aos maus tratos físicos e psicológicos infligidos pelo autor nos tempos que precederam o homicídio, tendo em conta a complexidade do bem jurídico do crime de violência doméstica. A este propósito, pode ler-se num Ac. do TRC que:

O crime de violência doméstica, apesar de inserido nos crimes contra a integridade física (e, portanto, como dizendo respeito a um bem cuja proteção, em tese, se pode ter, ponderando, nomeadamente, as circunstâncias temporais e os meios utilizados, como consumido pelo do crime de homicídio), não visa a salvaguarda apenas da integridade corporal ou a saúde, mas, e sobretudo, a própria integridade moral do sujeito passivo e, desta forma, uma realidade axiológica da vida humana própria, autónoma e independente quer do direito a essa integridade e saúde, quer, diga-se, dos bens “Vida”, “honra” e “liberdade” (esta nas suas diversas manifestações), muitas e muitas vezes também violados com a prática dele, ponderando as diversas modalidades que, como se extrai do artigo 152.º do Código Penal, a sua ação pode revestir. Com o que se pretende afirmar que o aludido crime é, não só um crime complexo, mas também uma infração que, mais do que a integridade física, a honra, a liberdade (inclusive, de determinação sexual) e, em certos termos, a vida [alínea b) do n.º 3 do citado artigo 152.º] do sujeito passivo (bens que as suas diversas formas de execução podem atingir), tem em vista, primacialmente, a proteção da inviolabilidade da

⁵⁴ Proc. n.º 237/12.0GDSTB.E1.

personalidade humana e, portanto, o direito a ser tratado como um ser em si, como uma individualidade própria, um ser humano livre e que, precisamente, por o ser deve tratado com respeito nos mais diversos aspetos da sua existência, nomeadamente, na sua liberdade de conformação e nunca como um objeto, uma coisa. Ora, como é sabido, um dos critérios aferidores da pluralidade de crimes é, precisamente, o da diversidade de bens jurídicos protegidos, inclusive, do ponto de vista de, relativamente a eles, não se poderem afirmar relações de especialidade ou de consunção (pura ou impura).⁵⁵

Assim sendo, com base nos diferentes sentidos de ilicitude, com pluralidade de bens jurídicos afetados e pluralidade de resoluções criminosas, pune-se o autor pelo concurso efetivo de crimes e não pelo concurso aparente de crimes. Também neste sentido, o Ac. do STJ de 20-04-2017⁵⁶, referindo que

A situação de concurso legal ou aparente de crimes exige, contudo, repete-se, a verificação de certas circunstâncias que terão de ser aferidas mediante a perceção dos “sentidos da vida jurídico-penalmente relevantes que vivem no comportamento global”. É “a unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude típica existente no comportamento global do agente, submetido à cognição do tribunal que decide, em definitivo, da unidade de factos puníveis e nesta aceção de crimes”. (...) em rigor, os atos que vieram a ser tidos como integradores do crime de homicídio (...) têm uma matriz autónoma e um sentido social diferenciado dos outros que os precederam e que foram qualificados como de violência doméstica – configurando ameaças, coação, ofensas corporais e injúrias – pois possuem um diferente desvalor de ação e de resultado, em suma, um desvalor autónomo o que conduz, crê-se, de modo claro, à desconsideração, no caso, do princípio *ne bis in idem* não apenas na sua faceta de proibição de dupla valoração mas também naquela outra em que se exige que a aplicação de um tipo legal a uma certa conduta deve esgotar todo o desvalor de ação e de resultado inerente a essa conduta. Por conseguinte, condutas diferenciadas, atacando diferentes bens jurídicos com uma inescapável pluralidade de sentidos de ilicitude e, logo, pluralidade de infrações diferenciadamente valoradas para efeito da sua punição e não um único sentido autónomo de ilicitude correspondendo-lhe uma “predominante e fundamental unidade de sentido dos concretos ilícitos típicos praticados” caso em que se estaria, então sim, perante uma situação de concurso aparente.

⁵⁵ Ac. do TRC, de 12-10-2011, Proc. n.º 293/10.5 JALRA.C1.

⁵⁶ Proc. n.º 2263/15.8JAPRT.P1.S1.

Como vimos, porém, o elemento literal do preceito do crime de violência doméstica parece conduzir a que, em caso de concurso com um crime cuja moldura penal seja mais gravosa, como é o caso do homicídio, se puna, não por ambos os crimes, mas apenas por este último. Assim, parece impor a regra da subsidiariedade expressa.

É neste contexto que, num acórdão do TRE, datado de 4 de junho de 2013, se versa sobre um caso em que o arguido praticou, entre outros, contra a sua esposa, “um” crime de violência doméstica, sendo que este foi cometido por diversas vezes (em 2009, 2010, janeiro de 2012) e, ainda, um crime de homicídio qualificado, na forma tentada (no dia 6 de março de 2012), contra a mesma pessoa. Contextualizando, a relação de ambos os sujeitos, ativo e passivo, iniciou-se em 1969, tendo da mesma nascido “TJ”. Dos variados factos dados como provados, constam os episódios de violência perpetrados pelo agente, desde o início da relação de ambos, dos quais faziam parte murros, pontapés, bofetadas, em todas as partes do corpo, inclusive na cabeça, e insultos, intitulado-a de “vaca, puta, cabra”. Em janeiro de 2012, recorrendo a uma arma de caça, o arguido desferiu diversas pancadas nas pernas da ofendida, o que lhe provocou múltiplos hematomas. A partir de fevereiro de 2012, tendo esta saído de casa, o arguido, todos os dias, dirigia-se à casa onde aquela se encontrava e ameaçava-a, inclusive, de morte. Até que, no dia 6 de março de 2012, o arguido iniciou uma perseguição à ofendida, de carro, e, quando a conseguiu alcançar, questionando-a se voltaria a casa e tendo obtido como resposta um “não”, afirmou “não vais para casa, pronto...!”, sacou de uma arma e, apontando para a parte superior do corpo (na região parietal direita da cabeça), disparou contra a sua esposa. Mais se provou que, agindo deliberada, livre e conscientemente, o arguido atuou sempre com o objetivo de constranger a sua esposa a regressar a casa e, ao constatar que não conseguia alcançar tal finalidade, disparou, “representando a morte desta como consequência necessária dessa sua atuação”.

Com efeito, verifica-se que, também aqui, a não aceitação do fim da relação, a atitude de “quero, posso e mando”, esteve na base da tentativa de homicídio e dos episódios de violência, o que vem corroborar o estudo acima apresentado.

O Tribunal de 1.^a instância, face aos factos por nós expostos e por outros provados em sede de tribunal, decidiu absolver o arguido pelo crime de violência doméstica por, quanto a este, e face ao crime de homicídio qualificado de que vem acusado, estar expressamente estabelecido o princípio da subsidiariedade que resulta na aplicação da pena mais grave que couber, neste caso, a do homicídio. O Tribunal da Relação, no acórdão que estamos presentemente a analisar, nada decidiu mudar, por considerar, de igual forma, que se estava perante um concurso aparente, dada a relação de subsidiariedade expressa existente entre ambos os crimes supra enunciados. Assim, argumenta o tribunal que

Para que possa verificar-se concurso aparente de crimes, tal como considerado pelo tribunal *a quo*, é necessário que o comportamento concreto do arguido que

se traduz na referida tentativa de homicídio possa considerar-se também ato de materialização da violência doméstica abrangida pelo tipo legal respetivo, previsto no art. 152.º do CP. Se assim não for, não pode sequer falar-se em concurso de normas porque apenas um dos tipos legais em causa se mostra preenchido – o tipo legal de homicídio qualificado na forma tentada.

Acrescentando que, e referindo-se ao art. 152.º do CP,

(...) este mesmo n.º 1 contém na sua parte final uma cláusula de subsidiariedade expressa ao prever que a pena correspondente ao crime de violência doméstica (prisão de um a cinco anos) cede perante pena mais grave que couber à conduta do agente por força de outra disposição legal. Assim, se a sua conduta preencher igualmente os elementos típicos dos respetivos crimes, o agente será punido unicamente pela pena que couber, v.g., ao crime de ofensa à integridade física grave (art. 144.º), de sequestro qualificado (158.º, n.º 2).

Por conseguinte, considerou o tribunal que

A tentativa de homicídio pode constituir ato de materialização de violência doméstica abrangido pelo tipo legal do art. 152.º do C. Penal quer do ponto de vista objetivo, por constituir ato suscetível de afetar a saúde da vítima, enquanto bem jurídico complexo que é expressão da dignidade pessoal da vítima, pelo menos nas hipóteses de não consumação do crime, quer subjetivo, na medida em que o dolo de homicídio pressupõe o dolo necessário ou eventual, consoante os casos, de lesão à saúde da vítima enquanto bem jurídico complexo tutelado pelo tipo legal de violência doméstica.

Concluindo desta forma que se verifica a relação de subsidiariedade, levando a que o arguido seja punido exclusivamente pelo homicídio qualificado, na forma tentada.

Face a tudo o que foi exposto, discordamos da decisão do TRE ao confirmar a decisão do tribunal de 1.ª instância.

Em primeiro lugar, e para melhor se compreender a nossa posição, podemos identificar 4 momentos distintos: os factos que constituem o crime de violência doméstica praticados em 2009, os factos praticados em 2010, que, de igual forma, configuram o crime de violência doméstica, os factos ocorridos em janeiro de 2012 através do recurso a uma arma e, por fim, os atos praticados a 6 de março de 2012, quando o agente cometeu um crime de homicídio qualificado, na forma tentada.

Como já tivemos oportunidade de aferir, o bem jurídico protegido pela norma do crime de violência doméstica é, talvez, o bem jurídico mais complexo do nosso ordenamento jurídico. Pretende-se proteger a saúde, a dignidade pessoal, a saúde não só física, mas também psicológica, tudo isto, em circunstâncias, digamos, “agravadas”, tendo em conta a qualidade do agente e a relação de intimidade que este estabelece ou estabeleceu com a vítima. Um bem-

jurídico que, sendo distinto de qualquer outro, encontra certas afinidades com o bem jurídico protegido pelo homicídio, mas não se esgota, nem de perto nem de longe, nele. Tendo em conta os factos apurados, com a prática do crime de homicídio e o crime de violência doméstica, o agente não só violou uma pluralidade distinta de bens jurídicos, como também, no seguimento de Figueiredo Dias, demonstrou, através dos atos praticados, diferentes sentidos de ilicitude. Os atos que configuraram o crime de homicídio são autónomos e possuem um sentido social diferenciado dos outros que os precederam e que foram qualificados como de violência doméstica, possuindo, deste modo, um desvalor de ação e de resultado distintos. Acrescente-se também que o agente agiu com dolo relativamente aos comportamentos que configuram o crime de violência doméstica e também quanto aos que constituem o homicídio, na forma tentada. Existem aqui, claramente, resoluções criminosas distintas, autónomas, ou seja, uma pluralidade de “determinações de vontade, de realizações do projeto criminoso”.⁵⁷

Mas realce-se um dos aspetos que, para nós, no caso concreto, se torna determinante, conjuntamente com o que já referimos, que é a conexão espaço-temporal entre os factos praticados pelo autor. Seguindo o critério elaborado por Figueiredo Dias, através do qual é possível aferir a existência de concurso aparente, é possível concluir pela unidade de sentido dos ilícitos quando exista uma proximidade temporal entre os factos. Assim, numa interpretação *a contrario*, e tendo em conta que inexistente uma conexão temporal entre todos os comportamentos do agente, dado o distanciamento temporal em que ocorreram, não se pode concluir pela existência do concurso aparente. Os factos encontram-se “desligados”, afastados no tempo e, por isso, sem qualquer relação entre eles.

Inês Ferreira Leite⁵⁸ entende também que é errado aceitar que a escolha da norma pelo qual o agente será punido dependa, de um modo automático, de uma relação lógica que possa existir entre vários tipos de crime, como é o caso do crime de violência doméstica relativamente a crimes com penas mais gravosas (relação de subsidiariedade expressa). Defende antes que, para averiguar se realmente existe ou não concurso aparente, é necessário proceder a dois passos: em 1.º lugar, verificar quais os bens jurídicos efetivamente tutelados pelas normas em análise e, posteriormente, quais as condutas que aí se podem incluir e se as mesmas coincidem totalmente ou não. Neste âmbito, partilhamos da mesma posição que a Autora quando refere que não existirá uma relação de subsidiariedade quando, para além dos atos isolados que consubstanciam a aplicação do crime mais grave (por exemplo, a tentativa ou a consumação de homicídio), tenham ocorrido, de modo reiterado, sucessivos ataques à saúde da vítima, pois trata-se de condutas completamente independentes.

Destaque-se, ainda, duas posições da doutrina alemã no que à subsidiariedade expressa respeita. Assim, referindo-nos à primeira, maioritariamente, é exigido, para que se dê o

⁵⁷ Garcia, 2014.

⁵⁸ Leite, 2022.

concurso aparente e, conseqüentemente, se aplique apenas umas das normas (a mais grave) que o caso suscite, que a norma que é preterida proteja, essencialmente, o mesmo bem jurídico que aquela que prevalece. Nestes termos, e apesar da letra da lei, não há uma aplicação automática da subsidiariedade. Assim, afirmou o Tribunal Federal que “não obriga sempre a deixar de aplicar o preceito em questão, quando este se encontra com um mais grave. Antes se torna necessário verificar, caso a caso, se, de acordo com o fim e o âmbito de proteção das normas em causa, nada na vontade da lei impõe que se aplique também o tipo subsidiário”.⁵⁹

Mais tarde surgiu um novo critério, apresentado por Hans-Joachim Rudolphi, que nos diz que não deve uma das normas ser afastada quando a outra não esgota o conteúdo de ilícito e de culpa do comportamento.

Neste sentido, e tendo em conta tudo aquilo que por nós foi explanado e defendido, parece-nos que, no caso concreto, e por regra, deveria o tribunal decidir-se pelo concurso efetivo entre o crime de violência doméstica e o crime de homicídio, no caso concreto, homicídio qualificado, na forma tentada.

Note-se também que, no nosso entender, apesar de não ser uma temática que iremos abordar, deveria, inclusive, haver concurso homogêneo (efetivo) do crime de violência doméstica, sendo possível identificar, pelo menos, três crimes de violência doméstica (1 em 2009, 1 em 2010 e um em 2012), tendo também por base os critérios apresentados por Figueiredo Dias, entre os quais o critério da “conexão espaço-temporal das realizações típicas”, em interpretação, uma vez mais, *a contrario*.⁶⁰

Entendimento em contrário, a nosso ver, levaria a uma situação em que o agente que pratica o crime sai beneficiado. Para além de que, nos casos em que o homicídio fique no estágio da tentativa, como acontece no caso em análise, a vítima fica desprotegida, não beneficiando da tutela especial fornecida pelo preceito do crime de violência doméstica, uma vez que só se aplica o preceito do homicídio. No caso concreto, não beneficiaria da aplicação, ao agente, de nenhuma das penas acessórias previstas no art. 152.º do CP. Tal situação reconduzia a que se não aplicasse, por exemplo, a pena acessória de proibição de contacto com a vítima, que, na maioria dos casos desta natureza, é fulcral para a sobrevivência da mesma.

Adicionalmente, punir exclusivamente pelo crime de homicídio faz transparecer a ideia de que o crime de violência doméstica, praticado durante anos, e variadas vezes, é totalmente esquecido, não havendo a sua punição. Algo que, queremos nós crer, não era a intenção do legislador, tendo em conta que, aplicando a cláusula de subsidiariedade expressa, o agente acaba por ser beneficiado e a vítima claramente prejudicada. Como bem aponta Taipa de

⁵⁹BGHSt 6, 297 [298].

⁶⁰Neste sentido, veja-se também a posição de Inês Ferreira Leite, que considera que estamos perante casos de concurso real homogêneo, no âmbito do crime de violência doméstica, quando se verificam alguns critérios, tais como uma interrupção/pausa no comportamento criminoso do agente relativamente à mesma vítima, isto é, quando existe uma desconexão temporal, ou quando há uma alteração relevante no *modus operandi* do agente. Segundo a Autora, estes são indícios de que ocorreu uma cisão da unidade normativo-social.

Carvalho, “nos casos mais graves de violência doméstica fica sem efeito a especial proteção característica do tipo penal da violência doméstica, não havendo diferenciação entre a perpetração do crime numa situação fora ou dentro do contexto especialmente protegido”.⁶¹ Esta questão, no entanto, será mais aprofundada de seguida, no capítulo respeitante à aplicação das penas acessórias.

III. 4 Aplicação de penas acessórias no âmbito dos homicídios passionais

Outro problema que se encontra ligado à temática do concurso, especificamente do concurso entre o crime de violência doméstica – que dispõe da cláusula de subsidiariedade expressa – e o crime de homicídio, prende-se com a questão da aplicação das penas acessórias previstas para o crime consagrado no art. 152.º do CP à norma que prevalece, neste caso, a do homicídio. Para além disso, questiona-se a necessidade da aplicação das penas acessórias nos casos em que um agente é condenado pela prática de um homicídio “passional”, sem ser nas situações em que este concorre com o crime de violência doméstica.

Importa, porém, em primeiro lugar, referir que o nosso Código Penal dispõe de três tipos de penas: as penas principais, as penas acessórias e as penas substitutivas. Neste sentido, cumpre-nos fazer a distinção entre aquelas e as penas principais. Esta é uma distinção que não levanta qualquer problemática quer a nível jurisprudencial, quer a nível doutrinal. Nestes termos, entende-se por penas principais aquelas que, encontrando-se expressamente previstas para cada tipo de crime, podem ser aplicadas pelo juiz independentemente de quaisquer outras.

Por outro lado, penas acessórias são aquelas cuja aplicação está dependente da fixação na sentença condenatória, pelo juiz, de uma pena principal ou de substituição. Estas penas, que estão previstas na parte geral e especial do CP, bem como em legislação extravagante, são verdadeiras penas – ligam-se à culpa do agente, justificam-se de um ponto de vista preventivo e são determinadas concretamente através dos critérios gerais de determinação da medida da pena, nos termos do art. 71.º do CP.

Nas palavras de Figueiredo Dias, estas penas “têm uma função preventiva adjuvante da pena principal, cuja finalidade não se esgota na intimidação da generalidade, mas dirige-se também, ao menos em alguma medida, à perigosidade do agente”.⁶²

O n.º 4 do art. 152.º do CP estabelece penas acessórias aplicáveis especificamente ao crime de violência doméstica, a saber, a pena de proibição de contacto com a vítima, a pena de proibição de uso e porte de armas e a obrigação de frequência de programas específicos de

⁶¹ Dias (dir.), 2012.

⁶² Dias, 1993.

prevenção de violência doméstica, existindo, ainda, a pena acessória de inibição do exercício do poder paternal no n.º 6 do mesmo artigo.

A questão que então se coloca é: em caso de concurso aparente entre o crime de violência doméstica e o homicídio “passional”, em que o agente é punido apenas pelo crime de homicídio, pode ou não aplicar-se as penas acessórias previstas para o crime preterido?

Esta é uma questão que levanta muitos problemas, não existindo unanimidade quanto à sua solução.

O nosso legislador, numa omissão bastante criticável, não previu a aplicação expressa das penas acessórias do art. 152.º aos crimes mais graves que possam vir a concorrer com aquele. Assim, a cláusula de subsidiariedade prevista no n.º 1 daquele artigo parece impedir que tais penas sejam aplicadas nesses casos. De facto, é maioritariamente entendido na doutrina que, quando se esteja perante a relação de subsidiariedade expressa, não se poderá aplicar as penas acessórias previstas para o crime preterido, neste caso, o de violência doméstica. Neste sentido, Figueiredo Dias entende que “deve ir buscar-se somente à norma prevalente e única concretamente aplicável, não (ou não também) à norma excluída”⁶³, o que significa, no seu entender, que as penas acessórias previstas pela lei excluída não se podem aplicar, independentemente das consequências, graves ou não, que daí possam advir. Relembremos que este autor entende que aquilo que realmente existe é uma unidade de normas, tendo em conta que, concretamente, só uma das normas é que é aplicável, não se aplicando, por isso, o n.º 4 do art. 77 CP.⁶⁴

Por outro lado, como forma de suprir esta falha do legislador, há quem entenda, entre eles Américo Taipa de Carvalho, que se deve fazer uma interpretação teleológica extensiva, “que leva à possibilidade de aplicação das penas acessórias, mesmo nos casos em que ao agente do crime de violência doméstica seja aplicável a pena mais grave estabelecida para o crime em que se materializou a violência doméstica”.⁶⁵ Ainda assim, este autor não deixa de defender que a melhor solução seria o legislador fazer menção expressa, no final do n.º 1, à possibilidade de as penas acessórias serem aplicadas ao agente que venha a ser punido por crime mais grave.

Parece-nos que, discordando da posição adotada por Figueiredo Dias e tendo ainda em conta a letra da lei, a cláusula de subsidiariedade expressa, presente no art. 152.º do CP, apenas manda aplicar a pena mais grave, isto é, refere-se exclusivamente à pena principal, pelo que entendemos que é possível aplicar, cumulativamente, as penas acessórias; algo que se impõe, aliás, pelas exigências de imediata e eficaz proteção que se fazem sentir relativamente às vítimas de violência doméstica, não podendo, porém, deixar de concordar com o entendimento de Américo Taipa de Carvalho de que a melhor solução seria o legislador fazer menção

⁶³ Dias, 2019.

⁶⁴ Note-se que este artigo dispõe que, no âmbito de punição do concurso, as penas acessórias e medidas de segurança são sempre aplicáveis ao agente, ainda que previstas por uma só das leis aplicáveis.

⁶⁵ Dias (dir.), 2012.

expressa à possibilidade de serem aplicadas as penas acessórias quando esteja em causa o concurso com um crime mais grave⁶⁶. Estas penas são essenciais para as atuais e potenciais vítimas, podendo mesmo ter um papel fulcral nas vidas delas. Seja nos casos em que o homicídio no contexto de violência doméstica se fica pela tentativa e, portanto, a vítima continua a precisar de proteção, afigurando-se como essencial a pena acessória de proibição de contacto com a vítima, seja nos casos em que, apesar de o homicídio se ter consumado, é essencial que o agente frequente programas específicos de prevenção da violência doméstica, de modo a prevenir que pratique factos da mesma natureza no futuro. É neste contexto que entendemos que, nos casos em que o agente é punido pela prática de um homicídio “passional”, ainda que fora do contexto de violência doméstica, tendo em conta, como já pudemos demonstrar, as semelhanças das motivações que levam à prática do crime e até da relação de proximidade entre o agente e a vítima, ser essencial e necessário que se prevejam penas acessórias (à semelhança das que existem nos casos de violência doméstica). Assim, a pena de proibição de contacto com a vítima seria essencial quando o homicídio “passional” se fique pela forma tentada; mas também as penas de proibição de uso e porte de armas e de inibição do exercício das responsabilidades parentais são importantes, quer o homicídio se consuma quer fique na forma tentada, tendo em conta que, em casos como estes, considerados de gravidade extrema, os menores são muitas vezes colocados em risco. Sem descurar ainda a frequência de programas específicos de educação sobre a igualdade de género, de prevenção de violência contra as mulheres e até de programas de controlo de agressividade, controlo de emoções, com o objetivo de o agente conseguir controlá-las de uma melhor forma, sendo no nosso entender uma pena acessória com um papel essencial nestes casos. Defendemos, assim, uma pena acessória geral de obrigação de frequentar programas específicos, sendo que depois estes programas seriam escolhidos tendo em conta as especificidades do caso e do agente. De facto, as penas acessórias alicerçam-se não só na proteção das vítimas, como também na reeducação do agente do crime, sendo que esta última vertente poderá surtir efeitos bastante positivos no comportamento futuro deste. Na verdade, já dizia Pitágoras: “(e)ducai as crianças para que não seja necessário punir os homens”. Assim, entendemos que a educação, ou reeducação, é essencial em todas as etapas da vida, mesmo na vida adulta, sendo certo que “mais vale tarde que nunca” e que esses ensinamentos serão, posteriormente, transmitidos aos seus descendentes.

⁶⁶ De realçar que, quanto a esta questão, e como já foi referido em nota prévia, a Lei 57/2021, de 16 de agosto, veio alterar o n.º 4 do art. 152.º do CP, precisamente no sentido daquilo que defendíamos, tendo a norma em apreço passado a ter a seguinte redação: “Nos casos previstos nos números anteriores, incluindo aqueles em que couber pena mais grave por força de outra disposição legal, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima e de proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos, e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica”. Assim, com esta alteração, a nosso ver mais do que necessária, o legislador veio eliminar quaisquer dúvidas que pudessem existir quanto à possibilidade de aplicação das penas referidas, nos casos em que o agente seja exclusivamente punido pelo crime com pena mais gravosa do que a do crime de violência doméstica.

Note-se que DOBASH (2007)⁶⁷ constatou que “os homicidas que mataram a/o parceiro/a íntima/o tinham mais probabilidade de ter usado violência em relações anteriores”. Do estudo já anteriormente referido⁶⁸, com base na amostra analisada, verificou-se que em 27,4% dos casos o agente já apresentava inscrições anteriores no registo criminal, sendo que dessa percentagem 16,7% das condenações resultavam de crimes de violência doméstica ou de maus-tratos. Não obstante, constatou-se que apenas em 5,6% dos casos foram aplicadas penas acessórias.

Face ao exposto, apesar da potencialidade das penas acessórias, conclui-se pela sua escassa aplicação, apesar da manifesta vontade, por parte do legislador, de intervir também no agente, de modo a educá-lo e integrá-lo.

Rui Abrunhosa Gonçalves, numa abordagem realizada à violência conjugal, defende, de igual forma, que deve ser encontrado um equilíbrio entre a punição e o tratamento, devendo-se intervir sobre o agressor de uma perspetiva triangular – “punir, tratar, controlar”⁶⁹. Neste sentido, no seu estudo identifica, enquanto variáveis presentes nas características da personalidade de muitos destes agressores, a falta de assertividade e a dificuldade em controlar a raiva e o comportamento, sendo que, uma vez que estas constituem variáveis dinâmicas, suscetíveis de serem modificadas, poderão beneficiar bastante daquela intervenção.

Assim, cremos que a previsão de penas acessórias, nos termos já acima enunciados, para aplicação aos homicidas “passionais” se afigura não só necessária, mas mesmo essencial. É fulcral agir, intervir no agressor para evitar a reincidência e futuras vítimas.

Realce-se que, porém, e no seguimento da posição defendida por Cristina Cardoso, a previsão da pena acessória não basta. É também necessário prever sanções adequadas ao incumprimento daquela, sob pena de favorecer o arguido, uma vez que a única consequência existente se prende com a possibilidade de este vir a responder noutra processo penal pelo crime de violação de proibições ou interdições, o que significa que se o arguido não cumprir a pena, será punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa, não estando prevista qualquer forma de imposição da sua continuação no programa, perdendo-se assim as finalidades da pena acessória previamente aplicada.

⁶⁷ Cit. por Castanho, 2015, p. 89.

⁶⁸ Agra (coord.), 2015.

⁶⁹ Gonçalves, 2004.

Conclusão

Os homicídios “passionais” continuam a ser reflexo de uma sociedade machista, na qual a mulher ainda é vista como subalterna do homem. Contrariando a sua denominação, o agente “homicida, possuído/a por intensos sentimentos de ciúme que o/a cegam, não age tanto pelo amor, mas pela vontade de domínio, pela afirmação do seu valor pessoal. Na sua elaboração mental constrói racionalizações que a seus olhos legitimam o crime: o/a futuro/a delinquente crê-se vítima de uma injustiça”.⁷⁰

Assim, cremos que, em consonância com o que o STJ tem entendido, e face à atrocidade e violência destes homicídios, não só tendo em conta as circunstâncias em que normalmente ocorrem, mas também pela existência da relação de intimidade e confiança entre a vítima e o agente, os homicídios “passionais”, em regra, devem ser integrados no art. 132.º do CP, enquanto homicídios qualificados. Porém, não negamos o seu enquadramento nos homicídios simples ou privilegiados, ainda que em casos raros, nas situações em que concorram determinadas circunstâncias relativas ao caso concreto e ao próprio agente que não permitam afirmar estarmos perante uma culpa agravada, nos termos exemplificados.

Concluimos ainda pela manifesta urgência da intervenção do legislador no que à cláusula de subsidiariedade expressa presente no art. 152.º do CP respeita, sob pena de não só se beneficiar o agente por este ser punido exclusivamente pelo crime de homicídio quando, na verdade, também praticou um ou vários crimes de violência doméstica, ficando esses episódios no “esquecimento”, mas também por não ser, deste modo, possível, no entender de alguns autores, aplicar as penas acessórias previstas no art. 152.º CP. Neste sentido, e face ao seu manifesto valor, impor a aplicação daquelas penas acessórias nos crimes mais graves, especialmente no crime de homicídio, quando a vítima se encontrava numa relação de proximidade (como as que se encontram previstas no art. 132.º, n.º 2, al. b)), de modo a intervir diretamente sobre o agente do crime, ajudando-o, reeducando-o e, assim, tentando que evite a reincidência, traria inúmeros benefícios.⁷¹

⁷⁰ Agra (coord.), 2015.

⁷¹ Como vimos, a alteração relativa às penas acessórias ocorreu por força da Lei n.º 57/2021. Já quanto ao concurso entre crime de violência doméstica e crimes mais graves, mantém-se a controvérsia, mas vão ganhando força perspetivas que sustentam o concurso efetivo, como é o caso da posição defendida por Inês Ferreira Leite (Leite, 2022).

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, P.P. (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a Edição atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ANTUNES, M.J. (2017). *Penas e medidas de segurança*. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO, A.T. de (2016). *Direito penal – Parte geral: Questões fundamentais: Teoria geral do crime*, 3.^a Edição. Porto: Universidade Católica Editora.
- CARDOSO, C. (2012). *A violência doméstica e as penas acessórias*. Dissertação de Mestrado em Direito na área Criminal. Porto, Faculdade de Direito, Escola do Porto, Universidade Católica Portuguesa.
- CASTANHO, A.M.C. (2015). Homicídios em violência doméstica: Análise retrospectiva de homicídios ocorridos em relações de intimidade. *Revista CEJ*, pp. 87-109.
- CORREIA, E. (1963). *A teoria do concurso em direito criminal: A unidade e pluralidade de infracções: Caso julgado e poderes de cognição do juiz*. Coimbra: Almedina.
- COSTA, J.F. (1992). *O perigo em direito penal: Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CUNHA, 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, J.F. (1993). *Direito penal português: Parte geral II: As consequências jurídicas do crime*. Editorial Notícias.
- DIAS, J.F. (2019). *Direito penal – Parte geral: Tomo I: Questões fundamentais: A doutrina geral do crime*. 3.^a Edição. Gestlegal.
- DIAS, J.F. (dir.) (2012). *Comentário conimbricense ao Código Penal – Parte especial: Tomo I*. 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J.F. (1987). Homicídio qualificado. *CJ*, vol. XIII, n.º 4, pp. 51-55.
- DONAS-BOTTO, J. (2013). *A (in)imputabilidade e a (in)exigibilidade no contexto dos crimes passionais*. Dissertação de Mestrado em Direito na área de Ciências Jurídico-Forenses. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- GARCIA, M.M. & RIO, J.M.C. (2014). *Código Penal: Parte geral e especial*. Coimbra: Almedina.
- GONÇALVES, R.A. (2004). Agressores conjugais: Investigar, avaliar e intervir na outra face da violência conjugal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 4, pp. 541-558.
- LEITE, I.F. (2022). Violência doméstica e concurso de crimes: Delimitação à luz do conceito de unidade normativo-social. In *Professor Doutor Augusto Silva Dias in Memoriam*, vol. II. AAFDL Editora.
- MENDES, A.R.S. (2013). *Crime continuado e concurso de crimes: A relevância jurídico-penal da culpa e da liberdade na legitimação do discurso criminalizador da continuação criminosa*. Dissertação de Mestrado em Direito na área de Ciências Jurídico-Criminais. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- MONTEIRO, C. (2018). *Do concurso de crimes ao “concurso de ilícitos” em direito penal*. Coimbra: Almedina.
- PALMA, M.F. (2005). *O princípio da desculpa em direito penal*. Coimbra: Almedina.

- PEIXOTO, G.E. (2017). *Problemática da responsabilidade penal do agente homicida passional*. Dissertação de Mestrado em Direito na área de Forense. Lisboa, Faculdade de Direito, Escola de Lisboa, Universidade Católica Portuguesa.
- PEREIRA, M.M. (2008). *Direito penal II – Os homicídios*, 2.^a Edição. AAFDL Editora.
- RIBEIRO, R. (2015). *Os homicídios passionais: Considerações relativas ao grau de culpa do agente*. Dissertação de Mestrado em Direito na área de Ciências Jurídicas. Porto, Faculdade de Direito – Escola do Porto, Universidade Católica Portuguesa.
- SERRA, T. (2003). *Homicídio qualificado: Tipo de culpa e medida da pena*. 4.^a Edição. Coimbra: Almedina.

Material em suporte eletrónico

- AGRA, Cândido da (coord.) (2015). Homicídios conjugais: estudo avaliativo das decisões judiciais. <http://cid.cig.gov.pt/Nyron/Library/Catalog/winlibimg.aspx?skey=AE00A6E8D1924F01AC6374F3F8050701&doc=96161&img=139811>.
- Observatório de Mulheres Assassinadas da União de Mulheres Alternativa e Resposta (UMAR) (2020). Relatório Anual de 2019. http://www.umarfeminismos.org/images/OMA_Relatorio_Final_2019_FINAL.pdf.
- Associação de Proteção e Apoio à Vítima (APAV) (2020). Vítimas de homicídio: Relatório APAV 2019. https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Relatorio_APAV_2019_Vitimas_Homicidio.pdf

Jurisprudência

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21-01-1987, Proc. n.º 038706. <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ad708988e129d228802568fc003af971?OpenDocument>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18-10-2007, Proc. n.º 07P2586. <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b85d3b42ff44090c802573790028fcod?OpenDocument>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29-05-2008, Proc. n.º 08P827. <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7583e189foa7edcd8025746b004b94df?OpenDocument>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02-07-2008, Proc. n.º 07P3861. <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/99a7b561df2ec602802574970030add9?OpenDocument>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17-09-2009, Proc. n.º 434/09.5YFLSB. <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b0308b8276d123ed80257638004eaf1e?OpenDocument>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27-05-2010, Proc. n.º 474/09.4PSLSB.L1.S1. <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ba8ffed362818a7080257758002dc052>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14-07-2010, Proc. n.º 408/08.3PRLSB.L2.S1.
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/62cd5cc818c96ae0802577a600352e25?OpenDocument>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07-02-2011, Proc. n.º 830/09.8PBCTB.C1.S1.
<http://www.dgsi.pt/jstjf.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1c98d132e5f3e0bc80257b900033ee46?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12-10-2011, Proc. n.º 293/10.5 JALRA.C1.
<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/a5d1159428d224438025792f003b8311?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 04-06-2013, Proc. n.º 237/12.0GDSTB.E1.
<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/80630622f67bd32b80257de10056fbea?OpenDocument>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20-04-2017, Proc. n.º 2263/15.8JAPRT.P1.S1.
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6bcc3ffbc027c88a80258115004819f4?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 16-05-2017, Proc. n.º 93/14.3GBRMZ.E1.
<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/3d8438eac290a0e68025814c004e3390?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 09-04-2018, Proc. n.º 1069/16.1JABRG.G1.
<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/09832359cde94bae8025827400377a43?OpenDocument>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27-11-2019, Proc. n.º 323/18.2PFLRS.L1.S1.
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/944a99c24c87b561802584c00052f75b?OpenDocument>.

**O abuso de posição dominante e a proteção de dados pessoais
em mercados digitais**

Uma análise das barreiras à entrada

Monique Oliveira Aires

Sob a orientação da Professora
Doutora Sofia Oliveira Pais

Agradecimentos

Não percorri os caminhos que me levaram ao fim deste mestrado sozinha, e aos que participaram desta trajetória ao meu lado devo todos os meus agradecimentos.

Agradeço aos meus pais, Patricia e Wesley, por toda dedicação e amor, por servirem de modelo de caráter e por serem a minha grande inspiração. Agradeço, ainda, pelo apoio irrestrito para que eu pudesse alcançar todos os meus objetivos.

Aos meus irmãos, Wesley Júnior e Rodrigo, por todo amor e amizade e por, como sempre, estarem ao meu lado.

Agradeço a vida compartilhada e por todos os passos que nós cinco demos juntos.

Ao Hélder, por todo amor e companheirismo, que foi fundamental na construção deste trabalho, cujos conselhos, correções e auxílios tanto me ajudaram.

Um agradecimento à Professora Sofia Pais por ter aceitado orientar esta dissertação e pelos seus ensinamentos.

Resumo

Numa economia global cada vez mais digital, os dados pessoais tornam-se mais relevantes e, em consequência, geram mais problemas jurídicos a serem solucionados. Nesse contexto, a presente dissertação tem como escopo analisar a problemática que envolve os abusos de posição dominante e a proteção de dados pessoais através da análise da existência das barreiras à entrada em mercados digitais.

Estudamos as principais barreiras à entrada apontadas pela doutrina, bem como o compartilhamento de dados enquanto uma possível solução para os entraves criados pela posse e tratamento de dados pessoais por empresas dominantes nos mercados digitais. Pelo que sugerimos uma revisão do paradigma do direito concorrencial, mediante a inserção dos dados pessoais como elemento-chave para a verificação da existência das barreiras à entrada.

Palavras-chave: abuso de posição dominante; dados pessoais; mercados digitais; barreiras à entrada.

Abstract

In an increasingly digital global economy, personal data becomes more relevant each day, and, as a result, more legal problems arise, eager for solution. In such context, the aim of the present dissertation lies on the analysis of problematics involving the abuse of dominant position and the protection of personal data through the analysis of the existence of barriers to entry into digital markets.

For that, we studied the main barriers to entry advocated by the doctrine, as well as data sharing as a possible solution for the difficulties created by personal data possession and processing by dominant companies in the digital markets.

We then suggest a revision to the dogma of competition law, through the insertion of personal data as a key element for the checking of existence of barriers to entry.

Keywords: abuse of dominant position; personal data; digital markets; barriers to entry.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
Cf.	Conferir
Cfr.	Confrontar
EEE	Espaço Económico Europeu
Ed	Edição
e. g	Por exemplo
i.e.	Isto é
n.º	Número
p.	Página
pp.	Páginas
Proc.	Processo
RGPD	Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados
ss.	Seguintes
SSNIP	Small but significant and non-transitory increase in price
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
UE	União Europeia
v.	Ver

Índice

Introdução	6
1. Big data, mercados digitais e proteção de dados pessoais	8
1.1 Biga data	8
1.2 Proteção de dados pessoais na União Europeia	9
1.3 Mercados digitais: breve contextualização	12
2. O abuso de posição dominante e as barreiras à entrada na União Europeia	16
2.1 Enquadramento legal e os aspetos mais relevantes	16
2.1.1 Mercado relevante	16
2.1.2 Posição dominante	18
2.1.3 Abuso	19
2.2 As barreiras à entrada	20
3. A problemática das barreiras à entrada nos mercados digitais	22
3.1 Exclusividade de dados	23
3.2 Economias de escala e de escopo	26
3.3 Efeitos de rede	28
3.4 Proteção de dados pessoais	30
4. Compartilhamento de dados: uma solução plausível?	35
Conclusões	39
Bibliografia	41
Decisões da Comissão Europeia e acórdãos dos tribunais	44
Legislação e documentos oficiais	44

Introdução

Diante do desenvolvimento dos mercados digitais e das mudanças tecnológicas, transformámos a maneira como comunicamos, compramos, hospedamos e deslocamos. É neste cenário que também partilhamos informações pessoais indispensáveis para o desenvolvimento das plataformas digitais e, sendo assim, a preocupação com a proteção de dados pessoais ganha cada vez mais pertinência.

A problemática que envolve o compartilhamento de dados pessoais e os serviços digitais tem vindo a ser analisada das mais diferentes perspetivas, seja pela criação da Lei de Serviços Digitais que está a ser elaborada pelo Parlamento Europeu¹, seja pelo Departamento de Justiça americano, que anunciou um processo histórico contra o *Google* pelo seu monopólio em serviços de busca e publicidade online².

A questão está a ser analisada até mesmo pelas próprias plataformas digitais, como é o caso do documentário “O Dilema das Redes Sociais”, que discute a questão das redes sociais e que foi lançado pela *Netflix* em setembro de 2020.³

É neste contexto que a presente dissertação tem como objetivo analisar a relevância do *Big Data*, proteção de dados e Direito da Concorrência e, nomeadamente, a questão da criação de barreiras à entrada aos concorrentes através da violação da proteção de dados e o abuso de posição dominante nos mercados digitais.

No entanto, conforme analisaremos *infra*, há autores que defendem que não existe correlação entre tais matérias. Por um lado, a ideia de que o direito da proteção de dados e o direito da concorrência enquanto áreas jurídicas autónomas visam tutelar interesses jurídicos díspares, por outro lado a aplicação da lei da proteção de dados e não as regras da concorrência nos casos que tratam de privacidade e dados pessoais.

A relação entre tais áreas será então, nesta perspetiva, um problema jurídico a ser solucionado.

Com a presente investigação pretende-se analisar a relevância jurídica dos dados pessoais enquanto valor económico no âmbito da economia digital, bem como clarificar em que medida os dados pessoais podem configurar-se como uma barreira à entrada de novos concorrentes e um elemento de verificação para o abuso de posição dominante.

No entanto, é importante esclarecer desde logo que a questão jurídica que envolve dados pessoais e direito da concorrência é complexa e exige uma investigação de elementos caracterizadores do próprio abuso de posição dominante, como é o caso do mercado relevante e da definição de barreiras à entrada.

¹ Acerca da Lei de Serviços Digitais, v. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package>.

² No dia 20 de outubro de 2020, o Departamento de Justiça, junto com onze estados, entrou com uma ação civil contra o *Google* devido ao monopólio, disponível em <https://www.justice.gov/opa/pr/statement-attorney-general-announcement-civil-antitrust-lawsuit-filed-against-google>.

³ O documentário está disponível em <https://www.netflix.com/pt/title/81254224>.

Para o efeito, o resultado da pesquisa está organizado em quatro capítulos. No primeiro capítulo, intitulado “*Big data*, mercados digitais e proteção de dados pessoais”, analisaremos os aspetos mais relevantes sobre estes temas.

No segundo capítulo, intitulado “O abuso de posição dominante e as barreiras à entrada na União Europeia”, analisaremos o abuso de posição dominante à luz do artigo 102.º do TFUE e estudaremos os conceitos doutrinários e jurisprudenciais das barreiras à entrada.

No terceiro capítulo, intitulado “A problemática das barreiras à entrada nos mercados digitais”, estudaremos as principais barreiras à entrada apontadas pela Doutrina, nomeadamente a exclusividade de dados, as economias de escala e de escopo, os efeitos de rede e a proteção de dados.

Por fim, no capítulo quatro examinaremos a questão do compartilhamento de dados enquanto possível solução para a diminuição das barreiras à entrada nos mercados digitais.

1. Big data, mercados digitais e proteção de dados pessoais

Em primeira linha, cumpre destacar que é inegável o desenvolvimento da economia digital e da presença cada vez mais intensa de plataformas digitais, aplicações e redes sociais nos nossos dias. Diariamente produzimos imensos dados relacionados a localização, interesses, preferências de compras e amizade.

Neste cenário, os mercados digitais desenvolveram-se de tal forma que os dados assumem especial relevância e, em consequência, os dados pessoais e o seu reconhecido valor económico produzem efeitos na chamada economia digital ou, ainda, na economia do *big data*.

Assim, comecemos por analisar, ainda que sucintamente, o conceito de *big data*, os mercados digitais e a estreita relação com a proteção de dados pessoais.

1.1 Big data

O *big data* não possui uma definição única, ao contrário, a sua definição varia de acordo com o contexto em que é analisado, seja jurídico, económico ou social.

Com efeito, conforme assinalam De Mauro, *et al.* (De Mauro, Greco, & Grimaldi, 2014, p. 9), “o *big data* representa os ativos de informação caracterizados por um alto volume, velocidade e variedade que exigem tecnologia e métodos analíticos específicos para sua transformação em valor”.⁴

A Comissão Europeia (Jourová, 2018, p. 1) define o *big data* como grandes quantidades de dados produzidos por várias fontes que podem ser relacionados, *e.g.*, com pessoas, clima, locais, vídeos e fotos. Já os dados pessoais são os que se referem a um indivíduo e também se inserem no *big data*.

Posto isto, o *big data*, pode ser definido como uma coleção de grandes quantidades de dados, produzidos rapidamente com base em várias fontes e vários formatos com o escopo de se transformarem em valor para as plataformas que os possuem.

Em consequência, o *big data* é caracterizado comumente por meio dos “4 V’s”: volume, velocidade, variedade e valor.⁵

O volume refere-se à grande quantidade de dados que são produzidos diariamente. De acordo com Stucke *et al.* (Stucke & Grunes, 2016, p. 44), o crescimento na coleta de dados decorre da redução de custos de coleta, armazenamento, processamento e análise dos dados.

Para além disso, com o aumento da utilização da internet banda larga, o acesso a smartphones, *e-commerces* e redes sociais provocou o fornecimento de dados pelos

⁴ Todas as traduções realizadas são de nossa autoria e responsabilidade.

⁵ Cf. Stucke & Grunes, 2016, p. 37.

próprios utilizadores que, ao acederem às diversas plataformas, divulgam cada vez mais informações pessoais.⁶

A velocidade relaciona-se com o dinamismo existente no *big data*, posto que os dados mudam constantemente e sempre são acrescentados novos dados. Por sua vez, a variedade é decorrente da imensa quantidade de tipos de dados existentes, em diversos formatos e em diversas fontes.

Por fim, o valor. A definição de valor neste contexto é árdua, uma vez que o valor depende dos objetivos e finalidades da utilização dos dados. Além de estar relacionada com os outros “V’s”⁷. Isto porque o valor decorre da velocidade a que se consegue coletar, analisar e utilizar os dados, do volume, bem como da variedade de dados que, ao serem analisados e relacionados, geram valor.⁸

Há autores que defendem a existência de 5 V’s: volume, velocidade, variedade, valor e veracidade. Neste sentido, Burri (Burri, 2019, p. 37) defende que “A veracidade dos dados se refere ao grau em que os dados são exatos, precisos e confiáveis”.

Logo, o valor dos dados está intrinsecamente relacionado com o processo de análise dos dados, o chamado *big data analytics*, posto que através da análise dos dados é possível identificar quais são os padrões, preferências, tendências e as mais diversas informações que poderão ser utilizadas pelas empresas inseridas nos mercados digitais, porque, por exemplo, os dados *per se* não são capazes de influenciar tomada de decisões, sendo necessário que passem por uma análise para que sejam capazes de gerar valor para as plataformas que o utilizam.

É importante destacar que, embora o volume de dados produzidos seja elevado, a sua variedade também é, de modo que os concorrentes – provavelmente – não conseguem obter o mesmo tipo de dados. Neste sentido, Rubinfeld e Gal (Rubinfeld & Gal, 2017, p. 373) defendem que, se uma empresa tiver acesso exclusivo a dados exclusivos, isso pode ser difícil de recriar sem incorrer em custos irre recuperáveis substanciais.

Diante de tal contexto, parece-nos, então, necessário determinar o que são os mercados digitais e a importância da proteção de dados pessoais nestes mercados. Todavia, e como veremos *infra*, os mercados digitais devem estar sob o enfoque do direito da concorrência, bem como a proteção dos interesses dos usuários, no que se refere a proteção de dados pessoais consagrada no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.

⁶ Para Katz, 2019, p. 4 o *big data* é formado por conjuntos de dados – que são grandes devido a uma combinação de amplitude, profundidade e frequência de coleta – sobre os seus usuários, que são fundamentais para os modelos de negócio desenvolvidos a partir desses dados.

⁷ Cf. Stucke & Grunes, 2016, p. 44.

⁸ Cf. Stucke & Grunes, 2016, p. 45.

1.2 Proteção de dados pessoais na União Europeia

É importante destacar que, no âmbito da análise dos mercados digitais e da economia baseada no *big data*, trataremos apenas dos dados pessoais, porquanto o volume e a velocidade em que os dados são produzidos é alta, pelo que é fundamental identificar o que são dados pessoais.

Para tanto, utilizaremos a definição adotada no RGPD, que no seu artigo 4.º define os dados pessoais da seguinte forma:

Dados pessoais: informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (“titular dos dados”); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular.

O RGPD adota um conceito amplo de dados pessoais, posto que considera como dados pessoais as informações que permitem associá-las a determinada pessoa, não apenas ao seu nome, mas também a outras informações e características relevantes que a permitam reconhecer.

Neste sentido, a identificação das pessoas é o que torna o dado relevante no âmbito do RGPD, inclusive porque a intenção do legislador fica clara no considerando n.º 26, ao determinar que dados “pseudonimizados, que possam ser atribuídos a uma pessoa singular mediante a utilização de informações suplementares, deverão ser considerados informações sobre uma pessoa singular identificável”.

Os dados que tenham sido objeto do processo de pseudonimização, caso ainda sejam associados a uma pessoa – sejam identificáveis –, permanecem sujeitos ao RGPD, enquanto dados anónimos não estão protegidos pelo RGPD.⁹

Em suma, um dos principais objetivos do Regulamento é assegurar que os dados sejam anonimizados, isto é, tornem impossível a identificação do sujeito, embora, na prática, seja difícil assegurar integralmente a anonimização¹⁰, posto que o próprio legislador se refere a uma probabilidade razoável – não refere a impossibilidade absoluta – de identificar os sujeitos e, para tanto, leva em consideração “todos os fatores objetivos, como os custos e o tempo necessário para a identificação, tendo em conta a tecnologia disponível à data do tratamento dos dados e a evolução tecnológica”.¹¹

⁹ Finck & Pallas, 2020, p. 34 afirmam “Se os dados puderem ser associados a uma pessoa física com probabilidade razoável, eles se qualificam como dados pessoais e se enquadram no escopo de aplicação do RGPD. Se a despersonalização foi suficientemente forte (...) não são abrangidos pelo RGPD”.

¹⁰ V. Finck & Pallas, 2020, p. 10.

¹¹ V. considerando n.º 26 do RGPD.

Neste particular, Purtova (Purtova, 2018, p. 41) destaca que a evolução tecnológica tem vindo a desenvolver-se com base num sistema de informações e de análise de dados que propicia que tudo possua informações e, em consequência, qualquer informação tem relação com uma pessoa a propósito ou por efeito. Sendo assim, o RGPD corre o risco de se tornar a “lei de tudo”, garantindo a mais alta proteção legal em todas as circunstâncias.

No âmbito concorrencial, a relevância da proteção de dados pessoais decorre do facto de que as plataformas digitais empregam as informações dos seus utilizadores como *input*, como, por exemplo, um mecanismo para identificar os padrões de compras e os interesses dos consumidores. Porém, as informações não são anónimas, uma vez que são os próprios utilizadores que as disponibilizam.

De igual forma, por meio da utilização dos dados pessoais, as plataformas digitais conseguem obter informações precisas dos consumidores e, assim, conseguem criar produtos adequados aos interesses, bem como promover a inovação e o bem-estar, desenvolver estratégias adequadas a determinados grupos de utilizadores, e identificar os padrões de comportamento.

Assim, parece-nos que o real entrave à utilização dos dados pessoais pelas plataformas digitais consiste no facto de que a vantagem concorrencial é limitada às grandes empresas existentes nos mercados digitais, pois a identificação dos utilizadores ocorre de um modo em que os próprios usuários se identificam, seja por meio da criação de contas, seja pela aceitação de *cookies*, por exemplo. Para além disso, conforme veremos *infra*, os efeitos de rede promovem o aumento do número de usuários, criando um aumento nos dados que as plataformas possuem.

Sendo assim, embora o RGPD seja um avanço, é necessário empregar mais esforços para que exista uma maior proteção dos dados pessoais dos utilizadores, partindo também de uma visão concorrencial na defesa da concorrência e dos consumidores e não só da proteção de dados pessoais.

Conforme afirmam Peukert *et al.* (Peurket, Bechtol, Batikas, & Kretschmer, 2020, p. 26), com a implementação do RGPD, as empresas tecnológicas acabaram por concentrar ainda mais o mercado, como no caso do *Google* que, devido à necessidade de consentimento dos utilizadores para sites em grande escala e ao facto de que a maior parte dos utilizadores da internet em algum momento utilizam um produto *Google*, a plataforma obteve o consentimento para uma grande quantidade de produtos *Google* e não apenas para o produto que o usuário estava a aceder aquando do consentimento.¹²

Tal situação demonstra que a relação entre o direito da concorrência e o da proteção de dados é cada vez mais intensa, sobretudo levando em consideração que há

¹² Observam Geradin, Katsifi, & Karanikioti, 2020, p. 6 que o *Google* acabou por utilizar o RGPD como ferramenta estratégica para fortalecer o seu controlo no mercado tecnológico da publicidade.

cada vez mais informação disponível, mas a informação está restrita a poucos concorrentes no mercado. Desta feita, no nosso entendimento, as vantagens competitivas estão limitadas as empresas dominantes nos mercados digitais.

Nesta sequência, entendemos que estamos diante de um novo paradigma no âmbito concorrencial, porque, diante do contexto de uma economia digital com muitos serviços gratuitos e a utilização de dados pessoais como *input*, muitos conceitos e objetivos do direito da concorrência podem ser questionados.¹³

Em suma, estamos certos de que não há como alterar o rumo da economia digital, nem interromper os avanços tecnológicos, pelo que, como veremos, deve-se regular a utilização dos dados pessoais, na medida em que se afigura necessário buscar soluções para alcançar o equilíbrio e proporcionalidade entre a proteção de dados pessoais e a vantagem competitiva obtida através destes dados.

1.3 Mercados digitais: breve contextualização

Os mercados digitais possuem características específicas e que muitas vezes não são encontradas nos mercados tradicionais, sendo caracterizados por serem mercados inovadores, rápidos e disruptivos, que utilizam o *big data* como mecanismo de desenvolvimento dos negócios.¹⁴

Esses mercados são, prioritariamente, desenvolvidos em mercados multilaterais ou plataformas multilaterais, isto é, mercados nos quais são identificados dois ou mais participantes que interagem entre si através das plataformas, de modo que as vantagens obtidas dependem de quem participa.

As plataformas multilaterais promovem o encontro de interesses de dois lados, como no caso da plataforma do *Booking.com*, que promove o encontro entre hotéis e hóspedes, no caso do *Uber*, em que há o encontro entre o utilizador que necessita de transporte e o motorista, bem como dos sites *Ebay*, *Ali Express* e *Amazon*, em que na mesma plataforma existem os vendedores e compradores.¹⁵ As redes sociais também são plataformas multilaterais, como no caso do *Facebook*, em que há o encontro entre os utilizadores e os anunciantes.

Na decisão *Google/DoubleClick*¹⁶, a CE considerou que uma rede de publicidade é uma plataforma de dois lados, em que um lado são os sites que pretendem hospedar os anúncios e, o outro, anunciantes que desejam veicular os anúncios; assim, a plataforma

¹³ Veja-se, entre nós, as conclusões de Pais, 2018, pp. 142-143.

¹⁴ Cf. Kadar, 2015, p. 6. O Autor ainda observa que “muitos mercados digitais são caracterizados pela presença de um intermediário que fornece e opera uma “plataforma digital”.

¹⁵ V., nesta perspetiva, o Relatório da Comissão Europeia “Política de concorrência para a era digital”. Crémer, Montjoye, & Schweitzer, 2019, p. 21.

¹⁶ Decisão da comissão de 11 de março de 2008, proc. COMP/M.4731 – *Google/ DoubleClick*.

permite um “único ponto de compra”¹⁷.

Neste panorama, facilmente se constata que uma das principais vantagens dos mercados multilaterais é a possibilidade de proporcionar o encontro entre as partes. Num mercado multilateral, resta claro que as plataformas conseguem obter informações detalhadas sobre os utilizadores porque vendem aos participantes de um dos lados o acesso aos outros participantes.

Logo, quanto mais participantes com as características necessárias para o modelo de negócio de um dos lados, mais vantagens possuem, pelo que os participantes acabam por ser, de facto, um *input* nestes mercados.¹⁸

Para além disso, os mercados multilaterais têm como característica os efeitos de rede diretos e indiretos. Passemos a explicar: os efeitos diretos decorrem do facto de que quanto mais usuários utilizam a mesma plataforma, mais valiosa ela se torna, como é o caso das redes sociais, em que quanto mais utilizadores estiverem inscritos nas plataformas, mais utilizadores são atraídos.

De igual modo, quanto mais utilizadores estiverem inscritos, mais anunciantes também têm interesse na plataforma. Por sua vez, os efeitos indiretos ocorrem nos casos em que o incremento no volume de um tipo usuários promove o aumento de outro tipo de usuários.

Por outro lado, também se verifica como uma característica das plataformas digitais o *positive feedback loop*, no qual o número de *feedbacks* positivos proporciona o aumento do número de usuários e, portanto, reforça a popularidade no mercado digital.

Pfeiffer (Pfeiffer, 2019, p. 60) destaca que os efeitos de rede tendem a fomentar mercados concentrados, porque as plataformas beneficiam de um grande número de usuários, tornando muito mais difícil a competição para concorrentes com pequeno número de usuários. Nesse contexto, as autoridades *antitrust* devem dedicar atenção especial a mercados com essas características, principalmente na análise de fusões e condutas envolvendo empresas dominantes.

Por outro lado, os preços também se verificam como uma característica relevante nos mercados digitais, porquanto em diversas situações não há custos por parte dos utilizadores, mas os gastos existentes para a plataforma são compensados pela outra

¹⁷ Sobre esta decisão, Filistrucchi, Geradin, Damme & Affeldt, 2014, p. 309 destacam que a Comissão não levou em consideração que a aquisição da *Double-Click* permitiria que o *Google* adquirisse informações sobre dados de usuários que poderiam ser usados para melhorar o direcionamento da publicidade também em seus próprios sites.

¹⁸ V., neste sentido, Evans, 2016, p. 9.

parte – aquela que está interessada em conectar-se com os utilizadores da plataforma.

Sobre este assunto, Weber (Weber, 2019, p. 227) destaca que a gratuidade da utilização da maior parte das plataformas digitais é um grande desafio legal porque os modelos convencionais das leis *antitrust* são, via de regra, baseados em elementos de mercado sensíveis ao preço, pelo que a gratuidade nos mercados on-line deve levar a uma reconsideração dos parâmetros regulatórios. No entanto, tal questão não deve ser sobrestimada, porque outros meios de pagamento são utilizados, especialmente, os dados.

Os incentivos de mercado para os provedores coletarem e processarem dados pessoais são altos porque os dados representam um valor para monetização em vários contextos, isto é, coletando dados pessoais, os ganhos podem ser internalizados¹⁹.

Note-se ainda que, de um modo geral, os serviços são oferecidos de forma gratuita e os dados fornecidos também gratuitamente pelo próprio utilizador para as referidas plataformas. De tal modo, a manipulação deste mercado está quando a colheita de dados é feita nas entrelinhas. De facto, a regra é que os usuários das plataformas digitais partem do pressuposto que estão a usufruir de um serviço gratuito, sem ter a percepção de que o valor pago para a utilização desses serviços são os seus dados pessoais.²⁰

Porém, a comercialização, a vantagem competitiva e a posição dominante que muitas vezes tais plataformas obtêm decorrem da utilização desses dados e, por essa razão, podemos então verificar a existência de um mercado e de uma economia de dados que se desenvolve nos mercados digitais, posto que já existem diversas organizações a utilizar os dados pessoais como mecanismo de captação de clientes e, inclusive, negócios que se desenvolvem através da comercialização de dados pessoais.

Ora, é inegável que as plataformas digitais, como *Facebook*, *Google* e *Amazon*²¹ – chamadas *big tech* – são grandes empresas no âmbito dos mercados digitais e que utilizam os dados pessoais dos usuários.

No entanto, parece-nos evidente que a economia de dados se baseia num mercado – ainda – desconhecido por muitos, integrado por grandes e poucas empresas que dominam a maior parte dos dados coletados, e que produz impactos em diversos ramos jurídicos, pese embora não tenha uma regulamentação específica. A este propósito,

¹⁹ Neste sentido se pronuncia Weber, 2019, p. 227.

²⁰ Sobre este assunto, Economides & Lianos, 2019, p. 4 elucidam que a exploração de dados pessoais pode resultar de coerção económica, com base em dependência de recursos ou login do usuário. Este último, sem outra escolha, a fim de desfrutar de um serviço específico fornecido pelo controlador de dados, acaba por partilhar seus dados pessoais.

²¹ No relatório elaborado pela PwC, 2020 relativamente às maiores empresas globais a *Microsoft Corp* ocupa a 2.^a posição, *Apple Inc* a 3.^a posição, *Amazon.com inc* a 4.^a posição, *Alphabet Inc-A (Google)* a 5.^a posição, *Alibaba Grp-Adr* a 6.^a posição e o *Facebook Inc-a* ocupa a 7.^a posição, para além de diversas outras empresas de tecnologia e serviços ao consumidor que constam no ranking e também se desenvolvem em mercados digitais.

torna-se pertinente discutir a atual ordem jurídica em torno da problemática da relação entre o direito da proteção de dados e o direito da concorrência.

Uma das principais questões que se coloca decorre do facto de que estas empresas têm como modelo de negócios a utilização dos dados pessoais: os preços aos utilizadores é zero, pelo que da perspetiva concorrencial o preço pago pelo utilizador não pode ser o foco da análise e, dessa forma, as empresas detentoras de grandes quantidades de dados podem ter vantagens competitivas no mercado, já que podem criar barreiras à entrada de novos concorrentes que não conseguem obter, processar ou comprar o mesmo volume de dados e, outrossim, não conseguem examinar o comportamento dos utilizadores e desenvolver estratégias comerciais competitivas.

Sobre este assunto, Pecman *et al.* (Pecman, Johnson, & Reirsler, 2020, p. 1) destacam que, nessa perspetiva, em que os dados são o mecanismo de criação de valor, estes podem constituir uma barreira à entrada se a sua criação, aquisição ou manutenção for cara e de difícil acesso aos outros concorrentes.

É evidente que uma empresa que possui mais informações consegue desenvolver produtos mais adequados aos objetivos e interesses dos utilizadores, bem como a publicidade direcionada; portanto, as empresas que coletam e analisam dados não promovem o compartilhamento, posto que, na maior parte dos casos, os negócios desenvolvem-se com base na economia de aquisição e monetização de dados pessoais.²²

Em face do exposto, analisaremos a questão do abuso de posição dominante e as barreiras à entrada no contexto europeu.

²² Cf. Burri, 2019, p. 257.

2. O abuso de posição dominante e as barreiras à entrada na União Europeia

Analisaremos neste capítulo os aspetos mais relevantes do abuso de posição dominante para o escopo desta dissertação e as barreiras à entrada enquanto elemento de verificação do abuso de posição dominante à luz do direito comunitário.

2.1 Enquadramento legal e aspetos mais relevantes

Em primeiro lugar, cumpre assinalar que as barreiras à entrada encontram relevância jurídica no âmbito do artigo 102.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), uma vez que este artigo tem como objetivo a proteção da concorrência no mercado como meio de aumentar o bem-estar do consumidor e garantir uma afetação eficiente de recursos e, sendo assim, proíbe o abuso de posição dominante²³, pelo que analisaremos brevemente as questões mais relevantes.

Para a aplicação do artigo 102.º, é necessário que o comportamento tenha sido praticado por, pelo menos, uma (i) *empresa*, que esteja numa (ii) *posição dominante num mercado relevante*, e que tenha cometido o (iii) *abuso* desta posição dominante de tal forma que (iv) *afete o comércio* entre os estados-membros da União Europeia.

2.1.1 Mercado relevante

O conceito de mercado relevante²⁴ foi delineado através da jurisprudência do Tribunal de Justiça e da Comunicação da Comissão²⁵, que determinam uma análise do mercado relevante a partir de uma perspetiva geográfica e do produto.

Na perspetiva geográfica, o mercado relevante circunscreve uma área em que as condições de concorrência são homogêneas e existe uma diferenciação de outras áreas geográficas próximas, nas quais as perspetivas concorrenciais são dissemelhantes²⁶.

Para aferir o mercado relevante relativamente ao produto, o teste adotado pelas autoridades europeias é o teste SSNIP (*Small significant, non-transitory increase price*)²⁷, no qual fazem uma análise a partir do aumento dos preços na ordem dos 5% a

²³ Para um aprofundamento da jurisprudência europeia, v. os seguintes acórdãos: *United Brands*, *Continental Can*, *France Telecom*, *Akzo*, *British Airways*, *Hoffman-La Roche* e *Intel* e ainda as decisões da Comissão: *Google Android*, *Google Search*, *Gazprom* e *Qualcomm*.

²⁴ Cf. Acórdão *Continental Can* de 21/02/ 1973, proc. 6/72, p. 124, parágrafo 32 e acórdão *United Brands* de 14 de fevereiro de 1978, proc. 27/76.

²⁵ Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03).

²⁶ *Ibidem*, parágrafo 8.

²⁷ *Ibidem*, parágrafo 15.

10% para verificar o comportamento e a possibilidade de substituição dos produtos, bem como investigam se é um mercado autónomo.²⁸

É evidente que, no caso dos mercados digitais, a caracterização do mercado relevante através do teste SSNIP encontra ressalvas, uma vez que existem dois grupos de utilizadores e o aumento do preço para determinado grupo pode levar consequências diretas ao outro grupo²⁹.

Os mercados digitais também são caracterizados por serem mercados de preço zero, e isto prejudica a adequação do teste, ainda que consideremos que os utilizadores “paguem” indiretamente com os dados. A título exemplificativo, no caso *Google Shopping*, a Comissão afastou desde o princípio a aplicação do teste SSNIP pelo facto de o *Google* oferecer os serviços gratuitamente³⁰.

No entanto, a definição do mercado relevante é alvo de discussões doutrinárias e, portanto, existem autores que defendem a indispensabilidade da definição de mercado relevante, como é o caso de Moura e Silva (Silva, 2008, p. 583), que aponta que “a definição do mercado apresenta-se como uma questão prévia (e determinante) à determinação do carácter abusivo da conduta em causa”.

Porém, os mercados digitais são uma realidade distinta, pelo que seguimos Crémer *et al* (Crémer *et al.*, 2019, p. 46) quando defendem que se deve dar menos ênfase à definição do mercado relevante e mais importância às teorias do dano e à identificação de condutas anti-competitivas.

No mesmo sentido, Robertson (Robertson, 2020a, p. 8) afirma que, nos mercados digitais, a definição de mercado se deve concentrar no seu segundo papel principal: o de caracterizar o mercado, de modo a fornecer o contexto necessário para compreender os mercados em questão e desenvolver uma teoria coerente de danos nesses mercados.

Em suma, entendemos que a definição do mercado relevante é necessária para o artigo 102.º; no entanto, é indispensável a modernização e adaptação dos mecanismos de aplicação desse artigo aos casos dos mercados digitais.

²⁸ Neste particular, Sofia Pais, 2011, p. 453 destaca que há um risco na caracterização do mercado relevante através do referido teste em mercados onde se verificam efeitos de rede, pois há uma corrida pelas novas tecnologias, o que ocasiona que a empresa vencedora fique com todo o mercado (*the winner takes all game*).

²⁹ Sobre este assunto v. Filistrucchi, 2018, pp. 45-49. Uma das soluções apontadas é o desenvolvimento de um teste baseado na qualidade e não nos preços: teste SSNIQ (*Small significant, non-transitory increase quality*).

³⁰ Decisão da Comissão de 27 de junho de 2017, proc. AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, p. 54, parágrafo 245.

2.1.2 Posição dominante

Por seu turno, a posição dominante encontra-se definida no acórdão *United Brands*³¹, o qual define que uma empresa está em posição dominante sempre que usufrui de um poder de mercado que lhe permite impedir a manutenção da concorrência efetiva neste mercado. Mas não só: o poder de mercado pode igualmente decorrer do poder de reduzir a produção, de aumentar preços em montantes superiores aos concorrenciais, bem como do poder de exclusão de concorrentes.³²

Ocorre, porém, que, para demonstrar a existência de posição dominante na União Europeia, a jurisprudência e a Comunicação que trata sobre empresas em posição dominante³³ estabeleceram três indícios de verificação: as quotas de mercado das empresas, o poder dos compradores e as barreiras à entrada.

No que se refere à quota de mercado, o montante encontra-se previsto no Acórdão *Akzo*³⁴, no qual se presume que uma empresa que disponha de uma quota de mercado de 50% ou mais ocupa uma posição dominante, *i.e.*, a quota de mercado utilizada, em regra, para determinar a posição dominante está na ordem de, no mínimo, 50% do mercado³⁵.

No âmbito dos mercados digitais, verifica-se a existência de quotas de mercados elevadas detidas pelas grandes empresas e, nesses casos, torna-se difícil afastar a presunção da posição dominante.³⁶

O outro indício que se emprega para certificar a posição dominante é o poder dos compradores, ou seja, a capacidade dos compradores de mudarem para produtos substitutos.

Por fim, o último indício para examinar a posição dominante refere-se à verificação da possibilidade de novas empresas integrarem o mercado, ou seja, se existem barreiras à entrada no mercado. Considerando o objetivo deste trabalho, interessa-nos analisar pormenorizadamente o assunto, o que faremos a seguir.

Portanto, é neste panorama que parece soçobrar um dos maiores problemas existentes nos mercados digitais: os parâmetros adotados para a verificação da posição dominante ainda não estão claros.

³¹ Acórdão *United Brands* de 14 de fevereiro de 1978, proc. 27/76, p. 91, parágrafo 65.

³² Sobre este assunto, v. Sofia Pais, 2011, pp. 459-460.

³³ Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 102.º do Tratado CE (2009/C 45/02) a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante.

³⁴ Cf. Ac. *Akzo* de 3 de julho de 1991, proc. 62/86, p. 15, parágrafo 60.

³⁵ No entanto, este valor não é absoluto. Neste sentido, v. Ac. *British Airways*, de 17 de dezembro de 2003, proc. T-219/99, p. 57, parágrafo 224. A *British Airways* apresentava quotas de mercado de 39,7%.

³⁶ Por exemplo, a *Google* possuía mais de 90% de quota de mercado na maioria dos Estados-Membros do EEE, cf. decisão da Comissão de 27 de junho de 2017, proc. AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, p. 60, parágrafo 280, e as quotas de mercado da *Microsoft* eram superiores a 90%, cf. ac. *Microsoft Corp.* de 17 de setembro de 2007, proc. T-201/04, parágrafo 387.

A discussão coloca-se, em nosso entender, na estrita medida em que há imensa dificuldade na aplicação dos indícios de verificação – quotas de mercado das empresas, o poder dos compradores e as barreiras à entrada – aos casos de empresas existentes nos mercados digitais que tratam dados pessoais. A título exemplificativo, no caso das barreiras, conforme veremos no capítulo seguinte, há uma panóplia de barreiras à entrada possíveis, mas que ainda carecem de análise e verificação no sentido de saber se são, de facto, obstáculos à entrada de novos concorrentes e geram prejuízos aos consumidores nos mercados digitais.

Nestas circunstâncias, compreender a posição dominante e determinar o que são as barreiras à entrada é fundamental, tanto do ponto de vista dos consumidores, quanto da perspectiva das empresas, uma vez que em nossos dias a evolução destes mercados é notória e, como vimos, os conceitos já existentes não conseguem satisfazer as necessidades. Contudo, tal questão torna-se mais importante devido ao facto de que os mercados de plataformas tendem a ser muito concentrados e podem, até, chegar ao monopólio, impedindo, portanto, que as empresas já estabelecidas continuem a inovar e que os termos e condições oferecidos aos utilizadores sejam justos.³⁷

2.1.3 Abuso

O artigo 102.º do TFUE permite a caracterização de vários tipos de abusos, como, por exemplo, vendas ligadas, cláusula de subordinação, preços predatórios, descontos de fidelidade e recusa de fornecimento. Porém, embora o artigo 102.º elenque diversos abusos que podem ser cometidos, a enumeração é exemplificativa e o desenvolvimento económico e social pode levar à criação de novos tipos de abusos que não se encontram previstos, mas que ainda assim podem estar sujeitos à sua aplicação.

Sobre este assunto, Viktoria Robertson (Robertson, 2020b, p. 18) destaca que, no contexto europeu, a prática de coleta de dados por empresas dominantes pode estar a expulsar concorrentes menores, que não têm a mesma capacidade de impor termos de privacidade tão abrangentes aos seus usuários, de modo que, nos termos do artigo 102.º do TFUE, pode ser necessário reconhecer a possibilidade de um abuso referente à recolha excessiva de dados.

Os abusos nos mercados de dados levantam questões que perpassam a privacidade, a segurança e o próprio controlo dos utilizadores sobre como, quando e por quem os dados estão a ser utilizados, bem como, diante de um abuso por uma plataforma com imensos dados, os danos também são colossais.

³⁷ Neste sentido, Condorelli & Padilla, 2020, p. 40.

No mesmo sentido, Marco Gambaro (Gambaro, 2019, p. 114) refere que uma posição dominante obtida através do controlo de dados pessoais pode facilitar alguns possíveis abusos: discriminação de preços em primeiro grau, publicidade personalizada e degradação da qualidade do serviço. Todavia, também é essencial ter em conta na avaliação desses possíveis comportamentos as vantagens de eficiência e melhorias dos produtos obtidas com o uso dos dados.

É importante notar que o desenvolvimento de mercados baseados em dados promove a possibilidade de novos abusos nem sempre pautados em preços, isto porque os dados estão intrinsecamente relacionados com a privacidade dos utilizadores, mas também com grandes domínios por parte das plataformas, que, como veremos, são capazes de bloquear novos concorrentes.

2.2 As barreiras à entrada

Cumpre-nos agora desenvolver o conceito de barreiras à entrada enquanto um dos indícios utilizados para caracterizar a posição dominante no contexto europeu. No entanto, convém sublinhar que existem diversos conceitos de barreiras à entrada, pelo que centraremos a nossa atenção nas teses clássicas e nas definições encontradas nos documentos oficiais da Comissão Europeia e na jurisprudência.

Em primeiro lugar, Bain (Bain, 1956, p. 3) defendia que as barreiras à entrada são todas as dificuldades estabelecidas no mercado que impossibilitam a entrada de novas empresas e que ocasionam o aumento dos lucros das empresas já estabelecidas. Com efeito, este conceito é amplo e abrange as mais diversas situações em que há dificuldade de entrada. Bain estabelecia alguns fatores que podem impedir a entrada de novos concorrentes, *e.g.*, economias de escala, diferenciação do produto e, ainda, as vantagens de custo absolutas.

Por outro lado, na noção dada por Stigler (Stigler, 1968, p. 67), ligado à Escola de Chicago, as barreiras à entrada são um custo que deve ser suportado por uma empresa que busca entrar numa indústria, mas que não é suportado por empresas já existentes. Nesta teoria, os obstáculos jurídicos e legais, como, por exemplo, as patentes e as taxas alfandegárias, são as principais barreiras à entrada. Observe-se ainda que, para Stigler, a presença de outros concorrentes já existentes não é uma barreira à entrada e, portanto, é um conceito mais restrito.

Cabe salientar que, como resulta do exame da Comunicação da Comissão Europeia relativa à aplicação do artigo 102.º do TFUE³⁸ e da jurisprudência dos

³⁸ Referimo-nos à Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 102.º do Tratado CE (2009/C 45/02) a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante.

Tribunais³⁹, no contexto europeu adota-se o conceito amplo de barreiras à entrada para verificação da existência de posição dominante e, embora o conceito não promova a segurança jurídica, assegura o acompanhamento caso a caso de situações que obstem à entrada de novos concorrentes no mercado.

Na comunicação supracitada, a Comissão destaca que a concorrência é um processo dinâmico e não pode se circunscrever ao mercado já existente, pelo que se torna imprescindível verificar a possibilidade da entrada de novos concorrentes, posto que isto pode impossibilitar posturas anti concorrenciais por empresas dominantes, como, por exemplo, nas conjunturas de aumentos de preços em situações que esteja em voga a entrada de um novo concorrente. Note-se que, em todo o caso, é primordial que a entrada de novos concorrentes seja atempada o suficiente para impedir o abuso da posição dominante; caso contrário, verificar-se-ão barreiras à entrada.

Além do mais, conforme se examina e elucida na referida Comunicação, as barreiras à entrada podem ser jurídicas, vantagens específicas da empresa em posição dominante (como ocorre no caso das economias de escala), acesso privilegiado a meios de produção ou a recursos naturais essenciais, bem como tecnologias importantes.

Da mesma forma, as barreiras podem ser custos ou entraves gerados por conta de efeitos de rede, assim como altos custos suportados pela empresa dominante, a celebração de contratos a longo prazo que promovem o encerramento do mercado e, por fim, as quotas de mercado persistentemente elevadas podem ser indicativas da presença de barreiras à entrada e à expansão.

O facto é que, como resulta da investigação das barreiras à entrada aqui levada a cabo, não existe uma definição limitada – nem é, tampouco, possível circunscrever claramente uma aceção de barreiras à entrada, o que pode motivar incertezas jurídicas, mas, no entanto, permite que a análise seja feita a cada caso concreto e não limita a atuação das Autoridades da Concorrência.

No contexto europeu, segundo Crémer e et al (Crémer et al., 2019, p. 71), uma preocupação que se constata é a de que, diante da natureza inovadora e por vezes até desconhecida do mundo digital, se torna difícil estimar exatamente quais os efeitos das práticas das empresas dominantes nos mercados digitais no bem-estar dos utilizadores. No entanto, reconhece-se que, diante da grande concentração do mercado e da existência de barreiras à entrada, pode considerar-se que não há uma concorrência pelo mérito.

Em qualquer caso, as barreiras à entrada assumem protagonismo na análise dos efeitos anti concorrenciais das condutas das empresas dominantes, porque em mercados

³⁹ A este propósito, vide Ac. *Hilti* de 12 de dezembro de 1991, proc. T-30/89, parágrafo 19, Ac. *Hoffman-La Roche* de 13 de fevereiro de 1979, proc. 85/76, parágrafo 48, p. 236 e Ac. *United Brands* de 14 de fevereiro de 1978, proc. 27/76, parágrafo 91, p. 20.

em que existem poucas barreiras à entrada presume-se que não há poder de mercado; ao revés, quando existem barreiras, a competição torna-se mais limitada, pelo que podem suscitar prejuízos ao bem-estar dos consumidores.

Note-se ainda que as dificuldades concorrenciais encontradas no âmbito do setor tecnológico são diferentes dos outros setores, posto que este apresenta características particulares que não se verificam em outros setores. Isto ocorre devido ao facto de empresas do setor tecnológico terem modelos de negócios que logram e se beneficiam das vantagens do *big data* e, sendo assim, as divergências nos dados mantidos por estas empresas – seja no volume, na variedade ou na velocidade – podem criar barreiras à entrada que são difíceis para plataformas não dominantes e impedem a competição.⁴⁰

Neste sentido, seguimos Santesteban e Longpre (Santesteban & Longpre, 2020, p. 17) quando afirmam que o objetivo da política de concorrência deve ser garantir que os participantes não enfrentem barreiras substanciais à entrada e à inovação geradas pela falta de acesso aos dados e, como resultado, que o cenário competitivo permaneça aberto e desinibido para todas as empresas.

Apesar disso, e conforme o que se apresentará *infra*, existem argumentos no sentido de que a utilização do *big data* por empresas atuantes nos mercados digitais não é suficientemente capaz de impor barreiras à entrada devido à sua vastidão.⁴¹

3. A problemática das barreiras à entrada nos mercados digitais

O debate quanto à existência, as implicações e a relevância das barreiras à entrada no direito concorrencial tem assumido destaque entre a doutrina, na medida em que existem divergências que se centram na existência de baixas ou altas barreiras à entrada nos mercados digitais.

Assim, debruçar-nos-emos, *infra*, sobre as principais barreiras à entrada apontadas pela doutrina, nomeadamente a exclusividade de dados, economias de escala, efeitos de rede e, por fim, a proteção de dados pessoais.

3.1 Exclusividade de dados

No que se refere à exclusividade de dados, o debate circunscreve-se, sobretudo, relativamente à afirmação de que os dados possuem natureza não rival e não exclusiva, ou seja, uma empresa pode coletar dados sem excluir outros concorrentes da coleta dos mesmos dados. Sendo assim, coloca-se a questão de saber se os dados são únicos o suficiente para criar barreiras de entrada e tirar os concorrentes do mercado.⁴²

⁴⁰ A este propósito, cfr. Nicholas, 2020, pp. 8-16.

⁴¹ Cf. Balto & Lane, 2016, pp. 2 e 12, “os dados pessoais não são como moeda, porque os dados pessoais não têm um valor consistente e são inesgotáveis”.

⁴² Cf. Davilla, 2017, p. 373.

De acordo com Tichem e Tuinstra (Tichem & Tuinstra, 2018, p. 52), para proporcionar uma vantagem competitiva duradoura para a coleta de dados, os dados em questão devem ser não replicáveis. Na generalidade dos casos, entretanto, os dados pessoais do usuário podem ser facilmente replicados (coletados ou comprados de terceiros) por uma empresa rival devido à sua natureza não rival.

Entendemos, porém, que ainda que a maior parte dos dados possam ser replicados, a possibilidade de o serem, de facto, não é tão simples, isto porque embora as plataformas não limitem que os utilizadores forneçam os dados a outros concorrentes, consideramos que há uma imensa dificuldade em que sejam partilhados igualmente – seja no que se refere ao local, ao momento ou ao tipo de dado – com outras plataformas. Neste aspeto, concordamos com Rubinfeld e Gal (Rubinfeld & Gal, 2017, p. 351) quando afirmam que existem dados que não podem ser replicados facilmente, como no caso de reações em redes sociais, de modo que a criação de pontos de acesso exclusivo pode ser o objetivo principal do coletor de dados ou, ainda, ser um benefício colateral.

Ao se averiguar a exclusividade dos dados, verificamos também a questão do imediatismo existente nos mercados digitais, como, por exemplo, um utilizador que fez uma busca sobre determinado produto e passa a receber a publicidade direcionada, justamente porque a empresa possui dados exclusivos dos utilizadores que lhe permitem fornecer uma publicidade mais útil. Sendo assim, não podemos desconsiderar que o valor dos dados pode sofrer influências relativamente ao momento em que foram coletados.⁴³

Certo é que, conforme analisámos no primeiro capítulo, há uma grande quantidade de dados pessoais disponíveis, posto que a maior parte da população produz imensos dados diariamente e estes dados ficam na posse de determinadas empresas, que os utilizam como *input*. Contudo, os dados não são os mesmos e nem são encontrados no mesmo volume e de igual forma por todas as empresas.

Antes de mais, sublinhe-se que a possibilidade de replicar concretamente alguns dados parece ser difícil para empresas que não competem com plataformas digitais em seus mercados convencionais (por exemplo, motores de busca), mas que competem diretamente com eles em outros mercados contíguos (por exemplo, publicidade).⁴⁴

No entanto, parte notável da Doutrina⁴⁵ parte da premissa de que os dados são ubíquos, baratos e fáceis de coletar⁴⁶. A acrescentar a isto, veja-se que Sokol e Comerford (Sokol & Comerford, 2017, p. 6) argumentam que se um provedor tem um dado, outro provedor não está impedido de coletar o mesmo dado. Concluem ainda que os

⁴³ Neste sentido, Rubinfeld & Gal, 2017, p. 351 apontam como exemplo os dados relativos a mapas aéreos antes de desastres naturais.

⁴⁴ V. Lucchini, Moscianese, Angelis, & Benedetto, 2018, p. 4.

⁴⁵ V. Sokol & Comerford, 2017 e Tucker & Wellford, 2014.

⁴⁶ Cf. análise pertinente de Stucke & Grunes, 2016, p. 8 em “Mito 6: os dados têm pouca ou nenhuma importância competitiva, visto que os dados são ubíquos, de baixo custo e amplamente disponíveis”.

provedores on-line estabelecidos não têm exclusividade de facto sobre os dados do usuário, uma vez que não existem cláusulas de exclusividade em termos de serviço com usuários e não há estruturas que obriguem os usuários de compartilhar seus dados com apenas uma plataforma.

Parece que este argumento não será o ideal, e somos em crer que um entendimento deste tipo põe em causa o facto de que existem empresas que utilizam os dados pessoais como insumo nos seus modelos de negócio. Considerar que outras empresas no mercado podem coletar os dados pessoais ignora o facto de que existem empresas dominantes que estão na posse de vários dados pessoais dos diversos beneficiários que os utilizam para criação de valor económico e, mais, ignora o facto de que as empresas praticam preços zero para recolher dados e adotam medidas que impedem o compartilhamento.

Ora, de igual jeito, em mercados onde existem empresas dominantes não se ignora o facto de que outras empresas também podem vender o mesmo produto. A questão que se coloca é em que medida os consumidores substituem os produtos da empresa dominante ou, como sucede nos mercados digitais, de que forma os usuários também compartilham, *e.g.*, os mesmos dados, reações, localização e pesquisa de produtos com outros provedores.

Mas além disso, ainda subsiste a questão da barreira temporal, que se relaciona com o momento em que os dados começaram a ser coletados⁴⁷. Tal situação se observa principalmente com os dados primários coletados por uma empresa que desenvolve seus próprios produtos e que, voluntariamente, não seriam acessíveis a outras companhias e, portanto, não seriam nem concorrentes nem ubíquos. Sobre este assunto, Sokol e Comerford (Sokol & Comerford, 2017, p. 13) argumentam que tal questão não é relevante, uma vez que ainda que uma empresa esteja em atividade há mais tempo e tenha uma grande quantidade de dados armazenados, a falta de paridade de ativos nunca foi uma base suficiente para definir uma barreira à entrada até o momento.

Ora, por tudo o que já foi dito, não podemos concordar que a posse dos dados pessoais não interfere na entrada de novos concorrentes, isto porque ainda que não seja pela posse dos dados *per se*, mas pelo tratamento de dados exclusivos (não disponíveis a todos concorrentes), as grandes empresas conseguem desenvolver melhores algoritmos que as tornam mais relevantes e mais utilizadas.

É importante observar, então, a questão do valor dos dados nos mercados digitais, que, conforme analisámos no primeiro capítulo, depende da utilização e da importância que lhes é dada por cada empresa. Há que reconhecer que os dados coletados anteriormente podem ter mais valor, mas o contrário também acontece, pois os dados

⁴⁷ A autora Miriam Buiten, 2019, p. 274 ainda destaca que outra questão importante é quanto tempo seria necessário para alcançar o mesmo nível de dados de um grande operador histórico.

são mais sensíveis ao fator temporal e podem não ter valor para outros concorrentes.

Deste modo, a definição do valor dos dados depende do contexto em que estão a ser utilizados, pelo que não podemos ignorar que os dados pessoais armazenados ao longo de determinado período podem ter efeitos na entrada de novos concorrentes, posto que os estes, como já vimos, podem influenciar a tomada de decisões e o direcionamento da escolha dos utilizadores.

Cumpramos observar que, ao partir da premissa que os dados estão amplamente disponíveis, ignoramos situações em que as plataformas digitais restringem o acesso a dados de difícil acesso ou que sejam impossíveis de serem replicados, como reações em publicações de redes sociais. Mesmo que os utilizadores compartilhem voluntariamente os dados, determinados dados não vão ser disponibilizados pelos utilizadores, uma vez que estes – em regra – não identificam valor nestes dados. Pese embora as plataformas digitais retenham as informações pessoais dos utilizadores⁴⁸, consideramos que caso não houvesse valor, não haveria motivos para as plataformas buscarem manter a exclusividade dos dados.

Neste cenário, considerar que os dados não são capazes de gerar poder de mercado relativamente aos outros concorrentes parece-nos ingénuo diante das situações em que as plataformas impedem o compartilhamento das informações, porquanto embora dados básicos, de facto, não possuam natureza não rival, os usuários também disponibilizam dados específicos nas plataformas dominantes que podem não ser reproduzidos em outras plataformas, nem de imediato, nem a longo prazo. Caso assim não fosse, as plataformas não investiriam no armazenamento e na análise de dados pessoais, bem como os compartilhariam com todas as outras empresas; todavia, isto não é o que sucede.

Conforme já analisámos, o dado *per se* não é o único interesse, mas sim a análise dos dados em conjunto como mecanismo de criação de valor, isto é, enquanto mecanismo para a análise comportamental e insumo para o desenvolvimento de algoritmos que fomentam e persuadem a escolha dos utilizadores⁴⁹. Porém, isso não retira a importância dos dados, posto que obviamente sem os dados puros não é possível analisá-los.

Destarte, concordamos com Stucke e Grunes (Stucke & Grunes, 2016, pp. 44-45) quando afirmam que os algoritmos aprendem com os dados que os humanos produzem. Consequentemente, ao possuírem mais dados, existem mais possibilidades para

⁴⁸ Sobre este assunto, Graef, 2015, p. 479 afirma que “plataformas online tentam proteger os dados dos concorrentes. (...) Ao se envolver em tais ações, esses provedores visam reservar dados para si próprios e impedir que os concorrentes façam uso de suas fontes de dados”.

⁴⁹ Conforme observa a Comissão Europeia na Decisão de 27 de junho de 2017, proc. AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, parágrafo 287, p. 63 “Quanto maior o número de consultas que um serviço de busca geral recebe, mais rápido ele é capaz de detetar uma mudança nos padrões de comportamento do usuário e atualizar e melhorar sua relevância”.

experimental, e os algoritmos podem aprender mais. Para além disso, destacam que “as empresas incorrem em custos significativos para coletar e armazenar dados precisamente porque os dados são excludentes. Na verdade, ser o primeiro a aceder e processar os dados pode render uma vantagem competitiva significativa”.

Em suma, consideramos que os dados pessoais possuem características exclusivas que impõem vantagens competitivas⁵⁰ que não podem ser desconsideradas sob o argumento da ubiquidade, dos baixos custos e da alta disponibilidade.

Do ponto de vista das empresas detentoras dos dados, das novas empresas que pretendem entrar no mercado e, ainda, dos usuários que fornecem os dados, o valor depende do contexto e da necessidade e, sendo assim, consideramos que a aceção de uma barreira à entrada decorrente da exclusividade dos dados, embora, como vimos, não seja unânime na doutrina, encontra guarida no facto de que os dados pessoais são um recurso essencial para várias companhias, pelo que, consequentemente, a posse dos dados por poucas empresas impede o acesso ao mercado por outros concorrentes.

3.2 Economias de escala e de escopo

As economias de escala e de escopo enquanto barreiras à entrada nos mercados digitais traduzem-se na conjugação de diversos fatores, como, por exemplo, os custos fixos para a instalação de mecanismos para coleta e tratamento de dados ou, ainda, a união de dados de empresas diferentes para produzir um produto⁵¹.

De acordo com Burri (Burri, 2019, p. 257), no âmbito das economias de escala, a situação que se verifica é que os custos para configuração das ferramentas utilizadas para coletar, armazenar e analisar os dados são fixos. Por outro lado, os custos marginais são baixos, pelo que a consequência direta seria, portanto, a criação de uma economia de escala⁵², que eventualmente gera barreiras à entrada de novos concorrentes.

Sobre este assunto, torna-se necessário pontuar a questão dos monopólios criados em economias de escala, isto porque, em economias de escala, as empresas dominantes podem cobrar preços supra competitivos que impedem a entrada de novos concorrentes, uma vez que a taxa de retorno dos investimentos para coletar os dados para os rivais pode ser elevada de tal forma que não sejam suficientes para suprir os custos totais.

⁵⁰ No documento de referência emitido pelo *Bundeskartellamt*, proc. B6-22/16 – caso *Facebook*, p. 5 concluiu-se que “os dados são relevantes tanto para o design do produto quanto para a possibilidade de monetizar o serviço. Se outras empresas não tiverem acesso a recursos de dados comparáveis, isso pode ser uma barreira adicional para a entrada no mercado”.

⁵¹ Sobre este assunto, Ducci, 2020, p. 22 afirma que “Os dados estão particularmente associados a níveis crescentes de concentração de mercado porque a cadeia de valor dos dados, da coleta ao armazenamento e à análise, é caracterizada por importantes economias de escala e escopo”.

⁵² V. Graef, 2015, p. 483.

No entanto, considerar as economias de escala como barreiras à entrada e, consequentemente, regulá-las, sobretudo no que concerne ao preço, nos leva a outros problemas, posto que, tal como afirma Ducci (Ducci, 2020, p. 128), a “regulação de preços (...) seria problemática devido a várias questões de medição, cálculo do risco envolvido em se tornar um monopolista natural, a natureza global de muitas plataformas digitais e a rapidez das mudanças tecnológicas”. A esta situação acresce ainda o facto de muitas plataformas digitais praticarem os preços zero.

É neste cenário, portanto, que se destacam as empresas com elevado poder e alta concentração, pois a grande concentração e desenvolvimento das economias de escala ensejam a evolução da plataforma, ocasionando barreiras à entrada que dificultam o ingresso de novos concorrentes⁵³. Isto decorre do facto de que os grandes números de usuários das plataformas acabam por ocasionar a diminuição dos custos.

Debruçando-nos sobre as economias de escopo, podemos verificar que os algoritmos assumem um papel relevante, uma vez que ensejam o aumento do valor dos dados devido à possibilidade de analisar uma imensidão de dados e, em consequência, as empresas conseguem aperfeiçoar os produtos e desenvolver tantos outros, como no caso das várias facetas do *Google – Search, Adsense e Gmail*.

Sobre este assunto, Condorelli e Padilla (Condorelli & Padilla, 2020, p. 12) indicam que as economias de escala no âmbito dos mercados digitais tendem a ser mais fortes do que nas empresas tradicionais e que tal situação decorre da dependência de três ativos específicos, designadamente software, relacionamento com o consumidor e os dados do usuário.

Em suma, diante de tais situações, entendemos que as economias de escala e de escopo nos mercados digitais podem, de facto, gerar barreiras à entrada, pois tendem a se verificar em empresas dominantes, que conseguem afastar os potenciais concorrentes, mas que, entretanto, também promovem benefícios aos consumidores, como ocorre no caso da integração entre plataformas.

⁵³ V. Capobianco & Nyeso, 2018.

3.3 Efeitos de rede

Os efeitos de rede, conforme analisámos anteriormente, referem-se à noção de que quanto mais usuários determinada plataforma possui, mais usuários são atraídos e mais poder de mercado detém, sendo que, no âmbito da nossa análise, ainda se coloca a questão do incremento no volume de dados pessoais obtidos⁵⁴.

Na análise dos efeitos de rede enquanto barreira à entrada, a mudança entre o *MySpace* e o *Facebook* como rede social mais utilizada nos Estados Unidos tornou-se um lugar-comum para parte notável da Doutrina⁵⁵, sob o argumento de que os efeitos de rede não são barreiras altas o suficiente para promover o encarceramento do mercado, posto que uma rede social dominante foi substituída por outra. Não se trata aqui de se analisar os motivos da mudança de uma plataforma por outra. O que nos parece necessário é ter em conta que o facto de ter ocorrido uma mudança não exclui a existência e os impactos dos efeitos de rede na entrada de novos concorrentes.

Não concordamos com Evans e Schmalensee (Evans & Schmalensee, 2017, p. 39) quando afirmam que:

A falha empírica na análise dos efeitos de rede decorre do facto de que se concentra em empresas de sucesso em um ponto no tempo, observa que eles se beneficiaram dos efeitos de rede e conclui que eles ganharam tudo e não serão deslocados. Esses fatos, mesmo se verdadeiros, não mostram que os efeitos de rede são a fonte de seu sucesso ou fornecem um fosso ao redor deles. O vencedor poderia ser muito mais eficiente ou inovador do que outras empresas.⁵⁶

Não perfilhamos deste entendimento, porquanto embora seja evidente que em determinado momento seja possível a substituição da plataforma dominante, entendemos que os efeitos de rede principalmente em mercados baseados em dados proporcionam um aumento do poder de mercado pelo facto de possuir mais usuários, mais dados pessoais e conseguirem produzir melhores algoritmos.

Nesse aspeto, entendemos que os efeitos de rede podem ser impeditivos à substituição por parte dos utilizadores. Ainda que não seja um impeditivo absoluto, é

⁵⁴ Stucke & Grunes, 2016, p. 163 indicam como exemplos dos efeitos de rede o caso do sistema operacional Microsoft, no qual quanto mais utilizadores tiver, mais será investido no desenvolvimento de produtos compatíveis com essa plataforma, o que, por sua vez, reforça a popularidade dessa plataforma com os usuários.

⁵⁵ V. Tucker, 2019, p. 2, Sokol & Comerford, 2017, p. 13 e Evans & Schmalensee, 2017, p. 36.

⁵⁶ Sobre este assunto, Mayer-Schönberger, 2020, p. 125 destaca que, com o tempo, essa dinâmica paralisaria os mercados se não houvesse uma poderosa força contrária – a inovação – que permitisse que novos concorrentes competissem com sucesso com grandes concorrentes. Entendemos, no entanto, que deve haver capacidade para inovar e, em mercados com altas barreiras, a dificuldade de novos concorrentes competirem no mercado e acederem aos mesmos recursos ou recursos semelhantes, leia-se, dados, enseja em impeditivos a inovação.

uma característica desses mercados e pode ensejar no baixo poder dos consumidores para substituírem os produtos.

Logo, julgamos que a posse de mais dados acarreta mais dificuldades na deslocação dos usuários, e isto não se deve exclusivamente à eficiência ou ao poder de inovação, decorre conjuntamente com o desenvolvimento de melhores algoritmos e produtos por meio de um acesso aos dados que se encontram restritos a empresas dominantes.⁵⁷

Evidentemente, os efeitos de rede também geram consequências positivas, como, por exemplo, a redução dos custos ou a melhoria dos serviços oferecidos pelas plataformas. No entanto, também podem levar à criação de barreiras à entrada e à concentração de mercado, promovendo a diminuição da concorrência.

Sobre este assunto, a Comissão Europeia analisou a questão dos efeitos de rede no Caso *Facebook/WhatsApp*⁵⁸ e concluiu que os efeitos de rede estavam presentes no caso, uma vez que os entrevistados afirmaram que a utilização das aplicações aumenta caso seja maior o número de amigos e parentes que as utilizam. Todavia, ainda assim, a Comissão entendeu que os efeitos de rede só assumem protagonismo no cenário concorrencial se dificultarem a expansão do número de clientes dos concorrentes, o que não sucedia no caso em apreço. No entanto, considerou que os aplicativos de comunicação são um setor em rápida evolução, em que os custos de mudança dos clientes e as barreiras à entrada são baixos e, sendo assim, nesse aspeto, a concentração não apresentava obstáculos.

O principal argumento decorreu do *multi-homing*⁵⁹, posto que os utilizadores das aplicações podem aceder a diversas aplicações de conversas, não utilizando apenas uma, e tal situação mitigaria os resultados negativos que pudessem decorrer dos efeitos de rede.

Todavia, conforme Stucke e Grunes ressaltam (Stucke & Grunes, 2016, p. 168), “a tirania da maioria dita as opções de privacidade da minoria”. Assim, ainda que os utilizadores possam, de facto, instalar diversas aplicações, isto não afasta a necessidade de utilizar as plataformas que os amigos ou familiares já utilizam e, neste cenário, por exemplo, por muito que estejam preocupados com questões de privacidade, se pretendem comunicar-se, devem ceder e utilizar o *Messenger* ou o *WhatsApp*.

⁵⁷ Sobre a questão dos efeitos de rede e assistentes pessoais, Ezrachi & Stucke, 2019, p. 233 apontam que “À medida que nosso assistente acumula informações ao longo do tempo, os custos de troca se tornam mais altos. (...) Os novos participantes terão dificuldade em corresponder à escala de dados mantida pelas superplataformas e nos convencer a mudar”.

⁵⁸ Decisão da Comissão de 03 de outubro de 2014, proc. COMP / M.7217 – *Facebook/ WhatsApp*, parágrafos 127-140.

⁵⁹ O *multi-homing* é caracterizado pela utilização de diferentes plataformas.

Concorda-se com esta posição, uma vez que não podemos ignorar que os efeitos de rede influenciam as escolhas dos utilizadores⁶⁰ e podem reforçar as posições dominantes de mercados de dados, ainda que seja necessário analisar caso a caso. Assim, os efeitos devem estar sob o enfoque de uma análise concorrencial. Defendemos também que, ao serem criadas barreiras à entrada através dos dados e dos efeitos de rede, criam-se estruturas que dificultam a mudança dos utilizadores para um concorrente, e o facto de existir a possibilidade de mudanças de plataformas dominantes não afasta os impactos que os abusos do domínio podem gerar.

Ao partir da premissa de que os dados não constituem barreiras à entrada e não merecem atenção do direito da concorrência, corre-se o risco de preocupar-se somente quando os efeitos deletérios já se fizerem presentes.

Neste seguimento, Ezrachi e Stucke (Ezrachi & Stucke, 2019, p. 238) analisam que um controle por parte do direito concorrencial de facto apresenta o risco de inibir a inovação, o investimento e a competição real. No entanto, é importante ter em conta também que a ausência de regulação pode levar a dinâmicas excludentes e efeitos anti competitivos. Isto porque as estratégias de exclusão e exploração podem afetar a privacidade, o bem-estar e a democracia. Destacam, ainda, que o nível ideal de intervenção é difícil de determinar, posto que, para estabelecer o domínio, o poder de mercado terá de ser sustentado ao longo do tempo. De tal forma, é possível que os efeitos de rede e os custos de troca possam contribuir para o surgimento de tal poder.

Em suma, entendemos que os efeitos de rede nos mercados de dados podem aumentar as barreiras à entrada, assim como podem reforçar o poder de mercado das grandes plataformas, impedindo, portanto, a entrada de novos concorrentes.

Assim, consideramos que há uma consolidação do poder em poucas empresas, ainda que existam outras empresas também eficientes, mas sem a possibilidade de obter dados pessoais suficientes. Todavia, na análise dos efeitos de rede enquanto barreira à entrada, é indispensável proceder a uma investigação casuística de cada caso, sob pena de travar a inovação e o desenvolvimento de novas tecnologias.

3.4 Proteção de dados pessoais

Conforme já se analisou, a proteção de dados pessoais encontra-se regulada pelo RGPD, que deverá assumir um papel de elevada importância no âmbito dos mercados digitais.

⁶⁰ V. Stucke & Grunes, 2016, p. 197. Os autores referem que, com os efeitos de rede, “os usuários passam mais tempo na plataforma e a empresa – além de coletar mais dados – tem mais oportunidades de direcionar os usuários a anúncios comportamentais em toda a mídia e em sua expansão enquanto plataforma”.

Neste contexto, embora o Regulamento não tenha um escopo jus concorrencial, pode ser considerado uma barreira legal à entrada de novos concorrentes.⁶¹

Antes de mais, julgamos necessário esclarecer que o RGPD estabeleceu diversas restrições às empresas que coletam, armazenam e compartilham dados. Com efeito, devido à necessidade de cumprir as novas normas, os custos para armazenar, coletar e analisar os dados pessoais aumentaram, assim como os riscos inerentes à posse e ao tratamento de dados pessoais⁶². Julgamos que tal situação promove o aumento das barreiras à entrada de novos competidores, uma vez que as imposições legais do Regulamento afetam diretamente as escolhas e o *modus operandi* das empresas já estabelecidas.

Deste modo, como reforçam Gal e Aviv (Gal & Aviv, 2020, p. 27), da perspectiva do utilizador, grandes empresas podem assumir a preferência os usuários. Por sua vez, isso criará obstáculos a que pequenas ou novas empresas colem dados e ampliará ainda mais os dados de grandes controladores de dados pessoais. Embora o RGPD tente limitar essa dinâmica, desenvolvendo a confiança de que todos os participantes do mercado processarão dados pessoais de modo a proteger a privacidade, até agora, a confiança não aumentou no período pós-RGPD. Os autores notam, contudo, que os usuários também podem desejar limitar o número de empresas às quais fornecem o consentimento, mantendo assim as empresas com as quais já consentiram em coletar dados, ou ainda, como no já citado caso do *Google*, em que o consentimento abrange diversos produtos, fortalecendo ainda mais o *status* dos grandes operadores históricos.

Além disso, não podemos olvidar a importância dos dados pessoais no desenvolvimento e inovação nos mercados digitais baseados na utilização de dados pessoais, enquanto o RGPD e outras normas de proteção de privacidade estabelecem obrigações às empresas que tratam de dados pessoais, impondo, portanto, limitações.

Ora, como já enunciámos, todo esse contexto cria barreiras e aumenta os custos e as responsabilidades para operações que envolvem dados pessoais, seja por intensificar as restrições à coleta, ao compartilhamento de dados, à interoperabilidade, e ao acesso a dados pessoais obtidos anteriormente por outras empresas, seja por exigir o consentimento por parte dos usuários.⁶³

⁶¹ Sobre barreiras e a proteção de dados no contexto do *Big Data*, v. Rubinfeld & Gal, 2017 e Chirita, 2020, pp. 161-162.

⁶² Diante de uma presença cada vez mais intensa de empresas globais na UE, no âmbito de aplicação das coimas pelo RGPD, o critério adotado não é o volume de negócios no espaço europeu e sim até 4% do volume de negócios anual a nível mundial correspondente ao exercício financeiro anterior, cf. artigo n.º 83 do RGPD.

⁶³ Veja-se a título exemplificativo a proibição do uso de cookies de rastreamento sem consentimento na UE. Apontam Rubinfeld & Gal, 2017, p. 361 que isto é uma barreira legal à coleta de dados, que tem como objetivo proteger o autonomia e privacidade dos usuários, permitindo-lhes estabelecer alguns limites ao uso do dados coletados.

Não obstante, e em face de tudo o que foi dito até aqui, não podemos deixar de ressaltar que, embora o Regulamento tenha como escopo central o direito à proteção dos dados pessoais, os seus impactos reverberam em todos os setores que envolvem o *big data* e a economia de dados, inclusive, a concorrência. Na verdade, considerando que o RGPD enuncia que tem como objetivo “controlar a utilização que é feita dos dados pessoais” e que o “tratamento dos dados pessoais deverá ser concebido para servir as pessoas”⁶⁴, é inegável que as normas influenciam a utilização dos dados pessoais por empresas e afetam os modelos de negócio dos *players* nos mercados digitais.

A título exemplificativo, num estudo realizado por Johnson, Shriver e Goldberg (Johnson, Shriver, & Goldberg, 2020, p. 23) baseado na análise de 27.000 sites, concluiu-se que, após a implementação do RGPD na União Europeia, houve um aumento de 19,3% relativamente a interações que provavelmente envolvem dados pessoais, enquanto nas interações que possivelmente não envolvem dados pessoais o acréscimo foi de apenas 5,6%. Porém, os dados pessoais online ficaram mais concentrados nas mãos dos maiores fornecedores – uma consequência não intencional do RGPD.

Como notam os autores, a problemática centra-se, portanto, na medida em que estes maiores fornecedores geram valor a partir de dados pessoais. Logo, a concentração de dados pode fortalecer ainda mais a posição de mercado de grandes empresas, uma vez que diminuíram o número de sites parceiros. A concentração do mercado aumentou 17%, particularmente para o *Google* e o *Facebook*,⁶⁵ no curto prazo após a implementação do Regulamento, ou seja, a implementação do Regulamento promoveu a redução das participações de pequenos fornecedores de tecnologia da web.

Este é realmente o ponto-chave nos casos que envolvem proteção de dados e barreiras à entrada: por mais gratuita e espontânea que seja a disponibilização dos dados pessoais, eles quase invariavelmente têm um preço a ser pago *a posteriori*, isto porque as empresas detentoras dos dados pessoais obtêm lucro económico com os mesmos, e assim, consolidam cada vez mais a sua posição dominante e intensificam a possibilidade de cometer abusos.⁶⁶

Com efeito, é importante acautelar, neste ponto, que, ao que tudo indica, a legislação de proteção de dados tem auxiliado a promover o aumento da concentração do poder pelas grandes empresas ao levantar barreiras ao compartilhamento de dados. No entanto, é preciso ter em conta que, embora as leis de proteção de dados pessoais possam criar barreiras, sobretudo para a coleta de dados, muitas vezes os obstáculos

⁶⁴ Considerandos n.º 7 e n.º 4 do RGPD, respetivamente.

⁶⁵ V. as conclusões de Johnson et al., 2020.

⁶⁶ V. Chirita, 2018, p. 158. Ora, como faz notar a autora, se somente determinadas companhias controlarem os dados pessoais de que outras empresas necessitam para satisfazer os clientes e reduzir custos, isso poderia lhes dar poder para tirar seus rivais do mercado.

podem ser superados ao garantir o anonimato dos dados⁶⁷. Por tal razão, é fundamental olhar para a questão sob diferentes perspetivas.

É, de igual modo, claro para nós que as soluções legais existentes – seja no contexto da proteção de dados pessoais ou do direito concorrencial – não estão a se mostrar suficientes para promover a regulação dos mercados digitais num contexto de exploração de dados pessoais e da sua estreita ligação com o direito da concorrência, embora não sejam todos os que vislumbram esta conexão.

Sobre esta temática, no contexto europeu, na decisão do caso *Facebook/WhatsApp*⁶⁸, a Comissão defendeu que a análise da concentração deveria pautar-se apenas na perspetiva do aumento da posição dominante do *Facebook* no âmbito do mercado de publicidade online e não no que se refere à proteção dos dados do usuário, uma vez que esta questão deveria ser analisada numa perspetiva da legislação da proteção de dados e não pelas regras do direito da concorrência.

Nesta questão, a Comissão argumentou ainda que a transação só suscitaria preocupações de concorrência se a concentração de dados sob o controle do Facebook permitisse fortalecer a sua posição na publicidade⁶⁹.

Para fundamentar a decisão, a Comissão Europeia destacou que o *multi-homing* afasta a exclusividade no uso das aplicações, porque os utilizadores conseguem com facilidade utilizar outras plataformas e, como não são aplicações nativas dos sistemas operacionais, não possuem a capacidade de tornar a mudança mais onerosa.

Não concordamos com a posição da Comissão, uma vez que a decisão defende que o direito da proteção de dados e o direito da concorrência enquanto ramos jurídicos autónomos visam tutelar interesses jurídicos díspares e, portanto, ao tratarmos de privacidade e dados pessoais, devemos aplicar a lei da proteção de dados e não as regras da concorrência. Não vislumbramos fundamentos para ignorar a correlação entre os dados pessoais e o direito concorrencial, uma vez que através dos dados pessoais as empresas exercem poder de mercado e reduzem a competitividade.

Tal argumento não afasta a necessidade de assegurar que a proteção de dados não implique resultados perversos no âmbito concorrencial. Ora, como é evidente, não estamos perante uma decisão salomónica, não sendo necessário ignorar os dados pessoais por completo e desconsiderar a sua relevância no âmbito concorrencial, desconsiderando que, ainda que seja através dos dados pessoais, os efeitos de rede são capazes de excluir os concorrentes.

Estamos em crer, conforme explanado por Bagnoli (Bagnoli, 2019, p. 39), que tal

⁶⁷ Sobre este ponto, v. Rubinfeld & Gal, 2017, p. 351.

⁶⁸ Decisão da Comissão de 03 de outubro de 2014, proc. COMP / M.7217 – *Facebook/WhatsApp*.

⁶⁹ *Ibid*, parágrafos 164 e 187.

raciocínio desconsidera que a concentração de dados pessoais em duas empresas pode afetar a concorrência, a transparência dos termos de uso e de privacidade e a motivação em investir em tecnologias que aumentam a privacidade.

Neste sentido, entendemos que a presença de empresas dominantes com um elevado número de usuários e, conseqüentemente, com efeitos de rede cria barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado. Embora exista o *multi-homing*, isto não afasta a dominância, nem o facto de que os concorrentes encontram barreiras à entrada para que novas aplicações sejam utilizadas.

Em sentido contrário, pudemos observar na decisão do *Bundeskartellamt* no caso *Facebook*⁷⁰ que, além de examinar a posição dominante no mercado de redes sociais, os efeitos de rede e as barreiras à entrada, a Autoridade da Concorrência também levou em conta questões de privacidade, posto que considerou que “processamento abrangente de dados pessoais pelo *Facebook* (...) viola os requisitos europeus de proteção de dados de acordo com o RGPD e está sujeito ao consentimento dos usuários de acordo com os requisitos de proteção de dados”. Mas não só. Entendeu ainda que os danos para os usuários consistem na escassez de controlo: eles não são mais capazes de controlar como seus dados pessoais são usados⁷¹.

Com isto nos revemos na decisão da Autoridade da Concorrência Alemã, pois consideramos que a violação da proteção de dados pode constituir uma violação no campo de ação do direito da concorrência e vice-versa. Passamos a explicar. Numa economia de dados, os dados pessoais, enquanto bens jurídicos, não causam impactos apenas no que toca à proteção de dados. Essa premissa só seria verdadeira se os dados pessoais não fossem um mecanismo de criação de valor e de barreiras à entrada nem uma vantagem competitiva para as grandes empresas já existentes, tornando evidente o reconhecimento da correlação entre proteção de dados pessoais e direito da concorrência.

O *Bundeskartellamt* destacou ainda que a conduta do *Facebook* representa um abuso de exploração (termos comerciais exploratórios) que deve ser coibido, posto que empresas dominantes, além da responsabilidade especial, não devem adotar práticas exploratórias em prejuízo aos consumidores, sobretudo se tais condutas prejudicarem também outros concorrentes que não tenham tantos dados.

No entanto, a decisão foi suspensa pelo Tribunal Federal de Recurso de Düsseldorf e, em 23 de junho de 2020, o Supremo Tribunal Federal da Alemanha anulou a

⁷⁰ Sobre este assunto, Kellezi, 2019, p. 343 destaca que a decisão evidencia a relevância da relação entre o direito da concorrência e a proteção de dados, pois os dados são de extrema importância no setor da economia digital, quer sejam utilizados para examinar a vantagem competitiva em dados, quer a dimensão da proteção de dados como parâmetro de concorrência efetiva.

⁷¹ Documento de referência emitido pelo *Bundeskartellamt*, proc. B6-22/16 – caso *Facebook*, pp. 5 e 10.

suspensão, validou a decisão da Autoridade da Concorrência e, dentre diversos argumentos, destacou que a rede social não cobra custos aos utilizadores, mas é financiada pela publicidade online paga pelos anunciantes.

Porém, ressaltou que a problemática deve se centrar no facto de que os termos de uso são abusivos e não permitem a escolha livre dos usuários da rede social. Para além disso, a falta de opção “não afeta apenas sua autonomia pessoal e a preservação de seu direito à autodeterminação informacional, que também é protegido pelo RGPD”, e os termos de uso, da forma como estão concebidos, servem para impedir a concorrência.⁷²

Tendo isto em conta, é nossa opinião que, diante das condutas das empresas dominantes em mercados de dados, com a finalidade de assegurar a segurança dos usuários e o processamento de dados de acordo com as normas do RGPD, a violação também prejudica os concorrentes e pode ser a questão principal no cometimento de abusos de posição dominante.

Em face de todo o exposto, entendemos que a proteção de dados pessoais assume lugar proeminente nos mercados digitais baseados em dados e constitui elemento indispensável, também, no âmbito do direito concorrencial. A sua importância é tal que entendemos que a concentração de dados pessoais decorrente da aplicação de normas do RGPD é elemento suficiente para a criação de barreiras à entrada. E, como veremos, as soluções para esta problemática das barreiras às entradas não são simples, porque os dados pessoais devem ser encarados como expressão de valor económico e, igualmente, como corolário da privacidade.

⁷² Processo KVR 69/19 – decisão de 23 de junho de 2020, caso *Facebook Ireland Limited* – Supremo Tribunal Federal da Alemanha.

4. Compartilhamento de dados: uma solução plausível?

Longe de se debruçar sobre todas as soluções apontadas pela Doutrina para a problemática da proteção de dados pessoais e direito da concorrência, este capítulo cinge-se a examinar uma particular opção, focando-se no compartilhamento de dados.

A questão do compartilhamento de dados surge como um mecanismo para reduzir o monopólio de dados pessoais e as barreiras à entrada. Com efeito, o compartilhamento de dados se traduz como um remédio baseado na teoria das infraestruturas essenciais.⁷³ Esta teoria⁷⁴ visa solucionar problemas de mercado em que se verifica a existência de empresas com quotas de mercados elevadas e com posse exclusiva de recursos essenciais que impedem uma competição efetiva.⁷⁵

Observe-se que, na teoria das infraestruturas essenciais no âmbito dos dados pessoais, a primeira questão que se coloca é em que medida a empresa tem a obrigação de compartilhar os dados que coletou, armazenou e analisou com outros concorrentes. Isto porque, para considerar que os dados pessoais são uma infraestrutura essencial, é necessário partir do pressuposto de que os dados são exclusivos e estão sob o controlo restrito das grandes plataformas e, conforme já analisámos, tal visão não é unânime.

Importa, porém, evidenciar que, ao impor o compartilhamento de dados, também se põe em causa a liberdade das empresas, uma vez que nesta situação as grandes empresas vêm-se obrigadas a partilhar os seus insumos com outros concorrentes e, portanto, para aplicar a referida teoria mostra-se indispensável que o direito da concorrência considere que os dados pessoais devem ser tutelados não somente pelas normas específicas de proteção de dados, mas também pelas normas concorrenciais, como forma de promover o bem estar dos consumidores e a concorrência efetiva.

Ora, parece-nos que tal entendimento é o caminho natural na evolução e desenvolvimento das políticas na União Europeia, como se verifica, inclusive, com a Lei dos Serviços Digitais, que está a ser desenvolvida pelo Parlamento Europeu em conjunto com a Comissão Europeia, cujos impactos certamente verificar-se-ão no âmbito concorrencial.

No entanto, como ressaltam Sokol e Comerford (Sokol & Comerford, 2017, p. 18), de uma perspetiva *antitrust*, a obrigatoriedade de partilha de dados pode limitar a coleta

⁷³ Veja-se que Francesco Ducci, 2020, p. 348 constatou que o compartilhamento de dados como instrumento de aplicação da teoria das infraestruturas essenciais foi citada em diversos relatórios governamentais como mecanismo para questões que envolvem big data e direito da concorrência, nomeadamente *Competition Bureau of Canada, Big Data and Innovation: Implications for Competition Policy in Canada, Draft for Public Consultation (2017)*, *Autorité de la Concurrence and the Bundeskartellamt, Competition Law and Data (2016)* e *European Commission, Staff Working Document on the Free Flow of Data and Emerging Issues of the European Data Economy, Working Document (2017)*.

⁷⁴ V., *inter alia*, Acórdãos Magill, Bronner, Deutsche Telekom e Microsoft.

⁷⁵ Para mais desenvolvimentos acerca da teoria das infraestruturas essenciais, v. Pais, 2011, pp. 519-597 e sobre a indispensabilidade das infraestruturas v. Dunne, 2020.

e uso de *big data* ou forçar grandes empresas a compartilhar com rivais, fatores estes que são suscetíveis de prejudicar a concorrência e a inovação nos mercados digitais. Parece-nos que este argumento não será o ideal, uma vez que, para a doutrina que defende que os dados são não rivais e não exclusivos, como é o caso de Sokol e Comerford, conforme vimos *supra*, este argumento se esvazia de razão. Ora, se os dados são não rivais e não exclusivos, consequentemente, estão disponíveis para todos os concorrentes no mercado. Logo, não há razões para opor-se ao compartilhamento.

Por outro lado, para Ducci (Ducci, 2020, p. 151), a aplicação da teoria das infraestruturas essenciais, baseada no compartilhamento de dados, parece ter pertinência plausível em setores digitais, que são estruturalmente muito concentrados. No entanto, ressalta também que a partilha de dados apresenta obstáculos, nomeadamente acerca dos direitos de propriedade, da inovação e das formas de explorar a tecnologia utilizada pelas plataformas dominantes.

Por estas razões, em nosso entender, a análise dos dados e a forma como estes são armazenados também são fatores que se apresentam como objeções ao seu compartilhamento, posto que a tecnologia utilizada por cada plataforma pode ser, em si mesma, fundamento para não ser possível o tratamento dos mesmos.⁷⁶ Parece-nos então que, ao partilhar dados pessoais dos utilizadores, as plataformas que os detêm ficam muito mais sujeitas à análise do cumprimento das normas por parte dos seus concorrentes e, em consequência, mais expostas a denúncias, inclusive de competidores não tão eficientes.

Ainda a este respeito, como salientam Condorelli e Padilla (Condorelli & Padilla, 2020, p. 4), tais obstáculos podem promover benefícios aos consumidores, seja por meio de um desincentivo à coleta e processamento de dados pessoais, seja por fomentar a concorrência em muitas plataformas através da utilização de dados por outras empresas e não somente pelas dominantes.

Em todo o caso, entendemos que o compartilhamento de dados pode ser uma solução plausível ao analisar-se através de um enfoque concorrencial, ignorando os aspetos que se referem à proteção de dados pessoais, porquanto os dados, hodiernamente, estão concentrados nas grandes plataformas e pese embora a aplicação da teoria das infraestruturas essenciais seja, de facto, difícil, é compensadora para a consecução dos interesses públicos tutelados pelo direito da concorrência.

No entanto, há que examinar a uma questão mais delicada, a saber, o compartilhamento de dados pessoais e a privacidade.

A questão se coloca diante da dimensão da utilização dos dados pessoais e em que medida os utilizadores podem consentir sem ter controle sobre quais serão as

⁷⁶ Esta é uma preocupação que se verifica no RGPD, em seu considerando n.º 68.

companhias a ter acesso aos mesmos. Cumpre-nos ainda ressaltar que, no tocante à proteção de dados pessoais, as tendências atuais⁷⁷ perpassam pelo consentimento do titular dos dados pessoais, justamente para assegurar que os titulares dos dados possam limitar o acesso aos dados pessoais enquanto bens jurídicos a serem protegidos.

Deste modo, como reforçam Sokol e Comerford (Sokol & Comerford, 2017, p. 18), a problemática acerca da privacidade exigiria que os dados fossem compartilhados com empresas rivais, mesmo que os consumidores não tivessem consentido que seus dados fossem usados dessa maneira.

Seguimos este argumento, uma vez que, desse modo, deixaria de existir aquilo que o RGPD visou assegurar: manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular de dados consente no tratamento dos dados que lhe digam respeito.⁷⁸

Resta, pois, saber se, e em que medida, os benefícios do compartilhamento de dados pessoais com o escopo de promover a concorrência efetiva e promoção do bem-estar dos consumidores superam os riscos do extravasamento da utilização dos dados pessoais pelas mais diversas plataformas e não tão somente, ao menos em teoria, pela plataforma dominante à qual o utilizador consentiu.

Sobre este assunto, Condorelli e Padilla (Condorelli & Padilla, 2020, p. 4) apontam como solução para aumentar a proteção de privacidade oferecida pela dominante a limitação da sua capacidade de combinar dados do usuário em suas plataformas, independentemente do consentimento do usuário. Ocorre, porém, que esta solução pode limitar a eficiência, obstando à criação de bancos de dados que podem ser explorados no interesse dos consumidores.

No entanto, tal solução não resolve a ausência do controle por parte dos titulares dos dados pessoais, uma vez que, mesmo com a limitação de combinação de dados, ainda persiste a questão de estes não terem controle sobre por quem e como os dados são tratados.

Assim, concluímos que os benefícios não superam os riscos, isto porque cremos ser de suma importância que os utilizadores tenham controle acerca do emprego dos dados pessoais. Ora, conforme já analisámos, os usuários das plataformas digitais dominantes acabam por aderir por diversos motivos, seja pelos efeitos de rede, seja pela concentração de mercado e, sendo assim, não podemos ignorar que, ainda que as questões de privacidade possam ser tidas em conta, os usuários não têm controle e não percebem que o preço pago pela utilização das plataformas são os dados pessoais.

⁷⁷ V. os artigos 6.º ao 9.º do RGPD.

⁷⁸ V. o Considerando n.º 32 do RGPD.

Não podemos olvidar, portanto, que difundir ainda mais os dados pessoais através das plataformas dominantes, e não através do consentimento livre e consciente do utilizador, põe em causa todo o escopo e evolução das normas que tutelam os dados pessoais, cujo tratamento deverá ser concebido para servir as pessoas⁷⁹ e não as empresas.

Nesta conjuntura, concordamos com a solução defendida por (Ducci, 2020, p. 155), que sugere que tais questões devem se desenvolver através de uma “estrutura entre a política de concorrência e novas formas de intervenção regulatória, por meio de uma combinação de regras *ex post* e *ex ante* que podem mitigar as limitações institucionais do padrão de aplicação da política de concorrência”, pois recorde-se que tanto a análise da posição dominante, quanto a verificação das barreiras à entrada são feitas após a constatação de possíveis abusos, ainda que seja notória a posição dominante das grandes plataformas digitais. Assim, e em consequência do exposto, consideramos que o compartilhamento de dados não é a melhor solução para impedir os efeitos nocivos das barreiras à entrada nos mercados de dados.

⁷⁹ Cf. o considerando n.º 4 do RGPD.

Conclusões

Aqui chegados, relembremos os aspetos mais relevantes que tratámos ao longo da presente dissertação, isto porque nos propomos a realizar uma análise jurídica especificamente acerca das barreiras à entrada nos mercados digitais: mormente, os dados pessoais enquanto barreira.

Em suma, parece-nos que é indispensável ressaltar que a existência de barreiras à entrada serve como elemento de verificação de abusos de posição dominante, que podem decorrer por causa da concentração de dados pessoais por empresas dominantes. Consideramos ainda que tal situação promove a criação de barreiras à entrada devido à exclusividade de dados, da existência de economias de escala e de escopo, dos efeitos de rede e da proteção de dados pessoais.

Da nossa parte, consideramos que a forma de coleta, tratamento e armazenamento dos dados pessoais pelas empresas dominantes promove a exclusividade de dados, posto que, devido à dominância, os dados são fornecidos espontaneamente pelos utilizadores e tal situação não ocorre relativamente aos novos concorrentes, que se deparam com a necessidade de obter e tratar dados para melhorar os seus produtos. Ainda que o titular dos dados pessoais tenha posse dos dados e possa, de facto, partilhar com outras plataformas, não é o que sucede. A dominância das empresas é tão intensa ao ponto de poder suprimir o partilhamento de dados com outros concorrentes.

Entendemos que a Doutrina que defende que as barreiras à entrada são baixas nos mercados de dados deve ser afastada, já que, pelo contrário, por tudo o que foi aqui exposto, consideramos que as barreiras à entrada existentes nestes mercados são altas e suficientemente capazes de causar prejuízos tanto aos concorrentes, quanto aos consumidores. A concorrência deverá ser acautelada em mercados em que uma empresa dominante possui elevados dados pessoais, já que através dos dados desenvolve melhores algoritmos, consegue restringir a publicidade e influenciar as escolhas dos utilizadores.

Acresce ainda o facto de os efeitos de rede promoverem o reforço da posição dominante, pois através destes efeitos os utilizadores corroboram com a maior coleta e tratamento de dados na estreita medida em que mais pessoas utilizam as plataformas e fornecem mais insumos às empresas dominantes.

Os mecanismos de análise *antitrust* utilizados hodiernamente pelo direito da concorrência não se figuram adequados aos mercados digitais, como é o caso da aplicação do teste SSNIP, nem uma análise feita *a posteriori*. É fulcral uma atuação *ex ante*, como forma de impedir que empresas dominantes no mercado europeu impeçam a entrada de rivais menores e limitem a inovação e a concorrência.

Ora, por tudo quanto ficou dito, consideramos que a privacidade também deve ser tida em conta nas análises concorrenciais, mas defendemos a necessidade de aplicação de critérios proporcionais e, sobretudo, antes do cometimento de abusos, uma vez que os dados pessoais enquanto bens jurídicos a serem tutelados – também pelo direito da concorrência – merecem uma atenção *a priori*, e não tão somente após a violação.

No que se refere ao compartilhamento de dados, não o consideramos uma solução possível, pois embora proporcionasse um acesso mais igualitário aos dados pessoais entre os concorrentes, não promove o controlo e nem a segurança jurídica da privacidade e proteção dos dados pessoais dos utilizadores, uma vez que estes, de facto, não possuem a dimensão de como as análises dos dados pessoais são feitas, nem as finalidades, nem as interferências que causam nas suas próprias condutas.

Portanto, torna-se fundamental mudar o paradigma do direito concorrencial e não limitar a análise dos dados pessoais ao direito à proteção de dados, posto que, assim, permite-se que os mercados digitais funcionem corretamente, seguindo os seus objetivos de bem-estar, bom funcionamento do mercado interno, melhores produtos e melhores preços, isto porque, conforme a análise aqui levada a cabo, a posse e o tratamento de dados pessoais por empresas dominantes nos mercados digitais é capaz de influenciar as tomadas de decisão e as escolhas dos utilizadores, direcionar publicidade e, consequentemente, falsear a concorrência, e tais questões devem ser solucionadas pelo direito da concorrência, e não através do direito da proteção de dados.

Em suma, ainda não há solução jurídica para o problema aqui analisado, embora já exista jurisprudência que trate do assunto. Entendemos, no entanto, ser indispensável desenvolver mecanismos para integrar a proteção de dados pessoais ao escopo do direito da concorrência com vista à prossecução dos múltiplos objetivos que caracterizam o direito europeu da concorrência, posto que estamos numa economia baseada em dados que se desenvolve rapidamente e sem precedentes na história.

Bibliografia

- BAGNOLI, V. (2019). Questions that have arisen since the EU Decision on the Whatsapp acquisition by Facebook. *Market and Competition Law Review*, vol. 3, n.º 1, pp. 15-54. <https://doi.org/10.7559/mclawreview.2019.314>.
- BAIN, J.S. (1956). *Barriers to new competition*. Cambridge: Harvard University Press.
- BALTO, D. & LANE, M. (2016). Monopolizing water in a tsunami: Finding sensible antitrust rules for Big Data. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2753249>.
- BUITEN, M. (2019). Regulating data giants: Between competition law and data protection law. In T. A. Mathis K. (ed.). *New developments in competition law and economics. Economic analysis of law in European legal scholarship*, vol. 7, pp. 265-294. Springer.
- BURRI, M. (2019). Understanding the implications of Big Data and Big Data analytics for competition law: An attempt for a primer. In K. Mathis & A. Tor (eds). *New developments in competition law and economics*, pp. 241-263. Springer.
- CAPOBIANCO, A. & NYESO, A. (2018). Challenges for competition law enforcement and policy in the digital economy. *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 9, n.º 1, pp. 19-27.
- CHIRITA, A.D. (2018). The rise of Big Data and the loss of privacy. In Bakhoun C., Mackenrodt, M.O. & Surblytė-Namavičienė, G. (eds.). *Personal data in competition, consumer protection and intellectual property law*, vol. 28, pp. 153-189. Berlim: Springer.
- CHIRITA, A.D. (2020). Data-driven mergers under EU competition law. In *The future of commercial law: Ways forward for change and reform*, pp. 147-183. Oxford: Hart Publishing.
- CONDORELLI, D. & PADILLA, J. (2020). Harnessing platform envelopment in the digital world. *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 16, n.º 2, pp. 143-187. <https://doi.org/10.1093/joclec/nhaa006>.
- CRÉMER, J., MONTJOYE, Y.-A. & SCHWEITZER, H. (2019). *Competition policy for the digital era: Final report*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- DAVILLA, M. (2017). Is Big Data a different kind of animal? The treatment of Big Data under the EU competition rules. *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 8, n.º 6, pp. 370-381.
- DE MAURO, A., GRECO, M. & GRIMALDI, M. (2014). What is Big Data? A consensual definition and a review of key research topics. In *4th International Conference on Integrated Information. AIP Conference Proceeding*, vol. 1644, no. 1, pp. 97-104.
- DUCCI, F. (2020). *Natural monopolies in digital platform markets*. Cambridge: Cambridge University Press.
- DUNNE, N. (2020). Dispensing with indispensability. *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 16, n.º 1, pp. 74-115. <https://doi.org/10.1093/joclec/nhaa004>.
- ECONOMIDES, N. & LIANOS, I. (2019). Restrictions on privacy and exploitation in the digital economy: A competition law perspective. *CLES Research Paper Series 5/2019*, NYU Stern School of Business. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3474099>.

- EVANS, D.S. & SCHAMALENSEE, R. (2017). Debunking the “network effects” bogeyman. *Regulation*, vol. 40, n.º 4, pp. 36-39.
- EVANS, D.S. (2016). Multisided platforms, dynamic competition, and the assessment of market power for Internet-based firms. *University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper* 753. <https://ssrn.com/abstract=2746095>.
- EZRACHI, A. & STUCKE, M. (2019). Antitrust enforcement and market power in the digital age: Is your digital assistant devious? In D.G.I. Lianos (ed.). *Reconciling efficiency and equity: A global challenge for competition policy*, pp. 222-241. Cambridge: Cambridge University Press.
- FILISTRUCCHI, L. (2018). *Market definition in multi-sided markets. Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. OECD.
- FILISTRUCCHI, L., GERADIN, D., DAMME, E. V. & AFFELDT, P. (2014). Market definition in two-sided markets: Theory and practice. *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 10, n.º 2, pp. 293-339.
- FINCK, M. & PALLAS, F. (2020). They who must not be identified: Distinguishing personal from non-personal data under the GDPR. *International Data Privacy Law*, vol. 10, pp. 11-36. <https://academic.oup.com/idpl/article/10/1/11/5802594>.
- GAL, M., & AVIV, O. (2020). The competitive effects of the GDPR. *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 16, n.º 3, 349-391.
- GAMBARO, M. (2019). Big Data competition and market power. *Market and Competition Law Review*, vol. II, n.º 2, pp. 99-122.
- GERADIN, D., KATSIFI, D. & KARANIKIOTI, T. (2020). GDPR myopia: How a well-intended regulation ended up favoring Google in Ad Tech. *TILEC Discussion Paper* no. 2020-012. [dx.doi.org/10.2139/ssrn.3598130](https://doi.org/10.2139/ssrn.3598130).
- GRAEF, I. (2015). Market definition and market power in data: The case of online platforms. *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 38, n.º 5, pp. 473-506.
- JOHNSON, G., SHRIVER, S. & GOLDBERG, S. (2020). *Privacy & market concentration: Intended & unintended consequences of the GDPR*. <https://ssrn.com/abstract=3477686>.
- JOUROVÁ, V. (2018). A reforma da UE sobre a proteção de dados e os megadados. http://publications.europa.eu/resource/cellar/51fc3ba6-e601-11e7-9749-01aa75ed71a1.0012.01/DOC_1.
- KADAR, M. (2015). European Union competition law in the digital era. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, pp. 342 e ss. <https://ssrn.com/abstract=2703062>.
- KELLEZI, P. (2019). Data protection and competition law: Non-compliance as abuse of dominant position. *Sui-generis*, pp. 343 e ss. <https://ssrn.com/abstract=3503860>.
- LUCCHINI, S., MOSCIANESE, J., ANGELIS, I. D. & BENEDETTO, F. D. (2018). Online digital services and competition law: Why competition authorities should be more concerned about portability rather than about privacy. *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 9, n.º 9, pp. 561-562.

- MAYER-SCHÖNBERGER, V. (2020). Regulating the feedback effect. In K. Werbach (ed.). *After the digital tornado: Networks, algorithms, humanity*, pp. 122-136. Cambridge: Cambridge University Press.
- NICHOLAS, G. (2020). Taking it with you: Platform barriers to entry and the limits of data portability. *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, 2021 <https://ssrn.com/abstract=3550870>.
- PAIS, S.O. (2011). *Entre a inovação e concorrência: Em defesa de um modelo europeu*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- PAIS, S.O. (2018). Considerações de lealdade e equidade no direito da concorrência da União. Breves reflexões. *Revista de Concorrência e Regulação*, vol. 35, pp. 123-148.
- PECMAN, J., JOHNSON, P. & REIRSLER, J. (2020). Essential facilities fallacy: Big tech, winner-take-all markets, and anticompetitive effects. *Competition Policy International*, vol. 2, n.º 2, pp. 21-30. <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2020/02/AC-February-II.pdf>.
- PEURKET, C., BECHTOL, S., BATIKAS, M. & KRETSCHEMER, T. (2020). *European privacy law and global markets for data*. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3560392>.
- PFEIFFER, R.A.C. (2019). Digital economy, Big Data and competition law. *Market and Competition Law Review*, vol. III, n.º 1, pp. 53-90.
- PURTOVA, N. (2018). The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law. *Law, Innovation and Technology*, vol. 10, n.º 1, pp. 40-81.
- PWC. (2020). *Global top 100 companies by market capitalisation*. <https://www.pwc.com/gx/en/services/audit-assurance/publications/global-top-100-companies.html>.
- ROBERTSON, V.H.S.E. (2020a). Antitrust law and digital markets: A guide to the European competition law experience in the digital economy. *Competition Policy International*. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3631002>.
- ROBERTSON, V.H.S.E. (2020b). Excessive data collection: Privacy considerations and abuse of dominance in the era of Big Data. *Common Market Law Review*, vol 57, pp. 161-189. <https://ssrn.com/abstract=3408971>.
- RUBINFELD, D., & GAL, M. (2017). Access barriers to Big Data. *Arizona Law Review*, vol. 59, pp. 339-381. <https://arizonalawreview.org/pdf/59-2/59arizlrev339.pdf>.
- SANTESTEBAN, C., & LONGPRE, S. (2020). How Big Data confers market power to big tech: Leveraging the perspective of data science. *The Antitrust Bulletin*, vol. 65, n.º 3. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3556232>.
- SILVA, M.M. (2008). *Direito da concorrência. Uma introdução jurisprudencial*. Coimbra: Almedina.
- SOKOL, D. & COMERFORD, R. (2017). Does antitrust have a role to play in regulating Big Data? In R.B.D. Sokol (ed.). *The Cambridge handbook of antitrust, intellectual property, and high tech*, pp. 293 - 316. Cambridge: Cambridge University Press.
- STIGLER, G.J. (1968). *The organization of industry*. Chicago: University of Chicago Press.
- STUCKE, M. & GRUNES, A. (2016). *Big Data and competition policy*. Oxford University Press.

- TICHEM, J. & TUINSTRA, A. (2018). Market power of online streaming video platforms: Recent insights. *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 9, n.º 1, pp. 50-54.
- TUCKER, C. (2019). Digital data, platforms and the usual [antitrust] suspects: Network effects, switching costs, essential facility. *Review of Industrial Organization*, vol. 54, pp. 683-694.
- TUCKER, D. & Wellford, H.B. (2014). Big mistakes regarding Big Data. *The Antitrust Source*, vol. 14, no. 2, pp. 4 e ss.
- WEBER, R.H. (2019). Disruptive technologies and competition law. New developments in competition law and economics. In *Economic analysis of law in European legal scholarship*, vol. 7, pp. 223-240. Springer.

Decisões da Comissão Europeia e acórdãos dos Tribunais

- Acórdão Akzo de 3 de julho de 1991, proc. 62/86.
- Acórdão British Airways de 17 de dezembro de 2003, proc. T-219/99.
- Acórdão Hilti de 12 de dezembro de 1991, proc. T-30/89.
- Acórdão Michelin II de 30 de setembro de 2003, proc. T-203/01.
- Acórdão Microsoft Corp. de 17 de setembro de 2007, proc. T 201/04.
- Acórdão Continental Can de 21 de fevereiro de 1973, proc. 6/72.
- Acórdão Hoffman-La Roche de 13 de fevereiro de 1979, proc. 85/76.
- Acórdão United Brands de 14 de fevereiro de 1978, proc. 27/76.
- Decisão da Comissão de 27 de junho de 2017, proc. AT.39740 – Google Search (Shopping).
- Decisão da Comissão de 03 de outubro de 2014, proc. COMP / M.7217 – Facebook / WhatsApp.
- Decisão do *Bundeskartellamt* de 06 de fevereiro de 2019, proc. B6-22/16 – caso Facebook.
- Documento de referência emitido pelo *Bundeskartellamt*, proc. B6-22/16 – caso Facebook.
- Processo KVR 69/19 – decisão de 23 de junho de 2020, caso *Facebook Ireland Limited* – Supremo Tribunal Federal da Alemanha.

Legislação e documentos oficiais

- Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo [102.º] do Tratado CE (2009/C 45/02) a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante.
- Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03).
- Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia — versão consolidada (2012/C 326/01).

Direito à democracia e Direito Internacional

Patrícia Estácio de Lima Corrêa

Sob a orientação do
Professor Doutor José Alberto de Azeredo Lopes

Agradecimento

Ao Prof. Dr. Azeredo Lopes, por despertar em mim o interesse pelo tema e pela valorosa orientação.

À melhor mãe, com saudades eternas.

Ao pai e ao irmão, pelo apoio.

Ao Victor e à Nina, pelo precioso
tempo roubado ao convívio.

“Actually, more directly, it is you and I who modify any form of human law or, if we prefer, assure its unchanged content. *Jus cogens*, literally, is what we make of it.”

Jordan Paust, 1991.

Resumo

Este trabalho propõe uma reflexão sobre a possível evolução do dito direito à democracia como norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*), em especial pela ligação intrínseca ao direito da autodeterminação dos povos, elencado como *jus cogens* na lista – não-exaustiva – do Relatório da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) A/74/10, bem como pela análise dos critérios elencados no referido Relatório. Para tanto, foi abordada a questão da ausência de um conceito universal do que seja democracia e a sua delimitação para os fins da pesquisa, tendo sido explicitada a existência – ainda que não unânime –, de um direito à democracia. Ademais, foram elencadas as razões pelas quais se defende que a democracia seja condição necessária ao exercício do já consagrado direito à autodeterminação dos povos. A partir daí, seguiu-se uma análise do mencionado Relatório da ONU, que define os critérios para o reconhecimento de normas imperativas de direito internacional geral. Passou-se, então, à análise de tais critérios, a fim de determinar se são aplicáveis à democracia: se, de fato, constitui norma de direito internacional geral e se, daí, estaria evoluindo no sentido de tornar-se imperativa.

A conclusão é de que há muitos elementos que podem embasar a classificação da democracia como norma de direito internacional geral e que, ao que indicam as características do direito à democracia em relação aos critérios elencados pela Comissão, bem como outros indícios e, ainda, a evolução de outras normas *jus cogens*, o direito à democracia parece seguir no sentido de se tornar uma norma imperativa de direito internacional geral.

Palavras-chave: democracia; autodeterminação; *jus cogens*; evolução; reconhecimento.

Abstract

This dissertation proposes a reflection upon the potential rise of the right to democracy to a peremptory norm of general international law (*jus cogens*) particularly given its intrinsic connection with the principle of self-determination of peoples, listed as *jus cogens* on the non-exhaustive list of the UN International Law Commission Report (A/74/10), and the analysis of the criteria listed therein.

To this end, we address the absence of a universal concept of democracy and the reasons why democracy is considered a necessary condition for the exercise of the already established right to self-determination of peoples. From there, we perform an analysis of the aforementioned UN Report, which defines the criteria for the recognition of imperative norms of general international law, to determine their applicability to democracy.

The conclusion is that given the numerous elements therein that support the classification of democracy as a norm of general international law and the evolution of other *jus cogens* norms, the right to democracy seems to be evolving towards becoming a peremptory norm of general international law.

Keywords: democracy; self-determination; *jus cogens*; evolution; acknowledgement.

Índice

1. Introdução	8
2. Dos elementos “mínimos” da democracia	10
2.1. Da titularidade do direito à democracia	13
3. Da democracia como meio necessário ao exercício da autodeterminação	14
4. Normas de direito internacional geral	18
4.1. Prática reiterada pelos Estados	20
4.2. <i>Opinio juris sive necessitates</i>	24
5. Da menção à democracia e previsão de mecanismos democráticos nas constituições	26
6. Da inderrogabilidade	27
7. Do exercício do direito à autodeterminação por violação da democracia	29
8. Do desenvolvimento histórico das normas <i>jus cogens</i>	31
8.1. Do direito à autodeterminação dos povos	32
8.2. Normas <i>jus cogens</i> e a jurisprudência do TIJ	33
Conclusão	35
Bibliografia	37
Outros documentos	41
Constituições	43

Introdução

Não há consenso quanto à classificação da democracia, em seu viés de participação popular, como direito humano fundamental.¹ É imperioso observar, contudo, que o entendimento dominante tem sido o de atribuir à democracia *status* de direito,² sendo de se ressaltar, no âmbito dos instrumentos jurídicos internacionais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 21.º),³ o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (artigo 25.º)⁴ e, ainda, a Resolução 1999/57 da Comissão de Direitos Humanos da ONU.⁵

No âmbito da doutrina, muitos autores defendem a existência de um direito à democracia. Em 1984, Reisman manifestou-se no sentido da existência de um direito fundamental à democracia (como meio à materialização do princípio da autodeterminação dos povos), defendendo uma mitigação da proibição do uso da força contida no artigo 2, n.º 4, da Carta das Nações Unidas.⁶

Em 1992, Franck apresentou um trabalho defendendo a evolução do direito à democracia “(...) de um ditame moral para uma obrigação jurídica internacional” (tradução livre).⁷ Assim como Reisman, Franck aborda a democracia como meio de exercício do princípio da autodeterminação, tratando-a como mais do que um sistema de governo baseado em eleições livres, como um verdadeiro direito humano. De acordo com Franck, o direito à democracia passou por uma evolução normativa e de costumes, tendo evoluído tanto como um sistema de normas, quanto uma prática dos Estados e organizações.⁸

Shue também se manifesta no sentido de que a democracia constitui um direito humano fundamental, afastando dois argumentos opostos à ideia. Afasta o argumento da necessidade de as pessoas, de fato, desejarem participar das decisões políticas para que houvesse um direito à tal participação política.⁹ Também refuta que, para ser considerada um direito, a democracia (ou “participação”) deveria ser universalmente necessária. Mesmo que um direito básico seja condição para o exercício de outros direitos básicos e, nesse contexto, algumas pessoas gozem de subsistência e segurança mesmo quando não há democracia –

¹ Em sentido contrário: Simma, *et al.*, 1995, p. 69; Rawls, 1993, pp. 36-68; Cohen, 2006, p. 226; Beitz, 2009, p. 182; Lister, 2012, p. 276. Sobre a dificuldade de defesa da existência de um direito à democracia: Lopes, 2020, pp. 609-610.

² Além dos autores mencionados no corpo deste trabalho, aqueles que defendem um direito à democracia (*lato sensu* ou em alguma de suas formas ou, ainda, um ou mais de seus princípios): Ezetah, 1997, pp. 495-534; Waldron, 1999, p. 254; Fox; Roth, 2001, pp. 327-352; Talbott, 2005, pp. 164-165.

³ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro de 1948 (A/RES/217[III]).

⁴ *Id.* Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, adotado em 16 de dezembro de 1966 (A/RES/2200³[XXI]).

⁵ *Id.* Resolução 1999/57. Promoção do direito à democracia, adotada em 27 de abril de 1999 (E/CN.4/RES/1999/57).

⁶ Reisman, 1984, p. 643.

⁷ “The transformation of the democratic entitlement from moral prescription to international legal obligation has evolved gradually”. Franck, 1992, p. 47.

⁸ *Ibid.*, p. 90.

⁹ Shue, 1996, p. 72.

como em alguns regimes autoritários que não permitem participação, mas garantem alguns direitos básicos –, elas não possuem um “direito” garantido à subsistência e à segurança.¹⁰

Isso porque, segundo Shue, o gozo material de um direito apenas é socialmente garantido se todas as instituições e pessoas evitem violar tais direitos e existam instituições sociais dedicadas a defender os cidadãos de possíveis violações, restituindo o seu gozo, quando for o caso.¹¹ Conclui afirmando que gozar de um direito apenas pela vontade discricionária de outra pessoa que tenha o poder de privar o direito a tal gozo não constitui gozar de um direito.¹²

Christiano,¹³ por sua vez, argumenta haver fundamentos para defesa da existência de um direito moral humano à democracia¹⁴ sem que isso contrarie o direito à autodeterminação dos povos. Apresenta um argumento instrumental baseado em estudos que demonstram que as democracias normalmente protegem direitos humanos fundamentais e que os governos não democráticos e parcialmente democráticos falham ao proteger tais direitos.

Muitos dos que entendem a democracia como um direito consideram-na como meio necessário ao exercício ao direito da autodeterminação¹⁵ ou, mesmo, uma materialização do referido direito.¹⁶

Quanto às normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*), sua identificação nunca foi tarefa fácil. A própria existência de tais normas foi muito debatida ao longo do tempo, tendo havido um consenso, contudo – pelo menos quanto à sua existência –, durante a Convenção de Viena de 1969, tendo sido materializada no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.¹⁷

Ainda na década de 1950, por ocasião da apresentação do Memorando A/CN.4/39, Pella exprimiu que os crimes contra a paz e segurança da humanidade, ainda que não dirigidos a governos específicos ou que não causem prejuízo a nenhum sistema político, constituem atos que abalam as fundações sobre as quais a comunidade internacional se apoia, colocando em perigo a coexistência pacífica entre as nações.¹⁸ Essa ideia de obrigações *erga omnes* já antecipa a importância da proteção reforçada de determinadas normas, inclusive, futuramente, de normas *jus cogens*.¹⁹

¹⁰ Shue, 1996, p. 74.

¹¹ *Ibid.*, p. 75.

¹² *Ibid.*, p. 78.

¹³ Christiano, 2011, pp. 142-176.

¹⁴ É importante focar na existência de um direito moral à democracia como um passo na direção do reconhecimento de um direito legal [ou jurídico] à democracia. Karakamisheva-Jovanovska, 2014, pp. 1-12. Um direito moral é um direito que não depende de reconhecimento jurídico ou político; um direito “jurídico” é um direito ou reivindicação justificada de reconhecimento por um sistema jurídico, de acordo com a correta interpretação de seu arcabouço normativo. Newman, 2004, pp. 127-164.

¹⁵ Franck, 1992, p. 47.

¹⁶ Reisman, 1984, p. 643.

¹⁷ Nieto-Navia, 2003, pp. 595-640.

¹⁸ ONU. *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II. Documento A/CN.4/39 (Memorando apresentado ao Secretariado em 24 de novembro de 1950) p. 288.

¹⁹ Apenas na década de 1970 o TIJ viria a identificar, em *obiter dictum*, obrigações internacionais *erga omnes*. TIJ. *Barcelona Traction*, Julgado, I.C.J. Reports 1970, p. 3, § 33.

Desde então, o debate quanto às normas *jus cogens* esteve sempre presente, tendo sido publicado em 2019 o Relatório da Comissão de Direito Internacional da ONU com extenso capítulo dedicado ao tema.²⁰ Nele são elencados os critérios a serem utilizados para a identificação de normas imperativas, não se preocupando necessariamente com seu conteúdo e, ao final, fornecida uma lista não exaustiva de tais normas, incluindo, dentre elas, o direito à autodeterminação.²¹

O direito à autodeterminação dos povos é expressamente previsto como um princípio na Carta das Nações Unidas²² e no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.²³

Propõe-se, portanto, no presente trabalho uma reflexão quanto ao possível desenvolvimento do dito direito à democracia como norma imperativa de direito internacional geral, não só por sua conexão com o direito à autodeterminação (expressamente previsto como uma norma *jus cogens* pela Comissão), mas também pela análise dos critérios definidos no citado Relatório da Comissão.

2. Dos elementos “mínimos” da democracia

Democracia, em sua origem grega, pode ser definida como o governo de muitos, da maioria, ou das massas. Etimologicamente, democracia significa governo pelo povo – em oposição ao governo de um ou de poucos.²⁴

O termo democracia, em seu sentido moderno, passou a ser usado durante o século XIX para descrever o sistema de governo representativo por meio do qual os representantes são escolhidos por eleições competitivas livres e a maior parte dos cidadãos do sexo masculino têm o direito de votar.²⁵

Historicamente, o termo *democracia* vem sendo interpretado, pelo menos em suas origens, em seus sentidos material e formal. A democracia é comumente diferenciada em seus sentidos formal e material ou, em outras palavras, em governo pelo povo e governo para o povo.²⁶

A participação popular por meio de eleições livres e justas integra o conceito de teoria política democrática. No entanto, o relacionamento entre democracia, eleições e direitos humanos ainda é controverso. No âmbito da teoria política democrática há um contínuo debate sobre se as eleições devem ser consideradas como condição suficiente ou necessária à

²⁰ ONU. *Relatório da Comissão de Direito Internacional*. 71^a Sessão, Nova Iorque, 2019 (A/74/10).

²¹ *Ibid.*, p. 147.

²² ONU. *Carta das Nações Unidas*, artigo 1.º, n.º 2 e artigo 55.

²³ *Id.* *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*, artigo 1.º.

²⁴ Bobbio, 2005, p. 25.

²⁵ Birch, 2001, p. 72.

²⁶ Bobbio, 2005, pp. 31-32.

democracia. Além disso, não existe consenso sobre qual é o patamar de eleições livres e justas e se devem acontecer num cenário multipartidário.²⁷

No âmbito do direito internacional também não há consenso quanto à definição de democracia. No entanto, um conteúdo mínimo parece estar sendo delineado, na medida em que os principais tratados de direitos humanos delineiam aspectos essenciais da democracia, entendida como o direito dos cidadãos de participarem da vida política de suas sociedades.²⁸

O artigo 25 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos²⁹ é um dos pilares da democracia na esfera do direito internacional. Estabelece o seu conteúdo mínimo, baseado no direito à participação política no sentido de tomar parte na direção dos negócios públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos. Quanto às eleições, prevê que devem ser periódicas, genuínas, secretas e realizadas por meio de sufrágio universal e igual.

Outros elementos mínimos da democracia podem ser extraídos da Resolução 1999/57 da Comissão de Direitos Humanos da ONU.³⁰ Nos seus termos, a promoção do direito à democracia deve incluir os seguintes direitos de governo democrático: o direito à liberdade de opinião e expressão, de pensamento, consciência e religião, e de associação e reunião pacíficas; o direito à liberdade de buscar, receber e transmitir informações e ideias através de qualquer mídia; o estado de direito, incluindo a proteção legal dos direitos dos cidadãos, interesses e segurança pessoal e equidade na administração da justiça e independência do judiciário; o direito de sufrágio universal e igual, bem como voto livre, procedimentos e eleições periódicas e livres; o direito de participação política, incluindo oportunidades iguais para que todos os cidadãos se tornem candidatos; instituições governamentais transparentes e responsáveis; o direito dos cidadãos de escolher seu sistema de governo por meio meios constitucionais ou outros meios democráticos; e o direito à igualdade de acesso ao serviço público no próprio país.

Já segundo Beetham e Boyle,³¹ existem quatro elementos fundamentais às democracias funcionais: direitos humanos e liberdades fundamentais; eleições livres e justas; governo aberto e passível de responsabilização; e sociedade civil.

Franck, admitindo que não existe uma definição exata e específica de democracia, a conceitua como o direito do povo de participar, de ser consultado em relação às decisões políticas. Segundo ele, a definição de *democracia* utilizada no âmbito dos direitos humanos denota um tipo de governo legitimado pelo consentimento dos governados.³²

²⁷ Vidmar, 2010, pp. 209-240.

²⁸ Crawford, 1993, pp. 113-133.

²⁹ ONU. *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*, adotado em 16 de dezembro de 1966 (A/RES/2200^a[XXI]).

³⁰ *Id.* Resolução 1999/57. Promoção do direito à democracia, adotada em 27 de abril de 1999 (E/CN.4/RES/1999/57).

³¹ Beetham & Boyle, 2009, p. 38.

³² Franck, 1994, pp. 73-102.

Também pelo seu aspecto formal, Fukuyama conceitua democracia como sendo o direito de todos os cidadãos de exercerem sua parte do poder político, ou seja, o direito de votar e participar da política. O autor entende que um país pode ser considerado democrático se permite que seu povo escolha o seu governo por meio de eleições periódicas, secretas e multipartidárias baseadas em sufrágio adulto igual e universal.³³

O autor admite que este conceito puramente formal de democracia nem sempre garante direitos e participação iguais, pois os processos podem ser manipulados pelas elites e nem sempre refletem a vontade ou os interesses do povo. Acredita, no entanto, que o afastamento de uma definição formal de democracia abre espaço ao abuso do princípio democrático. Segundo ele, a democracia em seu sentido formal fornece garantias institucionais contra regimes ditatoriais e promove mais chances à realização de uma democracia “material”.³⁴

Por fim, tanto Franck quanto Fukuyama – ainda que por diferentes razões – identificam a democracia sempre que presente o menor denominador comum democrático: poder político exercido pelo povo e sufrágio universal em eleições gerais.³⁵

Em que pese a ausência de um consenso com relação ao conceito ou conteúdo mínimo para o reconhecimento de um governo democrático – embora existam requisitos mínimos elencados em instrumentos internacionais de direitos humanos –, para os fins deste trabalho será levado em consideração o mínimo denominador comum apontado por Fukuyama e Franck: poder político exercido pelo povo e sufrágio universal em eleições gerais.

Cabe registrar que a ausência de um consenso quanto à definição ou conteúdo mínimo não impediu que a democracia venha sendo reconhecida, por muitos, como um direito humano. Também a imprecisão quanto ao conceito do direito à autodeterminação dos povos não inviabilizou a formalização do reconhecimento de sua natureza de norma de direito internacional de natureza imperativa pela Comissão de Direito Internacional da ONU.³⁶

2.1 Da titularidade do direito à democracia

Não existe consenso quanto à titularidade dos direitos humanos: se individual ou coletiva. Para alguns, os direitos humanos não podem ser coletivos pois referem-se aos seres humanos como indivíduos: grupos podem ter direitos, mas não direitos humanos.³⁷

Nesse sentido, Donnelly³⁸ defende que os direitos humanos internacionalmente reconhecidos se limitam a direitos individuais, com apenas algumas exceções. O autor entende

³³ Fukuyama, 2006, p. 44.

³⁴ Fukuyama, 2006, p. 44.

³⁵ Miller, 2003, p. 605.

³⁶ A Convenção de Viena não prevê uma definição clara, com todos os elementos constitutivos de normas *jus cogens*. A descrição precisa do que seriam tais normas foi deixada para a prática, que não é rica nem consistente. Czapliński, 2006, p. 87.

³⁷ Nesse sentido: Marie, 1988, pp. 191-202. Nordenfelt, 1987, pp. 3-8.

³⁸ Donnelly, 2013, p. 46.

que os direitos que ultrapassam a autonomia individual não seriam direitos “humanos”, mas “de grupo”, ou *group rights* em suas palavras.³⁹ Tais direitos seriam aqueles cujos titulares seriam entidades que não podem ser reduzidas a seus membros individuais. Para que um direito “de grupo” seja reconhecido como direito humano, ele deve ser universal no sentido de que todos os grupos do mesmo tipo possuem tal direito. Segundo o autor, em que pese apenas poucos grupos enquadrarem-se em tal situação, o direito internacional reconhece explicitamente o direito à autodeterminação como um direito humano “de grupo”.⁴⁰ O autor também reconhece que os povos indígenas constituem uma exceção à abordagem individualista dos direitos humanos por ele defendida.⁴¹

Segundo o autor, a democracia objetiva empoderar o povo, coletivamente, de modo que ele, e não outro grupo na sociedade, governe. Os direitos humanos, por outro lado, objetivam empoderar os indivíduos e *limitar* o povo soberano e o seu governo.⁴²

Por outro lado, muitos autores defendem que os direitos humanos abarcam tanto o viés individual quanto o coletivo.⁴³ Segundo Dinstein,⁴⁴ direitos humanos podem ser individuais – conferidos a cada ser humano individualmente – ou coletivos – conferidos a seres humanos comunitariamente, ou seja, a seres humanos em conjunto ou a um grupo, que pode ser um povo ou uma minoria.

A titularidade do direito à democracia, cuja existência ainda é debatida, também é controversa. Alguns autores entendem tratar-se de um direito individual, enquanto outros defendem tratar-se de um direito coletivo.

Para Hanisch,⁴⁵ o direito humano à democracia é um direito universal individual que todo ser humano adulto possui, em todo lugar a todo momento. É, segundo ele, um direito moral que consiste na reivindicação contra aqueles que estão em posições relevantes de poder institucional, para promoção, estabelecimento e manutenção de um quadro jurídico democrático. Christiano⁴⁶ argumenta contra aqueles segundo quem o direito à democracia não seria um direito individual pois o direito à participação é efetivado apenas se muitos outros também o exerçam. Segundo ele, muitos direitos humanos individuais possuem dimensão coletiva no sentido de que a eficácia do direito de cada pessoa depende de outras pessoas terem e exercerem tal direito.

³⁹ É importante registrar que existem pelo menos duas concepções sobre o que seriam os direitos “de grupo”: a coletiva, segundo a qual a posição moral é atribuída apenas aos indivíduos que, em conjunto, detêm o direito do grupo, e a concepção corporativa, que atribui posição moral ao grupo em si. Jones, 1999, pp. 80-107.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 48.

⁴¹ *Ibid.*, p. 51.

⁴² Donnelly, 2013, p. 223.

⁴³ No sentido de que a estrutura internacional dos direitos humanos contempla direitos individuais e coletivos e de que os dois não são mutuamente excludentes: Graham, 2010, pp. 83-110. Em defesa da existência de direitos humanos coletivos e sua coerência com direitos humanos individuais: Freeman, 1999, pp. 25-40.

⁴⁴ Dinstein, 1976, pp. 102-120.

⁴⁵ Hanisch, 2016, pp. 233-256.

⁴⁶ Christiano, 2011, p. 166.

Também no sentido de se tratar de um direito individual, Rubinstein e Roznai defendem que não é apenas um direito coletivo de um povo – vago e de difícil implementação –, mas sim um direito pessoal.⁴⁷

A Comissão de Direitos Humanos da ONU, ao clarificar a distinção entre direito à autodeterminação e o direito à participação política, deixa claro que ambos os direitos são interligados, mas distintos. O direito à autodeterminação permite aos povos determinar o seu estatuto político e o direito à participação política permite que os indivíduos participem de tais processos.⁴⁸ O direito à autodeterminação é, pois, um direito coletivo, ao passo que o direito à participação política é um direito individual.⁴⁹

3. Da democracia como meio necessário ao exercício da autodeterminação

O direito à autodeterminação dos povos pode ser entendido sob duas expressões: externa e interna. Em sua expressão externa, liga-se à ideia dos aspectos externos de soberania estatal e relações internacionais.⁵⁰ Em sua expressão interna, pode ser classificado como o direito que assegura aos povos o poder de se autogovernar, escolhendo o seu estatuto político.⁵¹ Na lição de Azeredo Lopes,⁵² pode ser definido como sendo o “(...) direito de um povo ter o estatuto político em que se reconheça, com que se identifique”.

Para muitos, o direito à autodeterminação foi positivado pela Carta das Nações Unidas (artigos 1.º, n.º 2 e 55)⁵³ e abordado em seu aspecto externo, em especial nos processos de descolonização.⁵⁴ O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos⁵⁵ reconhecem o direito à autodeterminação a todos os povos. É possível argumentar que tais instrumentos ampliaram o alcance da autodeterminação para além do contexto colonial, uma vez que nenhum deles restringe o alcance ou os sujeitos aos povos colonizados. Na lição de Azeredo Lopes, as expressões do direito à autodeterminação ultrapassam a referência colonial.⁵⁶

⁴⁷ Rubinstein & Roznai, 2018, pp. 143-178.

⁴⁸ ONU. Comitê de Direitos Humanos. *CCPR General Comment No. 25: Article 25 (Participation in Public Affairs and the Right to Vote)*, *The Right to Participate in Public Affairs, Voting Rights and the Right of Equal Access to Public Service*, 12 de julho de 1996 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.7).

⁴⁹ Alfadhel, 2018, pp. 84-88.

⁵⁰ Stavenhagen, 2016, p. 70.

⁵¹ Simma, *et al.*, 1995, p. 58.

⁵² Lopes, 2003, p. 138.

⁵³ A Carta criou obrigações reais, apesar de não definir, propriamente, o direito à autodeterminação ou identificar os “povos”. Batistich, 1995, p. 1018. O direito à autodeterminação foi reconhecido como direito positivo pela Carta. Bokor-Szego, 1962, p. 273.

⁵⁴ A dimensão interna parece ser cada vez mais aceita pela própria ONU, em especial pelo reconhecimento do exercício do direito à autodeterminação pelos povos indígenas (Art. 3.º), ao mesmo tempo garantindo a integridade territorial (Art. 46). ONU. *Declaração sobre os direitos dos povos indígenas*, 2007 (A/RES/61/295).

⁵⁵ Ambos adotados pela Assembleia-Geral da ONU em 1966. A/RES/2200A(XXI).

⁵⁶ Lopes, 2020, p. 556.

Segundo Castellino,⁵⁷ num contexto “wilsoniano”, isso significa que todos os Estados têm o direito a serem democráticos (internamente), com o consentimento da população por meio da eleição de um governo legítimo que, por consequência, ganha legitimidade (externamente) na esfera internacional. Ramcharan⁵⁸ enfatiza que não há dúvidas de que, numa perspectiva de princípio de direito, a autodeterminação aplica-se nas esferas externa e interna.

É possível argumentar, portanto, que o exercício do direito à autodeterminação, especialmente (mas não somente) em sua faceta interna, requer plena participação política. Nesse contexto, cumpre destacar a ligação intrínseca entre participação política e autodeterminação.

Como já exposto, Reisman e Franck entendem que o direito à democracia constitui o meio para o exercício do direito à autodeterminação. Também outros autores argumentam no sentido de uma intrínseca ligação entre a democracia e a autodeterminação dos povos.

Ao tratar sobre o desafio dos conflitos étnicos, Ronen⁵⁹ afirma que o direito à autodeterminação, como um direito de autogoverno, constitui o direito de não ser governado por outrem. Nesse contexto, afirma que a “[a]utodeterminação é um direito democrático” (tradução livre).

Já Philpott⁶⁰ defende que a autodeterminação e a democracia são indissociáveis, uma vez que a autodeterminação é tradicionalmente um direito democrático liberal e um tipo único de instituição democrática.

Ao defender a conexão entre autodeterminação interna e direitos individuais, Cassese⁶¹ expressa que o artigo 1.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos exige que o povo escolha seus legisladores e líderes políticos sem manipulação ou influência indevida das próprias autoridades domésticas. Defende, portanto, que para entender os parâmetros exatos da autodeterminação interna, deve-se consultar as outras provisões do Pacto, uma vez que, em seu entendimento, a autodeterminação em sua expressão interna pressupõe que todos os membros de uma população possam exercer tais direitos e liberdades que permitem a expressão da vontade popular. Continua afirmando que a autodeterminação interna é melhor explicada como uma manifestação da totalidade dos direitos previstos no Pacto:

⁵⁷ Castellino, 2000, p. 32.

⁵⁸ Ramcharan, 2015, pp. 85-86.

⁵⁹ “Self-determination is a democratic right”. Ronen, 1997, p. 142.

⁶⁰ Philpott, 1995, pp. 352-385.

⁶¹ “Thus, internal self-determination is best explained as a manifestation of the totality of rights embodied in the Covenant, with particular reference to: freedom of expression (Article 19); the right of peaceful assembly (Article 21); the right to freedom of association (Article 22); the right to vote (Article 25 b); and, more generally, the right to take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives (Article 25 a). Only when individuals are afforded these rights can it be said that the whole people enjoys the right of internal self-determination. Consequently, one can claim Article 1 of the Covenant if a State abuses or gravely disregards the limitations on civil and political rights authorized by the Covenant”. Cassese, 1995, p. 53.

Assim, a autodeterminação interna é melhor explicada como uma manifestação da totalidade dos direitos consagrados no Pacto, com referência particular a: liberdade de expressão (Artigo 19); o direito de reunião pacífica (artigo 21); o direito à liberdade de associação (artigo 22); o direito de voto (Artigo 25 b); e, de forma mais geral, o direito de participar na condução dos assuntos públicos, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos (Artigo 25 a). Somente quando esses direitos são concedidos aos indivíduos, pode-se dizer que todo o povo goza do direito à autodeterminação interna. Consequentemente, pode-se reivindicar o Artigo 1.º do Pacto se um Estado abusar ou desconsiderar gravemente as limitações dos direitos civis e políticos autorizadas pelo Pacto. (Tradução livre)

Explica que o Artigo 1.º do Pacto estabeleceu uma ligação permanente entre autodeterminação e direitos civis e políticos e que, portanto, a questão sobre se um Estado respeita o direito de autodeterminação de seu povo não pode ser resolvida sem uma investigação do processo de tomada de decisões que adota. Em resumo, conclui que não há autodeterminação sem processo de tomada de decisões democrático.⁶²

No mesmo sentido, Raič⁶³ argumenta que os direitos previstos no artigo 25 do Pacto são condições ao exercício do direito à autodeterminação previsto no artigo 1, não apenas no âmbito do Pacto, mas também no âmbito do direito internacional geral. Isso porque, segundo ele, sem a possibilidade de que a população possa votar e escolher seus representantes em eleições periódicas, não pode haver escolha livre e, em consequência, não pode haver genuíno exercício do direito à autodeterminação interna.

Sobre o assunto, o Comitê de Direitos Humanos da ONU manifesta-se no sentido de que os direitos previstos no artigo 25 e no artigo 1, n.º 1, do Pacto são distintos, porém relacionados. E que o direito à autodeterminação previsto no referido artigo 1.º, n.º 1, confere o poder dos povos de determinarem, de maneira livre, o seu estado político e a sua forma de constituição e governo.⁶⁴

Ao defender que um conceito mais participativo de povo pode suprir um pouco do déficit do governo da maioria da autodeterminação, Thornberry⁶⁵ registra que a maioria dos autores enfatiza a autonomia ao invés da participação como a essência da autodeterminação interna. No entanto, esclarece que não existe um direito coletivo à autonomia e que os direitos de participação já se encontram bem estabelecidos. Explica que, levando em conta sua própria experiência no grupo de trabalho sobre minorias da Comissão de Direitos Humanos da ONU,

⁶² Cassese, 1995, p. 54.

⁶³ Raič, 2002, pp. 274-275.

⁶⁴ ONU. Comitê de Direitos Humanos. *Comentário Geral n.º 25*, de 12 de julho de 1996.

⁶⁵ Thornberry, 1993, p. 134.

a autonomia não foi aceita como direito das minorias e não figura na Declaração Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas. Por outro lado, o direito de participação foi aceito e incluído no Artigo 2, n.ºs 2 e 3 e no Artigo 4, n.º 5.

Outro autor que defende a democracia como essencial à materialização da autodeterminação é Barten.⁶⁶ Segundo ele, o livre arbítrio como expressado pelo sufrágio universal é tido como o modo correto para assegurar o exercício do direito de autodeterminação, cuja medida plena de autogoverno é alcançada por meio de valores democráticos tais como instituições políticas livres, direitos iguais aos cidadãos, não discriminação, oportunidades iguais para representação e participação em todos os níveis de governo e vida pública, e eleições imparciais e sem interferências externas. Conclui afirmando que a democracia é essencial à autodeterminação, nos seguintes termos: “A autodeterminação está intrinsicamente ligada à democracia, já que esta não pode acontecer sem aquela” (tradução livre).

De acordo com Pomerance,⁶⁷ na visão dos Estados Unidos da América (EUA) e dos países ocidentais em geral, a existência de um governo realmente representativo constitui a mais segura garantia de verdadeira autodeterminação. Como a vontade do povo é determinada periodicamente, a democracia é vista como incorporação do direito contínuo à autodeterminação.

No âmbito da jurisprudência, merece destaque o parecer do Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) no caso *Saara Ocidental*, de 1975. Restou assentado que o princípio da autodeterminação dos povos, enunciado na Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais, “confirma e enfatiza que a aplicação do direito à autodeterminação requer uma expressão de vontade livre e genuína dos povos interessados”.⁶⁸

No tocante à independência dos países colonizados, Crawford afirma que, quando a metrópole denega a autodeterminação ao território colonizado, esta opera em favor da soberania do Estado colonizado, desde que o respectivo governo efetivamente represente a população,⁶⁹ o que também permite argumentar que a autodeterminação, de fato, requer o respeito à democracia na sua dimensão de participação popular.⁷⁰

Considerando a estreita correlação entre autodeterminação e democracia, a declaração da natureza imperativa do direito à autodeterminação pode contribuir para o eventual

⁶⁶ “Self-determination is inextricably linked to democracy as the former cannot come about without the later”. Barten, 2015, p. 78.

⁶⁷ Pomerance, 1982, p. 38.

⁶⁸ “(...) confirm and emphasize that the application of the right of self-determination requires a free and genuine expression of the will of the peoples concerned”. TIJ. *Saara Ocidental*, Parecer Consultivo, ICJ Reports 1975, p. 12, § 55.

⁶⁹ Crawford, 2006, p. 387.

⁷⁰ Ainda que o momento da decisão quanto à independência requeira expressão da vontade popular, não há consenso quanto à existência de um *direito* à autodeterminação interna. Cf. Lopes, 2020. p. 563.

estabelecimento do direito à democracia como norma *jus cogens* na esfera internacional. Apenas o fato de ser essencial à realização da autodeterminação não seria suficiente para a caracterização do direito à democracia como norma de direito internacional geral, tampouco como norma *jus cogens*. Para tanto, seria necessário o preenchimento dos requisitos previstos no Relatório da Comissão: devem ser uma norma de direito internacional geral; devem ser aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional de Estados como um todo, como uma norma que não admite derrogação e que somente pode ser modificada pelo advento de outra norma de direito internacional geral com as mesmas características.

4. Normas de direito internacional geral

Na lição clássica de Kelsen,⁷¹ normas gerais de direito internacional são válidas perante todos os Estados do mundo, ao passo que as normas particulares são válidas apenas para alguns Estados. Prossegue afirmando que o direito internacional geral se trata, na realidade, de direito consuetudinário. Nas palavras da Comissão de Direito Internacional da ONU, é possível identificar uma norma de direito internacional consuetudinário pela existência de prática generalizada que é aceita como lei.⁷²

Acerca do alcance do termo *geral*, Brownlie⁷³ ensina que não exige aceitação universal por todos os sujeitos de direito internacional. Isso porque, segundo ele, os princípios do consentimento e do objeter persistente, bem como os requisitos para caracterização do costume como norma, levam a que algumas normas tenham uma aceitação não universal, mas ainda assim constituam legislação internacional.

A democracia, no entanto, é defendida como um valor universal por Amartya Sen.⁷⁴ Ao explicar as origens da democracia, desde o seu surgimento na Grécia antiga, passando pela Carta Magna em 1215 e pelas Revoluções Francesa e Americana no século XVIII e, ainda, pelo alargamento da franquia na Europa e na América do Norte no século XIX, afirma que foi, contudo, no século XX que a ideia de democracia se estabeleceu como a forma *normal* de governo a que toda nação tem direito, seja na Europa, na América, na Ásia ou na África. Conclui pela existência de um valor universal democrático, desconstruindo vários argumentos em sentido contrário.

No mesmo sentido, Cerna⁷⁵ afirma que com a queda do muro de Berlim, a reunificação da Europa e a consequente redefinição do Ocidente, a democracia, ou o direito de viver sob um regime democrático de governo, ganhou a legitimidade e a prevalência de um valor

⁷¹ Kelsen, 2003, p. 188.

⁷² ONU. Relatório da Comissão de Direito Internacional. 70.^a Sessão, Nova Iorque, 2018 (A/73/10), Capítulo V, Conclusão 2.

⁷³ Brownlie & Crawford, 2012, p. 28.

⁷⁴ Sen, 1999, pp. 3-17.

⁷⁵ Cerna, 1995, pp. 289-330.

universal. A ONU também afirma o valor universal da democracia, como ilustra o documento oriundo da Cúpula Mundial de 2005:⁷⁶

135. Reafirmamos que a democracia é um valor universal baseado na vontade expressada livremente das pessoas de determinar seus próprios sistemas políticos, econômicos, sociais e culturais e sua plena participação em todos os aspectos de suas vidas.

A União Interparlamentar (UIP), organização global de parlamentos nacionais constituída por 179 países e que tem como um dos objetivos a promoção da democracia, adotou em 1997 uma Declaração Universal da Democracia, reconhecendo-a formalmente como valor imprescindível e elencando diversos parâmetros para o seu exercício.⁷⁷

Quanto às bases de normas imperativas de direito internacional, o Relatório da Comissão de Direito Internacional da ONU prevê que o direito internacional consuetudinário é a mais comum, mas que as disposições de tratados e princípios gerais também podem servir como base ao *jus cogens*.⁷⁸

Nesse diapasão, destaca-se o conceito de norma consuetudinária de direito internacional elaborado por Kelsen:⁷⁹ é a lei derivada de um costume, que constitui uma linha de conduta, uma prática estabelecida; nas relações internacionais, a prática estabelecida pelos Estados. Possui dois requisitos, sendo o primeiro o da repetição da ação ou abstenção ao longo do tempo e o segundo o de que aqueles que praticam o ato (ou abstêm-se de praticá-lo) o fazem por acreditarem que estão cumprindo uma obrigação ou exercendo um direito – devem considerar sua conduta como sendo obrigatória ou correta.

O Estatuto do TIJ prevê expressamente a aplicação de costumes internacionais como evidência de prática generalizada aceita como lei.⁸⁰

⁷⁶ “135. We reaffirm that democracy is a universal value based on the freely expressed will of people to determine their own political, economic, social and cultural systems and their full participation in all aspects of their lives. (...)”. ONU. Resolução adotada pela Assembleia Geral em 16/09/2005 (A/RES/60/1). p. 30. A ONU também se manifestou no sentido de que a democracia, como meio essencial à garantia do direito à liberdade, constitui “valor fundamental essencial para as relações internacionais no século XXI”. In Declaração do Milênio, adotada pela ONU pela Resolução 55/2 da Assembleia Geral, de 08/09/2000 (A/RES/55/2).

⁷⁷ UIP. *Declaração Universal da Democracia*, adotada em 16/09/1997. <https://www.ipu.org/file/7135/download>.

⁷⁸ ONU. *Relatório da Comissão de Direito Internacional*. 71.^a Sessão, Nova Iorque, 2019 (A/74/10), Conclusão 5, p. 143.

⁷⁹ Kelsen, 2003, p. 307.

⁸⁰ TIJ. *Estatuto do TIJ*, Artigo 38, n.º 1, “b”.

4.1 Prática reiterada pelos Estados

O reconhecimento de uma norma de direito internacional geral pressupõe a existência de prática reiterada pelos Estados. Segundo o Relatório da Comissão de Direito Internacional da ONU de 2018, o requisito da prática reiterada como elemento do direito consuetudinário internacional refere-se, principalmente, à prática dos Estados, podendo, em certos casos, incluir a prática de organizações internacionais e outros atores.⁸¹

Nesse contexto, registra-se que existe grande número de ações estatais e de organizações internacionais que parecem indicar um dever de assegurar a democracia. Uma dessas ações é a intervenção para restabelecimento da democracia em outros países (ainda que ilegalmente). Como exemplos, podem ser citadas a ameaça de intervenção militar para restauração da democracia no Gâmbia,⁸² a invasão dos EUA ao Iraque, fundamentada na restauração democrática (dentre outras razões)⁸³ e, principalmente, a intervenção para restabelecimento do governo legitimamente eleito no Haiti, que foi autorizada pelo Conselho de Segurança da ONU.⁸⁴

Além das chamadas intervenções “pró-democráticas”, merece destaque a prática da exigência, implícita ou explícita, de respeito aos princípios democráticos como condição prevista nos estatutos de diversas organizações internacionais como condição de ingresso e/ou participação.

O Tratado do Atlântico Norte, em seu preâmbulo, dispõe que os seus membros devem “salvaguardar a liberdade, herança comum e civilização dos seus povos, fundadas nos princípios da democracia, das liberdades individuais e do respeito pelo direito”.⁸⁵ Como requisito para adesão de novos membros, estes devem favorecer o desenvolvimento dos princípios do Tratado⁸⁶ (dentre eles, a democracia).

A União Europeia (UE) prevê expressamente a democracia como um de seus valores fundamentais, e prevê que a adesão de qualquer novo membro depende do respeito aos valores fundamentais.⁸⁷ O Tratado da União Europeia (TUE) possui um mecanismo de sanção para os casos de violação dos valores previstos no artigo 2.º, dentre eles, o da democracia.⁸⁸ Também no contexto europeu, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) reitera que a

⁸¹ ONU. *Relatório da Comissão de Direito Internacional*. 70.ª Sessão, Nova Iorque, 2018 (A/73/10), Conclusão 4, p. 119.

⁸² Autorizada pela Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental (em inglês, ECOWAS), *vide* Resolução 2337, de 2017, do Conselho de Segurança da ONU (S/RES/2337).

⁸³ Tal invasão militar não foi autorizada pelo Conselho de Segurança da ONU e teve como questão subjacente a violação de direitos humanos pelo governo iraquiano, em especial o da autodeterminação dos povos (pela ausência de participação política popular), conforme explicita Tavares, 2015, p. 405.

⁸⁴ ONU. Resolução 940, de 1994 (S/RES/940).

⁸⁵ Tratado do Atlântico Norte, celebrado em Washington D.C. em 04/04/1949.

⁸⁶ *Id.*, Artigo 10.º.

⁸⁷ UE. TUE, de 13/12/2007 (Versão consolidada C 202/15, de 07/06/2016), artigos 2.º e 49.º.

⁸⁸ *Id.*, Artigo 7.º.

democracia constitui valor fundamental da ordem pública europeia e que é a única forma de governo compatível com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).⁸⁹

A Organização dos Estados Americanos (OEA) também tem a democracia como um de seus valores fundamentais, conforme consta no preâmbulo da Carta.⁹⁰ Também é um dos propósitos da OEA “promover e consolidar a democracia representativa”.⁹¹ Merece destaque o fato de que um membro cujo governo democraticamente estabelecido seja deposto pela força pode perder seu direito à participação nas sessões, reuniões, conselhos e conferências, comissões, grupos de trabalho e demais órgãos.⁹² Por fim, registra-se que, para ingresso, um novo membro deve respeitar todas as condições inerentes.⁹³

No âmbito do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), o Protocolo de Ushuaia prevê que, nos casos de ruptura da ordem democrática de um Estado-membro, podem ser adotadas medidas que incluem “desde a suspensão do direito de participar nos diferentes órgãos dos respectivos processos de integração até à suspensão dos direitos e obrigações resultantes destes processos”.⁹⁴

Quanto à ONU, não existe na Carta qualquer obrigação de respeito à democracia como condição ao ingresso ou permanência. No entanto, merece destaque a postura institucional no sentido da defesa da democracia como valor fundamental.⁹⁵ Ademais, embora não mencione explicitamente a *democracia*, há quem defenda que a Carta, de maneira implícita, a referencia no seu preâmbulo, pois a expressão “Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos” refletiria o princípio democrático, segundo o qual a vontade do povo é que dá legitimidade aos Estados.⁹⁶ Além disso, é fundada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros (Artigo 2.º), o que demonstra que são unidos numa estrutura de representação igualitária na Assembleia Geral.⁹⁷

No que diz respeito ao reconhecimento de novos Estados, a teoria tradicional sustenta que depende apenas do preenchimento de características objetivas: território, população permanente, governo efetivo e a capacidade de se relacionar com outros Estados.⁹⁸ No entanto, a democracia é tida em consideração no sentido de que, quando um governo tenha alcançado o poder por meio de extrema violência ou ignorando o processo eleitoral, os Estados já estabelecidos hesitam em reconhecê-lo. Esse foi o caso do segundo império francês

⁸⁹ TEDH. *Baczowski e outros v. Polónia*, Ap. n.º 1543/06 (03/05/2007) § 61.

⁹⁰ OEA. *Carta da OEA*, celebrada em 30/04/1968.

⁹¹ *Ibid.*, Artigo 2, “b”.

⁹² OEA. *Carta da OEA*, Artigo 9.

⁹³ *Ibid.*, Artigo 5.

⁹⁴ MERCOSUL. Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no MERCOSUL, Bolívia e Chile, de 24/07/1998. Arts. 3.º e 5.º.

⁹⁵ Vide notas 3,4 e 5 *supra*.

⁹⁶ Nesse sentido: Boutros-Ghali, 1995, pp. 03-11. Igualmente: Nath, 2002, p. 459.

⁹⁷ Boutros-Ghali, 1995.

⁹⁸ Tais condições foram materializadas pela Convenção sobre direitos e deveres dos Estados, celebrada em Montevideo, a 26 de dezembro de 1933, por ocasião da Sétima Conferência internacional americana.

estabelecido pacificamente – mas não democraticamente – por Napoleão em 1852. A Suíça e os EUA, dentre outros países, recusaram o reconhecimento.⁹⁹

No caso da Rodésia, o Reino Unido impôs, como condição à independência, que o governo representasse a maioria e a independência fosse aceita pelo país como um todo.¹⁰⁰ Como não foi alcançado um acordo, a Rodésia autoproclamou sua independência, tendo o Conselho de Segurança da ONU aprovado uma Resolução condenando a declaração unilateral de independência e solicitando que os Estados não reconhecessem o “regime ilegal minoritário racista”.¹⁰¹ Em sequência, o Conselho exigiu, para uma transição pacífica e democrática, a realização de eleições livres e justas com base no sufrágio universal, sob a supervisão da ONU, com vista a garantir uma descolonização genuína do território.¹⁰²

Nesse contexto, a mera menção à realização de referendo ou outra manifestação popular acerca de vontade de um povo de estabelecer um novo Estado independente não é, em si mesma, o mesmo que estabelecer um governo democrático no novo Estado. No entanto, introduz a noção de vontade popular no processo de criação estatal.¹⁰³ Inclusive, a prática de promoção da democracia em situações de pós-conflito tem sido bastante utilizada, ainda que não tenha dado resultados duradouros em alguns casos.¹⁰⁴

No caso da Guiné-Bissau, o fato de que o movimento libertário era apoiado pela população e já controlava dois terços do território¹⁰⁵ induziu ao reconhecimento por outros Estados – antes mesmo da metrópole portuguesa –, inclusive pela ONU.¹⁰⁶ Segundo Crawford,¹⁰⁷ o princípio da autodeterminação legitimou aquilo que, em outras circunstâncias, consistiria num reconhecimento prematuro por outros Estados.

Quanto ao reconhecimento das repúblicas soviéticas após o desmantelamento da União, a então Comunidade Europeia e os EUA exigiram, como condição ao reconhecimento, que elas realizassem reformas democráticas.¹⁰⁸

Outro exemplo é o da Venezuela. Vários Estados reconheceram a legitimidade do autoproclamado Presidente interino Juan Guaidó considerando a violação à democracia decorrente da alegada ilegitimidade do Presidente Maduro, eleito em 2018 em eleições que não foram consideradas livres e justas.¹⁰⁹

⁹⁹ Grant, 1999, p. 94.

¹⁰⁰ Raič, 2002, pp. 128-129.

¹⁰¹ ONU. Conselho de Segurança. *Resolução 216*, de 1965 (S/RES/216).

¹⁰² ONU. *Resolução 423*, de 1978 (S/RES/423).

¹⁰³ Rothwell, *et al.*, 2018, p. 257.

¹⁰⁴ Cf. Diamond, 2006, pp. 93-116; Call & Cook, 2003, pp. 135-139.

¹⁰⁵ WUN, 2014, p. 331.

¹⁰⁶ ONU. Assembleia-Geral. *Resolução 3061*, de 1973 (A/RES/3061).

¹⁰⁷ Crawford, 2006.

¹⁰⁸ Grant, 1999, p. 94. Coppieters, 2018, pp. 991-1014.

¹⁰⁹ Em maio de 2018, o G7 denunciou as eleições presidenciais venezuelanas por não atenderem aos padrões internacionais e não configurarem um processo eleitoral participativo, justo e democrático. UE. Conselho Europeu. Comunicado de Imprensa. *G7 Leaders' Statement on Venezuela*. A OEA declarou a ilegitimidade das eleições por meio da Resolução 2929, adotada em sessão plenária do dia 5 de junho de 2018 (S-032/18).

A eleição presidencial que culminou com a reeleição de Nicolás Maduro foi considerada ilegítima por atos inconstitucionais que levaram a Assembleia Nacional Constituinte a organizar eleições antecipadas para reeleger Maduro. Tais atos inconstitucionais, que incluíram a aprovação de leis inconstitucionais após a derrota do Governo em um referendo para a adoção de uma nova constituição no País, aliados ao alto nível de abstenção (68% dos eleitores registrados), levaram a que a Assembleia Nacional aprovasse uma Resolução denunciando a “farsa” eleitoral.¹¹⁰

O reconhecimento em número significativo do Presidente Interino como interlocutor com a comunidade internacional para o efeito da organização de novas eleições baseado no entendimento de que o procedimento eleitoral que levou à vitória de Maduro não foi *democrático* indica uma nova prática estatal, embora talvez ainda pouco consistente, de assegurar o respeito à democracia.¹¹¹

Segundo Ramcharan,¹¹² existe prática significativa do reconhecimento e aplicação do princípio da legitimidade democrática. De 1993 a 2000, o Conselho de Segurança da ONU fez referência à democracia em 53 Resoluções e exaltou o governo democrático por razões que vão desde o seu papel em promover a reconciliação nacional até garantir segurança em Estados que haviam acabado de sair de guerras civis e apoiar a reconstrução de infraestruturas governamentais. Além disso, recusou-se a reconhecer como legítimos regimes que depuseram representantes eleitos e autorizou o uso da força para reinstaurar líderes eleitos nos cargos.

Também é possível encontrar a necessidade do respeito à democracia em vários acordos de paz. No Protocolo de Machakos, consta expressamente que o povo do Sudão do Sul possui o direito à autodeterminação, a ser exercido, dentre outros meios, por referendo, e que deve ser estabelecido um sistema democrático de governo.¹¹³ Também no Acordo de Arusha foi prevista a instituição de um governo democrático no Burundi.¹¹⁴ No Quênia, previu-se que os processos democráticos e seus resultados devem ser respeitados por todas as comunidades.¹¹⁵

¹¹⁰ VENEZUELA. Assembleia Nacional. Acordo Reiterando o Desconhecimento da Farsa Realizada em 20 de Maio de 2018 para Alegada Eleição do Presidente da República, de 22 de Maio de 2018.

¹¹¹ Registra-se, recentemente, a prática da UE de não reconhecer Lukashenko como Presidente da Bielorrússia sob o argumento de que as eleições não foram livres e justas. UE. Declaração do Alto Representante da UE de 11 de setembro de 2020.

¹¹² Ramcharan, 2015, pp. 89-90.

¹¹³ *Protocolo de Machakos*, celebrado em 20 de julho de 2002.

¹¹⁴ *Acordo de Arusha para Reconciliação e Paz ao Burundi*, celebrado em 28 de agosto de 2000.

¹¹⁵ *Acordo de Paz do Condado de Nakuru*, de 19 de agosto de 2012.

4.2 *Opinio juris sive necessitates*

Quanto ao elemento subjetivo necessário ao reconhecimento de uma norma de direito internacional geral, registra-se que a *opinio juris* dos Estados pode ser demonstrada por declarações públicas, publicações oficiais, pareceres, correspondência diplomática, decisões de Cortes nacionais, disposições de tratados e condutas adotadas em consonância com resoluções adotadas por organizações internacionais ou em conferências intergovernamentais.¹¹⁶ Tais fontes, inclusive, podem ser utilizadas simultaneamente para aferição da prática reiterada e da aceitação como lei (*opinio juris*).¹¹⁷

No julgamento do caso *Nicarágua*, o TIJ afirmou que, com precaução, a existência de *opinio juris* pode ser deduzida de atitudes dos Estados em relação a certas Resoluções da Assembleia Geral da ONU. Com efeito, explicitou que a aprovação do texto de uma Resolução pode ser entendida como aceitação da validade da norma ou conjunto de normas nela previstas.¹¹⁸

Com relação às organizações internacionais, Conforti¹¹⁹ ensina que as resoluções por elas adotadas devem ser consideradas como prática dos Estados votantes, e não como prática das organizações propriamente ditas. Isso porque expressam a intenção volitiva dos Estados.

Nesse contexto, pode-se ilustrar a *opinio juris* dos Estados-membros da ONU com relação à democracia nas Resoluções A/RES/60/1 e A/RES/55/2, adotadas pela Assembleia Geral por consenso.¹²⁰ Tais Resoluções estabelecem a democracia como valor fundamental e, ainda que não sejam explícitas no que tange à existência de um direito à democracia, parecem sinalizar nessa direção.

Ademais, nas palavras de D'Aspremont,¹²¹ a tendência de instalação de democracia por meio da administração internacional de territórios já ocorreu até com o apoio velado de Estados não-democráticos, “como se tais Estados reconhecessem que a democracia é o único regime político aceitável”, como aconteceu com a aprovação, por unanimidade, da Resolução do Conselho de Segurança da ONU que previu a imposição de um governo democrático no Iraque.

No julgamento do caso *Imunidade Jurisdicional dos Estados*, o TIJ concluiu pela existência de *opinio juris* na concessão, pelos Estados, de imunidade de jurisdição a outros Estados pelo fato de que a concedem por entenderem que sobre eles recai uma obrigação de

¹¹⁶ ONU. *Relatório da Comissão de Direito Internacional*. 71.ª Sessão, Nova Iorque, 2019 (A/74/10). Conclusão 8, p. 168.

¹¹⁷ ONU. *Relatório da Comissão de Direito Internacional*. 70.ª Sessão, Nova Iorque, 2018 (A/73/10). Conclusão 3, comentário 8, p. 129.

¹¹⁸ TIJ. *Atividades Militares e Paramilitares na Nicarágua* (Nicarágua v. Estados Unidos da América), Jurisdição e admissibilidade, Julgamento, ICJ Reports 1984, p. 90, § 188.

¹¹⁹ Conforti, 1993, pp. 67-68.

¹²⁰ Vide nota 76 *supra*.

¹²¹ D'Aspremont, 2012, p. 64.

fazê-lo.¹²² No mesmo sentido, no caso *Plataforma Continental do Mar do Norte*, o TIJ afirmou que, para a caracterização de *opinio juris*, os Estados devem sentir que estão agindo em conformidade com uma obrigação legal.¹²³

Já no caso *Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares*, o TIJ afirmou que a adoção pela Assembleia-Geral, por larga maioria, de Resoluções recordando o conteúdo da Resolução 1653, de 1961 (A/RES/1653[XVI]), e solicitando aos Estados-membros a celebração de uma convenção proibindo o uso de armas nucleares revela o desejo de grande parte da comunidade internacional de tomar um passo significativo em direção ao desarmamento nuclear. A emergência, como lei, de uma norma consuetudinária proibindo o uso de armas nucleares é dificultada, contudo, por conta da tensão contínua entre a *opinio juris* emergente, por um lado, e a forte adesão à prática da dissuasão, pelo outro.¹²⁴

Nesse contexto, importa ressaltar que o TIJ entendeu não haver *opinio juris* quanto à proibição de armas nucleares pois os países estavam muito divididos quanto ao tema.¹²⁵ Analisando tal aspecto, a Comissão conclui não ser necessário que todos os Estados aceitem como lei uma norma de direito internacional consuetudinário: basta a aceitação ampla e representativa, combinada com nenhuma ou pouca objeção.¹²⁶

Diante do exposto, parece-nos que o direito à democracia vem caminhando em direção ao *status* de norma de direito internacional geral, levando em consideração a prática reiterada pelos Estados e a *opinio juris*. No entanto, para que uma norma de direito internacional geral seja considerada imperativa, ela deve ser aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados como uma norma que não admite derrogação e que somente pode ser modificada pelo advento de outra norma de direito internacional geral com as mesmas características.

¹²² TIJ. *Imunidade Jurisdicional dos Estados* (Alemanha v. Itália), Julgamento, ICJ Reports 2012, p. 99, § 55.

¹²³ TIJ. *Plataforma Continental do Mar do Norte*, Julgamento, ICJ Reports 1969, p. 3, § 77.

¹²⁴ TIJ. *Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares*, Parecer Consultivo, ICJ Reports 1996, p. 226, § 73.

¹²⁵ *Ibid.*, § 67.

¹²⁶ ONU. *Relatório da Comissão de Direito Internacional*. 70.^a Sessão, Nova Iorque, 2018 (A/73/10), Conclusão 10(5), p. 139.

5. Da menção à democracia e previsão de mecanismos democráticos nas constituições

A absoluta maioria dos países adotam a democracia como regime de governo em suas constituições.¹²⁷ Por outro lado, nas constituições da maior parte daqueles que não a adotam expressamente, a democracia consta como objetivo a ser alcançado, como princípio ou ideal ou, ainda, são previstos mecanismos democráticos de participação popular.

Dos 194 países pesquisados,¹²⁸ 165 possuem o termo democracia expressamente previsto em suas constituições como referência ao sistema, regime ou um objetivo de governo.¹²⁹ No entanto, dos 29 países cujas constituições não dispõem sobre a democracia como princípio de governo, 24 possuem mecanismos democráticos de participação popular definidos constitucionalmente.¹³⁰

Apenas cinco países não preveem em suas constituições a democracia, além de não possuírem mecanismos de participação popular.¹³¹ É o caso da Arábia Saudita, dentre outros países. É interessante notar, contudo, que é uma aspiração dos Emirados Árabes Unidos caminhar em direção a um regime geral, representativo e democrático, conforme consta no preâmbulo de sua constituição (apesar de não serem previstas instituições democráticas). No caso de Brunei, também consta no preâmbulo de sua constituição a aspiração à introdução progressiva de instituições representativas, o que não ocorreu até hoje, tendo o Sultão poder absoluto.

No caso de Tonga, existe um mecanismo de eleições para parte dos membros do legislativo, que é dividido entre nobres e “plebeus” (a nobreza ainda detém assentos e privilégios). Além disso, os cidadãos não podem ter notificações por dívidas no dia das eleições.

O último Estado a ser citado nesta categoria é o Vaticano, que possui uma natureza singular. Não é “democrático”, apesar de prever a eleição por sufrágio indireto do Papa (por um colégio de cardeais).

Assim, ainda que alguns países cujas constituições prevejam a democracia não possuam, de fato, um regime democrático de governo, parece-nos que a “necessidade” de positivar a democracia a nível constitucional, de maneira geral (inclusive por países notoriamente não

¹²⁷ As Constituições foram retiradas dos sítios eletrônicos dos respectivos países, quando possível (e quando existentes em português, inglês, francês ou espanhol). Nos demais casos, de outras fontes. *Vide* referências bibliográficas ao final deste trabalho.

¹²⁸ Taiwan não foi considerado para o efeito.

¹²⁹ Não possuem: Arábia Saudita, Austrália, Barbados, Botsuana, Brunei, Chipre, Dinamarca, Emirados Árabes Unidos, Estados Unidos da América, Granada, Holanda, Iêmem, Indonésia, Irã, Islândia, Jamaica, Japão, Jordânia, Malásia, Mônaco, Nauru, Nova Zelândia, Omã, Papua Nova Guiné, Reino Unido, Samoa, Singapura, Tonga e Vaticano.

¹³⁰ Austrália, Barbados, Botsuana, Chipre, Dinamarca, Estados Unidos da América, Granada, Holanda, Iêmem, Indonésia, Irã, Islândia, Jamaica, Japão, Jordânia, Malásia, Mônaco, Nauru, Nova Zelândia, Omã, Papua Nova Guiné, Reino Unido, Samoa e Singapura.

¹³¹ Arábia Saudita, Brunei, Emirados Árabes Unidos, Tonga e Vaticano.

democráticos), ilustra a prática estatal e induz à ideia de *opinio juris*. Um indício precursor da ideia de que o respeito à democracia seja impositivo e aceito como direito ou obrigação legal.

6. Da inderrogabilidade

Nos termos do Relatório da Comissão, normas *jus cogens* devem ser aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional de Estados como um todo, como uma norma que não admite derrogação e que somente pode ser modificada pelo advento de outra norma de direito internacional geral com as mesmas características.¹³²

Partindo da premissa da classificação do direito à democracia como um direito humano, registra-se que a lista daqueles que são inderrogáveis aumenta progressivamente à medida em que são celebrados novos instrumentos. A CEDH, vigente desde 1953, estipula no seu artigo 15.º que não são derrogáveis o direito à vida – salvo quanto ao caso de morte resultante de atos lícitos de guerra (art. 2.º), o de proibição da tortura (artigo 3.º), da escravidão e da servidão (artigo 4.º, n.º 1) e da retroatividade da lei penal (artigo 7.º).

Nos termos do artigo 4.º, n.º 2, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, em vigor desde 1976, são expressamente inderrogáveis o direito à vida (artigo 6.º), o de proibição da tortura (artigo 7.º), da escravidão e da servidão (artigo 8.º), da prisão por obrigação contratual (artigo 11.º), da retroatividade da lei penal (artigo 15.º), o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 16.º) e a liberdade de pensamento, consciência e religião (artigo 18.º).

Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em vigor desde 1978, prevê a inderrogabilidade dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3), à vida (artigo 4), à integridade pessoal (artigo 5), da proibição da escravidão e da servidão (artigo 6), da retroatividade da lei penal (artigo 9), a liberdade de pensamento, consciência e religião (artigo 12), a proteção da família (artigo 17), o direito ao nome (artigo 18), os direitos das crianças (artigo 19), o direito à nacionalidade (artigo 20) e dos direitos políticos (artigo 23) e garantias indispensáveis à proteção de tais direitos.

Como se percebe, a lista aumenta em cada novo instrumento garantidor de direitos humanos, o que demonstra que o processo de definição de direitos inderrogáveis é claramente progressivo,¹³³ com cada novo instrumento celebrado ampliando o número de direitos que não são passíveis de suspensão.

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, por outro lado, não possui uma cláusula de inderrogabilidade. Isso não significa, contudo, que os direitos nela previstos (inclusive o direito à democracia) são derrogáveis. No entendimento da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP), a ausência na verdade proíbe que os Estados

¹³² ONU. Relatório da Comissão de Direito Internacional. 71.ª Sessão, Nova Iorque, 2019 (A/74/10).

¹³³ Fitzpatrick, 2008, p. 388.

signatários deixem de cumprir suas obrigações decorrentes da Carta durante situações de emergência.¹³⁴

Assim, em que pese ainda não ser considerado expressamente inderrogável no âmbito europeu o direito à democracia (no seu viés de participação política), sua suspensão deve se dar apenas em casos excepcionais.

Ainda assim, a suspensão deve ser dar em termos democráticos. Nos termos do Artigo 15.º da CEDH, qualquer derrogação deve ser informada ao Conselho da Europa. Os Estados devem informar as providências tomadas e os motivos que levaram à adoção das medidas, bem como a data em que tais derrogação deixem de estar em vigor. Ou seja, na prática, a democracia não poderia ser suspensa pois as derrogações devem obedecer a mecanismos democráticos. Ademais, o TEDH tem sido bastante vigilante no que diz respeito a arbitrariedades, cobrando dos Estados a demonstração de que quaisquer restrições de direitos eleitorais possuem um fim legítimo e proporcional.¹³⁵ O caso da Bósnia reflete essa importância. Nos casos *Dervo Sejdić e Jakob Finci v. Bosnia e Herzegovina*,¹³⁶ *Azra Zornić v. Bosnia e Herzegovina*,¹³⁷ *Ilijaz Pilav v. Bosnia e Herzegovina*¹³⁸ e *Samir Šlaku v. Bosnia e Herzegovina*,¹³⁹ o TEDH entendeu que a limitação imposta pela Bósnia de que apenas cidadãos que se autodeclarassem bósnios, croatas ou sérvios, bem como sérvios que vivessem na federação e croatas e bósnios que vivessem na república poderiam candidatar-se à presidência ou ao “senado” era contrária à CEDH e seus protocolos.

Traçando-se um paralelo entre o direito à democracia e o direito do acesso à justiça, o fato de não estar listado dentre os direitos inderrogáveis não pode ser invocado, segundo o entendimento de Cançado Trindade, contra a construção jurisprudencial que o classifica como possuindo natureza imperativa.¹⁴⁰

Isso porque, segundo o jurista, qualquer restrição ao exercício de direitos protegidos deve ser interpretada restritivamente, à luz do objetivo e propósito do tratado de direitos humanos em questão. Ademais, os Estados são vinculados a obrigações de resultado e não podem invocar derrogações para evadirem à obrigação de garantir o direito de acesso à justiça. Por fim, os Estados apenas podem beneficiar-se de derrogações permitidas e temporárias desde que não sejam incompatíveis com outras obrigações decorrentes de direito internacional e não envolvam qualquer forma de discriminação.¹⁴¹

¹³⁴ CADHP. *Commission nationale des droits de l'Homme et des libertés / Chad*. Comunicação 74/92 (1995).

¹³⁵ TEDH. *McGuinness v. The United Kingdom*. Julgamento de 08 de junho de 1999 (Ap. n.º 39511/98) § 3.

¹³⁶ TEDH. *Dervo Sejdić e Jakob Finci v. Bosnia e Herzegovina* (Ap. n.º 27996/06 e 34836/06) Julgamento de 22 de dezembro de 2009.

¹³⁷ TEDH. *Azra Zornić v. Bosnia e Herzegovina* (Ap. n.º 3681/06). Julgamento de 15 de dezembro de 2014 (final).

¹³⁸ TEDH. *Ilijaz Pilav v. Bosnia e Herzegovina* (Ap. n.º 41939/07). Julgamento de 9 de junho de 2016.

¹³⁹ TEDH. *Samir Šlaku v. Bosnia e Herzegovina* (Ap. n.º 56666/12). Julgamento de 26 de maio de 2016.

¹⁴⁰ Trindade, 2008, p. 26.

¹⁴¹ Trindade, 2008.

Por oportuno, destaca-se o entendimento de Correia Baptista. Ao tratar sobre as normas *jus cogens* conclui que, na prática, algumas delas podem ser excepcionalmente desrespeitadas em casos de perigo extremo, legítima defesa, estado de necessidade ou represálias e força maior – ainda que deixe claro que este não é o entendimento da Comissão de Direito Internacional da ONU. Cita como exemplo a adoção de medidas econômicas pelo Conselho [de Segurança da ONU], o que pode colocar em causa direitos humanos protegidos por normas de natureza imperativa, tais como os direitos à alimentação e à saúde.¹⁴²

Assim, o fato de não estar formalmente listado como inderrogável em instrumentos internacionais de direitos humanos não pode constituir, por si só, um argumento contra os demais elementos que parecem indicar a evolução do direito à democracia ao patamar de norma internacional de direito geral imperativa.

7. Do exercício do direito à autodeterminação por violação da democracia

É possível citar jurisprudência no sentido de que a violação da democracia (no sentido de participação popular, especialmente no sentido da representação) enseja a aplicação da autodeterminação.

No caso *Congresso do povo catangûês v. República Democrática do Congo*,¹⁴³ a CADHP examinou uma comunicação pelo Presidente do Congresso do povo catangûês que pretendia reconhecer o movimento de libertação com o fim de reconhecer o suposto direito de secessão da República Democrática do Congo (então Zaire). A CADHP entendeu que, ausentes evidências de violações de direitos humanos e de que ao povo catangûês era negado o direito de participar do governo congolês, tal povo era obrigado a exercer o direito de autodeterminação compatível com a soberania e integridade territorial do então Zaire.

A *contrario sensu*, caso houvesse sido violado o “direito” de participar do governo, o povo catangûês teria o direito de exercer a autodeterminação em sua dimensão externa. Como não houve violação a tal direito, a CADHP reconheceu o direito ao exercício do direito de autodeterminação em sua dimensão interna.

Recentemente, o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos (TADHP) proferiu diversas decisões de reconhecimento a violações a dispositivos da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e da Carta Africana sobre a Democracia, as Eleições e a Governança. Numa série de julgados, o Tribunal reconheceu que o Benim violou dispositivos das referidas Cartas: o Artigo 13 da Carta dos Direitos Humanos, por violar o direito à participação no governo em decorrência da proibição de alianças eleitorais e imposição de

¹⁴² Baptista, 2003, p. 1008.

¹⁴³ CADHP. *Congresso do povo catangûês v. República Democrática do Congo*. Comunicação 75/92 (1995).

filiação a partidos políticos como condição à candidatura;¹⁴⁴ e o Artigo 10.º, n.º 2, da Carta sobre a Democracia por não ter observado o princípio do consenso nacional para a revisão da Constituição.^{145 146} Tais julgados indicam a consolidação, também na esfera jurisprudencial, da dimensão interna do direito à autodeterminação.

No âmbito do TEDH, no caso *Loizidou v. Turquia*,¹⁴⁷ o julgamento deu-se no sentido de que a cidadã cipriota Titina Loizidou tinha o direito de retornar às suas propriedades no Chipre que havia adquirido antes da ocupação turca. Concordando, *obiter dictum*, com a decisão no sentido da denegação do pedido turco de reconhecimento do direito da autodeterminação na criação da República Turca de Chipre do Norte, o juiz Wildhaber, acompanhado pelo juiz Ryssdal,¹⁴⁸ afirmou que um consenso parece ter se formado quanto ao direito de um povo de exercício do direito à autodeterminação nos casos de violação de direitos humanos ou falta ou sub-representação de maneira antidemocrática e discriminatória e que, nesse contexto, o direito à autodeterminação constitui uma ferramenta que pode ser utilizada para restabelecer padrões internacionais de direitos humanos e democracia.

Continua afirmando que, em 1983, quando a comunidade internacional se recusou a reconhecer a República Turca de Chipre do Norte como um novo Estado, ela implicitamente rejeitou a reivindicação de autodeterminação na forma de secessão. Isso porque, à época, a estreita conexão entre o direito à autodeterminação e o respeito a padrões internacionais de direitos humanos e democracia não era tão estabelecido.

Conclui que, nos casos em que o moderno direito à autodeterminação não reforça ou restabelece os direitos humanos e a democracia para todas as pessoas e grupos envolvidos (como no caso então em apreço), ele não pode ser invocado para transpor a política da comunidade internacional de não reconhecimento da República Turca de Chipre do Norte.

O Supremo Tribunal do Canadá, no caso *Reference Re Secession of Quebec*,¹⁴⁹ determinou que o Quebec não possuía o direito a se separar do Canadá. Segundo o julgado, o direito internacional exige que o direito à autodeterminação seja exercido pelos povos no contexto de Estados soberanos existentes e com a manutenção da integridade territorial desses Estados e, quando isso não for possível, um direito à secessão pode surgir.¹⁵⁰ Explicitou que quando um povo é impedido de exercer o seu direito à autodeterminação internamente é que tem o direito, em último caso, a exercê-lo mediante secessão.¹⁵¹

¹⁴⁴ TADHP. Processo 062/2019. *Sébastien Germain Marie Aikoué Ajavon v. República do Benim*. Julgamento de mérito, de 04 de dezembro de 2020.

¹⁴⁵ TADHP, 2020a. Processo 003/2020. *Houngue Eric Noudehouenou v. República do Benim*. Julgamento de mérito, de 04 de dezembro de 2020.

¹⁴⁶ *Id.* Processo 010/2020. *XYZ v. República do Benim*. Julgamento de mérito, de 27 de novembro de 2020.

¹⁴⁷ TEDH. *Loizidou v. Turkey* (Ap. n.º 15318/89) Julgamento de 18 de dezembro de 1996).

¹⁴⁸ TEDH. Voto favorável juiz Wildhaber, acompanhado pelo juiz Ryssdal, p. 24.

¹⁴⁹ Supremo Tribunal do Canadá. *Reference re Secession of Quebec*, [1998] S.C.R. 217 (Can.).

¹⁵⁰ *Ibid.*, § 122.

¹⁵¹ *Ibid.*, § 134.

A análise das decisões acima colacionadas demonstra uma tendência de considerar que a violação da autodeterminação, na sua vertente interna, em decorrência da falta de participação igualitária e representatividade popular, leva ao nascimento do direito ao exercício, por um povo, do direito à autodeterminação em sua dimensão externa. Isso parece corroborar a ligação intrínseca entre a democracia (no sentido de participação política) e o princípio da autodeterminação, conforme defendido por vários autores.¹⁵²

Também há decisões no sentido de que os ideais democráticos são essenciais à defesa dos direitos humanos. No caso *Sejdić e Finci v. Bosnia e Herzegovina*,¹⁵³ o TEDH afirmou que, a fim de combater a discriminação racial, as autoridades devem reforçar a visão democrática de sociedade na qual a diversidade não é vista como uma ameaça, mas como sendo enriquecedora.

8. Do desenvolvimento histórico das normas *jus cogens*

O direito internacional está em estado de constante evolução, o significa que, em tese, novas normas *jus cogens* podem se desenvolver.¹⁵⁴ Tal possibilidade é explicitamente prevista na Convenção de Viena no que toca à superveniência de nova norma *jus cogens* (caso em que qualquer tratado incompatível passa a ser nulo).¹⁵⁵

As normas *jus cogens* constituem uma espécie de direito internacional consuetudinário – apesar de também poderem ser previstas em tratados – e, assim como os costumes, sujeitam-se ao nascimento, crescimento, mudanças e morte, dependendo de padrões de expectativas e comportamento que são reconhecidamente conjugados no contínuo processo social.¹⁵⁶ Assim, novas normas imperativas de direito internacional geral podem surgir pelo reconhecimento do caráter imperativo de uma nova norma de direito internacional consuetudinário.¹⁵⁷

Nesse contexto, salienta-se que o próprio conceito de *jus cogens* esteve sempre envolto por incertezas desde o advento da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados,¹⁵⁸ o que ajuda a demonstrar que a evolução das normas *jus cogens* não é linear. A título de exemplo, a consolidação da natureza imperativa do direito à autodeterminação dos povos levou séculos, passando por sua consolidação como um princípio, pelo reconhecimento de sua natureza de direito para, ao fim, ser declarado norma imperativa de direito internacional.

¹⁵² Vide tópico 3 deste trabalho.

¹⁵³ TEDH. *Sejdić e Finci v. Bosnia e Herzegovina*. Julgamento de 22 de dezembro de 2009 (Ap. n.º 27996/06 e 34836/06) § 43.

¹⁵⁴ Nieto-Navia, 2003, p. 622.

¹⁵⁵ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969, art. 64.

¹⁵⁶ Paust, 1991, p. 83.

¹⁵⁷ Nieto-Navia, 2003, p. 623.

¹⁵⁸ Chandrachud, 2013, p. 76.

O próprio TIJ demorou a reconhecer ou se debruçar sobre a mera existência de tais normas, o que denuncia o longo e tortuoso caminho que deve ser percorrido até que uma norma de direito internacional geral seja aceita pela comunidade internacional como sendo imperativa.

8.1 Do direito à autodeterminação dos povos

Sua origem pode ser identificada na Declaração de Independência dos EUA de 1776 e na Revolução Francesa de 1789, que marcaram o fim da noção de que os indivíduos e populações eram objetos de livre manipulação pelos reis, a quem cabia, a seu critério, aliená-los, transferi-los, cedê-los ou protegê-los.¹⁵⁹

Desde sua concepção, a autodeterminação teve um papel importante no desenvolvimento da comunidade internacional. Inicialmente, o conceito passou da França à Itália, quando foi invocado por Mazzini no século XIX – sob a forma de um postulado segundo o qual todas as nações podiam escolher o seu estatuto político –, a fim de incentivar a unificação da Itália. Mais tarde, com o advento da Primeira Guerra Mundial e da Revolução Bolchevique, o conceito emergiu, para Wilson, como a chave para a paz duradoura na Europa e, para Lenin, como meio para realização do sonho de adoção do socialismo a nível mundial.¹⁶⁰

Na década de 1920, a questão sobre o direito dos habitantes das ilhas Åland de determinar, por plebiscito, se o arquipélago deveria continuar sob domínio da Finlândia ou ser incorporado à Suécia foi submetida à Liga das Nações, que designou uma comissão de juristas. A conclusão foi a de que não havia direito à autodeterminação – pois feria a soberania dos Estados envolvidos – e que, portanto, a questão devia ser resolvida pelo concerto de Poderes.¹⁶¹ O relatório da Comissão foi explícito no sentido de que o reconhecimento do princípio da autodeterminação em alguns tratados internacionais não era suficiente para considerá-lo como uma norma positiva.¹⁶²

Em 1960, a Assembleia Geral da ONU adotou por consenso a Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais.¹⁶³ Ao determinar que “Todos os povos têm o direito à autodeterminação; em virtude deste direito, podem determinar livremente o seu estatuto político” (tradução livre),¹⁶⁴ a ONU elevou o que vinha até então sendo reconhecido como um *princípio* de direito internacional ao patamar de *direito*.¹⁶⁵ Em

¹⁵⁹ Cassese, 1995, p. 11.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 13.

¹⁶¹ Brown, 1921, pp. 268-272.

¹⁶² Liga das Nações, 1920.

¹⁶³ ONU. Assembleia-Geral. Resolução 1514 (XV), de 1960 (A/RES/1514[XV]).

¹⁶⁴ “All peoples have the right to self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development”.

¹⁶⁵ Roth, 1999, p. 201.

1966 foi positivado no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.¹⁶⁶

Na década de 1980, o relatório especial da Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e a Proteção de Minorias da ONU intitulado “O Direito à Autodeterminação” concluiu que o direito à autodeterminação não possuía *status* de norma imperativa de direito internacional.¹⁶⁷

No final da década de 1990, Roth explica que a natureza putativa argumentada por alguns, com base no fato de que estava previsto apenas em instrumentos não vinculativos (*soft law*), não invalida a sua natureza de direito, uma vez que as normas suplantadas pelo direito à autodeterminação perderam a sua eficácia.¹⁶⁸

Em que pesem as críticas apontadas por alguns em relação à caracterização do princípio da autodeterminação como um direito, em 2019 foi reconhecida pela Comissão de Direito Internacional da ONU sua condição de norma imperativa de direito internacional.¹⁶⁹ Importante destacar o posicionamento do TIJ, também de 2019, quanto à natureza imperativa do direito à autodeterminação. No caso *Chagos*, O TIJ reconheceu o caráter de direito internacional consuetudinário à autodeterminação.¹⁷⁰

8.2 Normas *jus cogens* e a jurisprudência do TIJ

O TIJ resistiu ao debate acerca das normas *jus cogens* mesmo após a aceitação de sua existência pela doutrina, principalmente devido ao caráter nebuloso do conceito.^{171;172} No caso *Plataforma Continental do Mar do Norte*, o TIJ proferiu julgamento sem adentrar ou se pronunciar sobre qualquer questão de normas *jus cogens*.¹⁷³ Foram feitas algumas referências tímidas a normas peremptórias de direito internacional geral ao longo dos anos em vários julgamentos do TIJ, ainda que sem referência expressa aos termos “normas peremptórias” ou “*jus cogens*”.¹⁷⁴

No caso *Corpo Diplomático e Consular dos Estados Unidos em Teerã*, o TIJ destacou que o estado das relações diplomáticas entre as partes não alterava o caráter imperativo das obrigações legais do governo iraniano segundo as leis das relações diplomáticas e consulares uma vez que um Estado tenha entrado nessas relações com outro Estado.^{175 176}

¹⁶⁶ Ambos adotados pela Assembleia-Geral da ONU em 1966 (A/RES/2200A[XXI]).

¹⁶⁷ Cristescu, 1981, p. 24.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 204.

¹⁶⁹ ONU. *Relatório da Comissão de Direito Internacional*. 71.^a Sessão, Nova Iorque, 2019 (A/74/10).

¹⁷⁰ TIJ. *Efeitos Jurídicos da Separação do Arquipélago de Chagos*. Parecer Consultivo, ICJ Reports 2019, p. 95, § 160.

¹⁷¹ Costelloe, 2017, p. 47.

¹⁷² Chandrachud, 2013.

¹⁷³ TIJ. *Plataforma Continental do Mar do Norte*, Judgment, ICJ Reports 1969, p. 3, § 72.

¹⁷⁴ Costelloe, 2017, p. 48.

¹⁷⁵ TIJ. *Corpo Diplomático e Consular dos Estados Unidos em Teerã*, ICJ Reports 1980, p. 41, § 88.

¹⁷⁶ Tal conclusão não acrescenta nada, é apenas uma declaração de que uma regra de direito é vinculativa. Costelloe, 2017.

No parecer consultivo emitido no caso *Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares*, o TIJ declarou que as regras fundamentais sobre o uso de armas nucleares devem ser observadas por todos os Estados, mesmo que não tenham ratificado as respectivas convenções, pois constituem princípios invioláveis de direito internacional consuetudinário.¹⁷⁷ Continuando, relata que, no processo, os princípios e normas de direito humanitário constituem *jus cogens* de acordo com o artigo 53 da Convenção de Viena e conclui no sentido de que a questão de ser uma norma ou não *jus cogens* liga-se ao caráter legal da referida norma.¹⁷⁸ As normas legais são, por regra, vinculativas, e o uso da palavra “invioláveis” constitui tautologia.¹⁷⁹

Em 1986, no julgamento de mérito do caso *Nicarágua*¹⁸⁰ o TIJ reconheceu o conceito de normas *jus cogens*, sugerindo que a proibição do uso da força teria natureza de norma imperativa de direito internacional abstendo-se, no entanto, de posicionar-se quanto à questão.¹⁸¹

Vinte anos depois, o julgamento do caso *Atividades Armadas no Território do Congo*¹⁸² foi o primeiro no qual o TIJ manifestou aceitação de normas *jus cogens* sem quaisquer reservas, ainda que tenha sido mais uma aceitação do termo do que de qualquer efeito legal associado ao conceito. O TIJ salientou que a proibição do genocídio “certamente” teria natureza *jus cogens*, ainda que tal reconhecimento não fosse necessário para a decisão do caso.¹⁸³

Tal posicionamento foi confirmado em 2007 no julgamento do caso *Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio*, no qual salientou-se que o próprio TIJ, no julgamento do caso *Atividades Armadas no Território do Congo*, reconheceu que a norma que proíbe o genocídio tem natureza de norma de direito internacional geral imperativa.¹⁸⁴

Apenas em 2012 o TIJ definiu o conceito de normas *jus cogens*.¹⁸⁵ No julgamento do caso *Imunidade Jurisdicional dos Estados*, as conceituou como aquelas que não admitem derrogação.¹⁸⁶

¹⁷⁷ TIJ. *Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares*, Parecer consultivo, ICJ Reports 1996, p. 35, § 79.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 36, § 83.

¹⁷⁹ Costelloe, 2017.

¹⁸⁰ TIJ. *Atividades Militares e Paramilitares na Nicarágua* (Nicarágua v. Estados Unidos da América), Mérito, Julgamento, ICJ Reports 1986. pp. 100-101, § 190.

¹⁸¹ Costelloe, 2017, p. 49.

¹⁸² TIJ. *Atividades Armadas no Território do Congo* (República Democrática do Congo v. Ruanda), Novo processo: 2002, Jurisdição e admissibilidade, ICJ Reports 2006. pp. 31-32, § 64.

¹⁸³ Costelloe, 2017, p. 50.

¹⁸⁴ TIJ. *Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio* (Bósnia e Herzegovina v. Sérvia e Montenegro), ICJ Reports 2007, p. 111, § 161.

¹⁸⁵ Costelloe, 2017, p. 51.

¹⁸⁶ TIJ. *Imunidade Jurisdicional dos Estados...*, p. 141, § 95.

Conclusão

As evidências elencadas neste trabalho apontam para a existência de um direito à democracia, inclusive elencado em importantes instrumentos jurídicos internacionais, em especial na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e, ainda, na Resolução 1999/57 da Comissão de Direitos Humanos da ONU. No âmbito da doutrina, foi possível citar muitos autores que defendem a existência de um direito à democracia.

Ademais, foram indicados exemplos de práticas estatais e de *opinio juris* – dois elementos que compõem as normas gerais de direito internacional –, pelo que pode ser possível argumentar a existência de um direito à democracia e que este direito parece evoluir em direção ao *status* de norma de direito internacional geral.

Além disso, parece também subir outro patamar: em direção à natureza imperativa. Procurou-se demonstrar que o direito à democracia preenche os requisitos de uma norma geral de direito internacional e que, aos poucos – principalmente em níveis regionais –, já é tida como norma que não admite derrogação.

Para tanto, foi feita uma comparação e análise da evolução do direito à autodeterminação. Antes da sua consolidação como norma imperativa de direito internacional, o direito à autodeterminação dos povos já era considerado pela Assembleia-Geral da ONU como requisito para a realização de direitos humanos fundamentais.¹⁸⁷ Começou como um ideal político, sendo durante muitas décadas, nas palavras de Azeredo Lopes, “‘ideal’ político, não necessariamente parte do direito internacional”.¹⁸⁸ Por fim, foi reconhecida pela Comissão de Direito Internacional da ONU como tendo natureza imperativa.

Ademais, a democracia é considerada por muitos como um direito humano. Inclusive, um direito que possibilita, em última análise, o próprio exercício do direito à autodeterminação. Nas palavras de Cassese, “não há autodeterminação sem processo decisório democrático” (tradução livre).¹⁸⁹

Assim, considerando que a evolução das normas *jus cogens*, inclusive do direito à autodeterminação, é um processo longo e não-linear, as evidências parecem indicar que a democracia segue o mesmo caminho. Seja pela prática dos Estados e demais atores internacionais, pela *opinio juris* e, especialmente, pela inderrogabilidade – cada vez mais reconhecida a níveis regionais –, o processo contínuo de desenvolvimento do direito à democracia parece caminhar no sentido de uma futura norma imperativa.

Isso porque, considerando que a democracia constitui um meio essencial à realização do direito à autodeterminação, tal disposição acabará por restar despida de qualquer valor prático

¹⁸⁷ Lopes, 2020, p. 556.

¹⁸⁸ Lopes, 2020.

¹⁸⁹ “In short, there is no self-determination without democratic decision-making”. Cassese, 1995, p. 54.

– uma verdadeira letra morta –, caso o direito à democracia, como meio essencial à sua concretização, não seja protegido e respeitado. Ademais, é atualmente considerada a única forma legítima de governo.¹⁹⁰

A eventual confirmação do direito à democracia como *jus cogens* deve transpor o que é tido como um obstáculo: a própria definição – ou ausência de consenso quanto à definição – de *democracia*. No entanto, já existem elementos mínimos e, além disso, a imprecisão quanto ao conceito do direito à autodeterminação dos povos não inviabilizou a formalização do reconhecimento de sua natureza de norma de direito internacional de natureza imperativa pela Comissão de Direito Internacional da ONU.

Por outro lado, como observa Buchanan¹⁹¹ ao refutar o que ele chama de “parochialism objection” ou, em outras palavras, uma visão estreita segundo a qual os direitos humanos são expressão tanto de um limitado e arbitrário conjunto de valores ou um *ranking* de valores arbitrários, alerta que quanto mais um direito humano altamente abstrato e intuitivamente plausível é legalizado, mais vulnerável a uma visão estreita ele se torna. Isso porque, segundo ele, a legalização envolve maior especificação de conteúdo. Para que o cumprimento dessas leis seja legítimo, a lei deve ser razoavelmente clara e as consequências jurídicas devem ser previsíveis.

Quanto ao perigo advindo do eventual reconhecimento do direito à democracia como direito fundamental e de sua característica imperativa como respaldo para interferência na soberania estatal, especialmente pelo uso da força para execução as chamadas intervenções “pró-democráticas”, registra-se que as possíveis implicações negativas não podem – ou não devem – impedir o debate quanto à existência de direitos humanos. Nas palavras de Hanisch,¹⁹² “A questão quanto à definição da existência dos direitos humanos pode e deve ser abordada independentemente do que deve ser feito em resposta às suas violações” (tradução livre).

Assim, em que pese ter o direito a um regime democrático de governo estar cristalizado na ordem legal internacional¹⁹³ e a existência de obstáculos a serem ultrapassados, a trajetória da democracia parece apontar para sua evolução como direito humano, norma geral de direito internacional e, por fim, de natureza imperativa (*jus cogens*).

¹⁹⁰ Dentre outros: Tomuschat, 2014, p. 156. Guelke, 2005, p. 240. Tratando sobre a tendência, desde o século XIX, de entender a democracia como única forma legítima de governo: Tullock, 1987, p. 105.

¹⁹¹ Buchanan, 2008, pp. 39-70.

¹⁹² “The definitional question of what human rights there are is a question that can and must be addressed independently of what should be done in response to their violation”. Hanisch, 2016.

¹⁹³ Ramcharan, 2015, p. 6.

Bibliografia

- ALFADHEL, K.A. (2018). Toward an instrumental right to democracy. *AJIL Unbound*, vol. 112, pp. 84-88.
- BAPTISTA, E.C. (2003). *O poder público bélico em direito internacional*. Coimbra: Livraria Almedina.
- BARTEN, U. (2015). *Minorities, minority rights and internal self-determination*. Cham, Suíça: Springer International Publishing.
- BATISTICH, M. (1995). The right to self-determination and international law. *Auckland University Law Review*, vol. 7, n.º 4, pp. 1013-1038.
- BEETHAM, D. & BOYLE, K. (2009). *Introducing democracy: 80 questions and answers*, 2.ª Edição. Paris: Unesco Publishing.
- BEITZ, C.R. (2009). *The idea of human rights*. Oxford: Oxford University Press.
- BIRCH, A.H. (2001). *The concepts and theories of modern democracy*, 2.ª Edição. Londres: Routledge.
- BOBBIO, N. (2005). *Liberalism and democracy*. Londres: Verso.
- BOKOR-SZEGO, H. (1962). The colonial clause in international treaties. *Acta Juridica*, vol. 4, n.º 3-4, pp. 261-294.
- BOUTROS-GHALI, B. (1995). Democracy: A newly recognized imperative. *Global Governance*, vol. 1, n.º 1, pp. 03-11.
- BROWN, P.M. (1921). The Aaland Islands question. *The American Journal of International Law*, vol. 15, n.º 2, pp. 268-272.
- BROWNLIE, I. & CROWFORD, J. (2012). *Brownlie's principles of public international law*, 8.ª Edição. Oxford: Oxford University Press.
- BUCHANAN, A. (2008). Human rights and the legitimacy of the international order. *Legal Theory*, vol. 14, n.º 1, pp. 39-70.
- CALL, C.T. & COOK, S.E. (2003). Introduction: Post conflict peacebuilding and democratization. *Global Governance*, vol. 9, n.º 2, pp. 135-139.
- CASSESE, A. (1995). *Self-determination of peoples: A legal reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press.
- CASTELLINO, J. (2000). *International law and self-determination: The interplay of the politics of territorial possession with formulations of post-colonial "national" identity*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers.
- CERNA, C.M. (1995). Universal democracy: An international legal right or the pipe dream of the West. *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 27, n.º 2, pp. 289-330.
- CHANDRACHUD, C. (2013). *Jus cogens* in the International Court of Justice: Lessons from the basic structure doctrine in Indian constitutional law. *Journal of the Philosophy of International Law*, vol. 4, n.º 1, p. 76.
- CHRISTIANO, T. (2011). An instrumental argument for a human right to democracy. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 39, n.º 2, pp. 142-176.
- COHEN, Joshua (2006). Is there a human right to democracy? In Sypnowich, C. *The egalitarian conscience: Essays in honour of G. A. Cohen*. Nova Iorque: Oxford University Press.

- CONFORTI, B. (1993). *International law and the role of domestic legal systems*. Dordrecht, Holanda: Martinus Nijhoff Publishers.
- COPPIETERS, B. (2018). Four positions on the recognition of States in and after the Soviet Union, with special reference to Abkhazia. *Europe-Asia Studies*, vol. 70, n.º 6.
- COSTELLOE, D. (2017). *Legal consequences of peremptory norms in international law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- CRAWFORD, J. (1993). Democracy and international law. *British Yearbook of International Law*, vol. 64, n.º 1, pp. 113-133.
- CRAWFORD, J. (2006). *The creation of States in international law*, 2.^a Edição. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- CRISTESCU, A. (1981). ONU. Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e a Proteção de Minorias. *The right to self-determination: Historical and current development on the basis of United Nations instruments*. Nova Iorque: ONU, 1981, p. 24 (E/CN.4/Sub.2/404/Rev. 1).
- CZAPLIŃSKI, W. (2006). *Jus cogens* and the law of treaties. In Tomuschat, C. & Thouvenin, J.-M. (eds.). *The fundamental rules of the international legal order: Jus cogens and obligations erga omnes*. Leiden: Martinus Nijhoff.
- D'ASPREMONT, J. (2012). The rise and fall of democratic governance in international law. In Crawford, J. & Nouwen, S. *Select proceedings of the European Society of International Law*, vol. III. Oxford: Hart Publishing.
- DIAMOND, L. (2006). Promoting democracy in post-conflict and failed States: Lessons and challenges. *Taiwan Journal of Democracy*, vol. 2, n.º 2, pp. 93-116.
- DINSTEIN, Y. (1976). Collective human rights of peoples and minorities. *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25, n.º 1, pp. 102-120.
- DONNELLY, J. (2013). *Human rights in theory and practice*, 3.^a Edição. Nova Iorque: Cornell University Press.
- EZETAH, R. (1997). The right to democracy: A qualitative inquiry. *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 22, n.º 3, pp. 495-534.
- FITZPATRICK, J. (2008). Human rights in crisis: The international system for protecting rights during states of emergency (1994). In Steiner, H., Alston, P. & Goodman, R. *International human rights in context*, 3.^a Edição. Oxford: Oxford University Press.
- FOX, G.H. & ROTH, B.R. (2001). Democracy and international law. *Review of International Studies*, vol. 27, pp. 327-352.
- FRANCK, T.M. (1994). Democracy as a human right. *Studies in Transnational Legal Policy*, vol. 26, pp. 73-102.
- FRANCK, T.M. (1992). The emerging right to democratic governance. *The American Journal of International Law*, vol. 86, n.º 46, p. 46-91.
- FREEMAN, M. (1999). Are there collective human rights? *Political Studies*, vol. XLIII, pp. 25-40.
- FUKUYAMA, F. (2006). *The end of history and the last man*. Nova Iorque: Free Press.
- GRAHAM, L.M. (2010). Reconciling collective and individual rights: Indigenous education and international human rights law. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 15, n.º 1, pp. 83-110.

- GRANT, T.D. (1999). *The recognition of States: Law and practice in debate and evolution*. Westport, EUA: Praeger.
- GUELKE, A. (2005). *Democracy and ethnic conflict: Advancing peace in deeply divided societies*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan.
- HANISCH, C. (2016). A human right to democracy: For and against. *Saint Louis University Public Law Review*, vol. XXXV, n.º 2, pp. 233-256.
- JONES, P. (1999). Human rights, group rights, and peoples' rights. *Human Rights Quarterly*, vol. 21, n.º 1, pp. 80-107.
- KARAKAMISHEVA-JOVANOVSKA, T. (2014). Is there a human right to democracy? The ongoing issue. *Iustinianus Primus Law Review*, vol. 5, n.º 1, pp. 1-12.
- KELSEN, H. (2003). *Principles of international law*, 3.^a Edição. Clark, Estados Unidos da América: The Lawbook Exchange Ltd.
- LISTER, M.J. (2012). There is no human right to democracy: But may we promote it anyway? *Stanford Journal of International Law*, 48.2, pp. 257-276.
- LOPES, J.A.A. (2020). *Direito de autodeterminação dos povos*. In Lopes, J.A.A (ed.) *Regimes jurídicos internacionais*, vol. I, pp. 609-610. Porto: Universidade Católica Editora.
- LOPES, J.A.A (2003). *Entre solidão e intervencionismo: Direito de autodeterminação dos povos e reacções de Estados terceiros*. Porto: Publicações Universidade Católica.
- MARIE, J.-B. (1988). Relations entre droits des peuples et droits de l'homme: Distinctions semantiques et methodologiques. *Canadian Human Rights Yearbook*, pp. 191-202.
- MILLER, R.A. (2003). Self-determination in international law and the demise of democracy? *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41.
- NATH, M. (2002). *Human rights and the police*. In *Policing India in the new millennium*. Nova Déli: Allied Publishers Pvt. Limited.
- NEWMAN, D.G. (2004). Collective interests and collective rights. *American Journal of Jurisprudence*, vol. 49, pp. 127-164.
- NIETO-NAVIA, R. (2003). International peremptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian law. In Vohrah, L.C. et al. (eds.). *Man's inhumanity to Man: Essays on international law in honour of Antonio Cassese*. Haia: Kluwer Law International.
- NORDENFELT, J. (1987). Human rights – What they are and what they are not. *Nordic Journal of International Law*, vol. 56, n.º 1, pp. 3-8.
- PAUST, J. (1991). The reality of *jus cogens*. *Connecticut Journal of International Law*, vol. 7, n.º 1, pp. 81-85.
- PHILPOTT, D.I (1995). In defense of self-determination. *Ethics*, vol. 105, n.º 2, pp. 352-385.
- POMERANCE, M. (1982). *Self-determination in law and practice: The new doctrine in the United Nations*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers.
- RAIČ, D. (2002). *Statehood and the law of self-determination*. Haia: Kluwer Law International.
- RAMCHARAN, B.G. (2015). *Contemporary human rights ideas: Rethinking theory and practice*, 2.^a Edição. Nova Iorque: Routledge.
- RAWLS, J. (1993). The law of peoples. *Critical Inquiry*, vol. 20, n.º 1, pp. 36-68.

- REISMAN, W.M. (1984). Coercion and self-determination: Construing Charter article 2(4). *The American Journal of International Law*, vol. 78, p. 643.
- RONEN, D. (1997). *The challenge of ethnic conflict, democracy and self-determination in Central Europe*. Reino Unido: Routledge, 1997.
- ROTH, B.R. (1999). *Governmental illegitimacy in international law*. Oxford: Clarendon Press.
- ROTHWELL, D.R. *et al.* (2018). *International law: Cases and materials with Australian perspectives*, 3.^a Edição. Cambridge: Cambridge University Press.
- SEN, A.K. (1999). Democracy as a universal value. *Journal of Democracy*, vol. 10, n.º 3, pp. 3-17.
- SHUE, H. (1996). *Basic rights: Subsistence, affluence, and U.S. foreign policy*, 2.^a Edição. Nova Jérsei: Princeton University Press.
- SIMMA, B. *et al.* (1995). *The Charter of the United Nations: A commentary*. Nova Iorque: Oxford University Press.
- STAVENHAGEN, R. (2016). *The right to self-determination*. In Hofbauer, J. (org.) *Sovereignty in the exercise of the right to self-determination*. Leiden, Holanda: Brill Nijhoff.
- TALBOTT, W.J. (2005). *Which rights should be universal?* Nova Iorque: Oxford University Press.
- TAVARES, M.I. (2015). *Guerra e responsabilidade: A intervenção militar no Iraque em 2003*. Porto: Universidade Católica Editora.
- THORNBERRY, P. (1993). The democratic or internal aspect of self-determination: with some remarks on federalism. In Tomuschat, C. (ed.) *Modern law of self-determination*. Dordrecht, Holanda: Martinus Nijhoff Publishers.
- TOMUSCHAT, C. (2014). *Human rights: Between idealism and realism*, 3.^a Edição. Oxford: Oxford University Press.
- TRINDADE, A.A.C. (2008). *Jus cogens: The determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law*. In XXXV *Curso de Direito Internacional organizado pela Comite Jurídico Interamericano, Rio de Janeiro (Agosto de 2008)*. <https://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf>.
- TULLOCK, G. (1987). *Autocracy*. Dordrecht, Holanda: Martinus Nijhoff Publishers.
- VIDMAR, J. (2010). Multiparty democracy: International and European human rights law perspectives. *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, pp. 209-240.
- WALDRON, J. (1999). *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, p. 254.
- WUN, R. (2014). Beyond traditional statehood criteria. In Bonneville-Kok, R. & Vidmar, J. (eds.). *Hague yearbook of international law*, vol. 27. Haia: Brill.

Outros documentos

Acordo de Arusha para Reconciliação e Paz ao Burundi, celebrado em 28 de agosto de 2000.
<https://www.refworld.org/pdfid/5a2555d24.pdf>.

Acordo de Paz do Condado de Nakuru, de 19 de agosto de 2012. <https://peacemaker.un.org/kenya-nakuru-accord2012>.

CADHP (1995). Commission nationale des droits de l'Homme et des libertés / Chad. Comunicação 74/92.

_____ (1995). Congresso do povo catangûês v. República Democrática do Congo. Comunicação 75/92 (1995).

LIGA DAS NAÇÕES (1920). Relatório da Comissão Internacional de Juristas designada pela Liga das Nações para elaborar um parecer sobre os aspectos jurídicos da questão das Ilhas Åland. Jornal Oficial da Liga das Nações (outubro de 1920).

OEA (1968). *Carta da OEA*, celebrada em 30/04/1968.

_____ (2018). *Resolução 2929*, adotada em sessão plenária do dia 5 de junho de 2018 (S-032/18).

ONU (2007). Assembleia-Geral. *Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Resolução 61/295, adotada em 2 de outubro de 2007 (A/RES/61/295).

_____ (1960). Assembleia-Geral. *Resolução 1514 (XV)*, de 1960 (A/RES/1514[XV]).

_____ (1973). Assembleia-Geral. *Resolução 3061*, de 1973 (A/RES/3061).

_____ (1945). *Carta das Nações Unidas*, artigo 1.º, n.º 2 e artigo 55.

_____ (1996). Comitê de Direitos Humanos. *CCPR General Comment No. 25: Article 25 (Participation in Public Affairs and the Right to Vote), The Right to Participate in Public Affairs, Voting Rights and the Right of Equal Access to Public Service*, 12 de julho de 1996 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.7).

_____ (1965). Conselho de Segurança. *Resolução 216*, de 1965 (S/RES/216).

_____ (1978). Conselho de Segurança. *Resolução 423*, de 1978 (S/RES/423).

_____ (2000). *Declaração do Milênio*, adotada pela Resolução 55/2 da Assembleia Geral, de 08/09/2000 (A/RES/55/2).

_____ (1948). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, adotada em 10 de dezembro de 1948 (A/RES/217[III]).

_____ (1966). *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*, adotado em 16 de dezembro de 1966 (A/RES/2200ª[XXI]).

_____ (2018). *Relatório da Comissão de Direito Internacional*. 70ª Sessão, Nova Iorque, 2018 (A/73/10).

_____ (2019). *Relatório da Comissão de Direito Internacional*. 71ª Sessão, Nova Iorque, 2019 (A/74/10).

_____ (1999). *Resolução 1999/57. Promoção do direito à democracia*, adotada em 27 de abril de 1999 (E/CN.4/RES/1999/57).

_____ (2017). *Resolução 2337*, de 2017, do Conselho de Segurança (S/RES/2337).

_____ (1994). *Resolução 940*, de 1994 (S/RES/940).

_____ (2005). *Resolução adotada pela Assembleia Geral em 16/09/2005* (A/RES/60/1).

_____ (1950). *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II. Documento A/CN.4/39 (Memorando apresentado ao Secretariado em 24 de novembro de 1950) p. 288.

TADHP (2020a). Processo 003/2020. *Houngue Eric Noudehouenou v. República do Benim*. Julgamento de mérito, de 04 de dezembro de 2020.

_____ (2020b). Processo 010/2020. *XYZ v. República do Benim*. Julgamento de mérito, de 27 de novembro de 2020.

_____ (2020c). Processo 062/2019. *Sébastien Germain Marie Aikoué Ajavon v. República do Benim*. Julgamento de mérito, de 04 de dezembro de 2020.

TEDH (2014). *Azra Zornić v. Bosnia e Herzegovina* (Ap. n. 3681/06) Julgamento de 15 de dezembro de 2014 (final).

_____ (2007). *Baczowski e outros v. Polônia*, ap. n.º 1543/06 (03/05/2007) §61.

_____ (2009). *Dervo Sejdić e Jakob Finci v. Bosnia e Herzegovina* (Ap. n. 27996/06 e 34836/06) Julgamento de 22 de dezembro de 2009.

_____ (2016). *Ilijaz Pilav v. Bosnia e Herzegovina* (Ap. n. 41939/07) Julgamento de 9 de junho de 2016.

_____ (1996). *Loizidou v. Turkey* (Ap. n. 15318/89) Julgamento de 18 de dezembro de 1996).

_____ (1999). *McGuinness v. The United Kingdom*. Julgamento de 08 de junho de 1999 (Ap. n. 39511/98).

_____ (2016). *Samir Šlaku v. Bosnia e Herzegovina* (Ap. n. 56666/12) Julgamento de 26 de maio de 2016.

_____ (2009). *Sejdić e Finci v. Bosnia e Herzegovina*. Julgamento de 22 de dezembro de 2009 (Ap. n. 27996/06 e 34836/06).

TIJ (2007). *Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio* (Bósnia e Herzegovina v. Sérvia e Montenegro), ICJ Reports 2007.

_____ (2006). *Atividades Armadas No Território do Congo* (República Democrática do Congo v. Ruanda), Novo processo: 2002, Jurisdição e admissibilidade, ICJ Reports 2006.

_____ (1984). *Atividades militares e paramilitares na Nicarágua* (Nicarágua v. Estados Unidos da América), Jurisdição e admissibilidade, Julgamento, ICJ. Reports 1984.

_____ (1986). *Atividades militares e paramilitares na Nicarágua* (Nicarágua v. Estados Unidos da América), Mérito, Julgamento, ICJ. Reports 1986.

_____ (1970). *Barcelona Traction*, Julgado, ICJ Reports 1970.

_____ (2019). *Efeitos Jurídicos da Separação do Arquipélago de Chagos*. Parecer Consultivo, ICJ Reports 2019. p. 95.

_____ (1945). *Estatuto do TIJ*.

_____ (2012). *Imunidade Jurisdicional dos Estados* (Alemanha v. Itália), Julgamento, ICJ Reports 2012.

_____ (1996). *Legalidade da ameaça ou uso de armas nucleares*, Parecer consultivo, ICJ Reports 1996.

_____ (1969). *Plataforma Continental do Mar do Norte*, Julgamento, ICJ Reports 1969.

_____ (1980). *Corpo Diplomático e Consular dos Estados Unidos em Teerã*, ICJ Reports 1980.

_____ (1975). *Saara Ocidental*, Parecer Consultivo, I.C.J. Reports 1975.

UE (2018). Conselho Europeu. Comunicado de Imprensa. G7 Leaders' Statement on Venezuela. <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/05/23/g7-leaders-statement-on-venezuela>.

- (2020). Declaração do Alto Representante da UE de 11 de setembro de 2020.
<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/09/11/belarus-declaration-by-the-high-representative-on-behalf-of-the-european-union-on-the-escalation-of-violence-and-intimidation-against-members-of-the-coordination-council>.
- (2016). TUE, de 13/12/2007 (Versão consolidada C 202/15, de 07/06/2016), artigos 2.º e 49.º.
- UIP (1997). Declaração Universal da Democracia, adotada em 16/09/1997.
<https://www.ipu.org/file/7135/download>.
- VENEZUELA (2018). Assembleia Nacional. Acordo reiterando o desconhecimento da farsa realizada em 20 de maio de 2018 para alegada eleição do Presidente da República, de 22 de maio de 2018.
<http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/detalle/acuerdo-reiterando-el-desconocimiento-de-la-farsa-realizada-el-20-de-mayo-de-2018-para-la-supuesta-eleccion-del-presidente-de-la-republica-275>.

Constituições

Afganistão. Constituição disponível em

<<http://www.afghanembassy.com.pl/afg/images/pliki/TheConstitution.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2020.

África do Sul. Constituição disponível em

<<https://www.justice.gov.za/legislation/constitution/SACConstitution-web-eng.pdf>>.
Acesso em: 1 nov. 2020.

Albânia. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Albania_2012.pdf?lang=en>. Acesso em: 1 nov. 2020.

Alemanha. Constituição disponível em <<https://www.bundesregierung.de/breg-en/chancellor/basic-law-470510>>. Acesso em: 1 nov. 2020.

Argélia. Constituição disponível em <<https://www.joradp.dz/trv/fcons.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2020.

Andorra. Constituição disponível em

<<http://www.consellgeneral.ad/fitxers/documents/constitucio/const-en>>. Acesso em: 3 nov. 2020.

Angola. Constituição disponível em

<http://www.governo.gov.ao/Arquivos/Constituicao_da_Republica_de_Angola.pdf>.
Acesso em: 3 nov. 2020.

Antigua e Barbuda. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Antigua_and_Barbuda_1981.pdf?lang=en>. Acesso em: 5 nov. 2020.

Arábia Saudita. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Saudi_Arabia_2005.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2020.

Argentina. Constituição disponível em <[http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Argentina-](http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Argentina-Constitution.pdf)

Constitution.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2020.

Armênia. Constituição disponível em <<https://www.president.am/en/constitution-2015/>>.

Acesso em: 5 nov. 2020.

Austrália. Constituição disponível em

<[https://www.aph.gov.au/about_parliament/senate/powers_practice_n_procedures/co](https://www.aph.gov.au/about_parliament/senate/powers_practice_n_procedures/constitution)
nstitution>. Acesso em: 5 nov. 2020.

Áustria. Constituição disponível em

<https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erv/ERV_1930_1/ERV_1930_1.pdf>. Acesso
em: 10 nov. 2020.

Azerbaijão. Constituição disponível em <<https://en.president.az/azerbaijan/constitution>>.

Acesso em: 10 nov. 2020.

Bahamas. Constituição disponível em

<[https://www.bahamas.gov.bs/wps/wcm/connect/778e3a25-c542-418f-af4b-](https://www.bahamas.gov.bs/wps/wcm/connect/778e3a25-c542-418f-af4b-6f361661a206/Chap+1+Constitution.pdf?MOD=AJPERES)
6f361661a206/Chap+1+Constitution.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 10 nov. 2020.

Bahrein. Constituição disponível em

<[http://www.nihr.org.bh/en/MediaHandler/GenericHandler/documents/download/1-](http://www.nihr.org.bh/en/MediaHandler/GenericHandler/documents/download/1-%20Constitution%20of%20the%20Kingdom%20of%20Bahrain.pdf)
%20Constitution%20of%20the%20Kingdom%20of%20Bahrain.pdf>. Acesso em: 10 nov.
2020.

Bangladesh. Constituição disponível em <[http://bdlaws.minlaw.gov.bd/act-details-](http://bdlaws.minlaw.gov.bd/act-details-367.html)

367.html>. Acesso em: 10 nov. 2020.

Barbados. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Barbados_2007.pdf?lang=en>. Acesso
em: 11 nov. 2020.

Bélgica. Constituição disponível em

<[https://www.dekamer.be/kvvcr/pdf_sections/publications/constitution/GrondwetUK.p](https://www.dekamer.be/kvvcr/pdf_sections/publications/constitution/GrondwetUK.pdf)
df>. Acesso em: 11 nov. 2020.

Belize. Constituição disponível em <[https://www.nationalassembly.gov.bz/wp-](https://www.nationalassembly.gov.bz/wp-content/uploads/2017/03/Belize-Constitution-2017updated-March.pdf)

content/uploads/2017/03/Belize-Constitution-2017updated-March.pdf>. Acesso em: 11
nov. 2020.

Benim. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Benin_1990.pdf?lang=en>. Acesso em:
11 nov. 2020.

Bielorrússia. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Belarus_2004.pdf?lang=en>. Acesso em: 11 nov. 2020.

Bolívia. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

Bósnia e Herzegovina. Constituição disponível em

<<https://www.parlament.ba/data/dokumenti/pdf/vazniji-propisi/Ustav%20BiH%20-%20E.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

Botsuana. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Botswana_2005.pdf?lang=en>. Acesso em: 15 nov. 2020.

Brasil. Constituição disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2020.

Brunei. Constituição disponível em

<http://www.agc.gov.bn/AGC%20Images/LOB/cons_doc/constitution_i.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020.

Bulgária. Constituição disponível em <<https://www.parliament.bg/en/const>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

Burkina Faso. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Burkina_Faso_2012.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020.

Burundi. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Burundi_2005.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020.

Butão. Constituição disponível em

<https://www.nationalcouncil.bt/assets/uploads/docs/acts/2017/Constitution_of_Bhutan_2008.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2020.

Cabo Verde. Constituição disponível em

<<http://portais.parlamento.cv/rppd/legislacao/cr.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

Camarões. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Cameroon_2008.pdf?lang=en>. Acesso em: 16 nov. 2020.

Camboja. Constituição disponível em <<https://pressocm.gov.kh/en/archives/9539>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

Canadá. Constituição disponível em <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/FullText.html>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

Catar. Constituição disponível em <<https://www.gco.gov.qa/wp-content/uploads/2016/09/GCO-Constitution-English.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

Cazaquistão. Constituição disponível em <https://www.akorda.kz/en/official_documents/constitution>. Acesso em: 18 nov. 2020.

Chade. Constituição disponível em <https://www.presidence.td/upload/doc/doc_643.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020.

Chile. Constituição disponível em <<https://www.senado.cl/constitucion-politica-capitulo-i-bases-de-la-institucionalidad/senado/2012-01-16/093048.html>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

China. Constituição disponível em <http://www.npc.gov.cn/zgrdw/englishnpc/Constitution/node_2825.htm>. Acesso em: 18 nov. 2020.

Chipre. Constituição disponível em <http://www.parliament.cy/easyconsole.cfm/page/download/filename/SYNTAGMA_EN.pdf/foldername/articleFile/mime/pdf/>. Acesso em: 19 nov. 2020.

Colômbia. Constituição disponível em <<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2020.

Comores. Constituição disponível em <<http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/com128670.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2020.

Congo. Constituição disponível em <http://www.presidence.cg/files/my_files/constit200102.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2020.

Coreia do Norte. Constituição disponível em <https://www.constituteproject.org/constitution/Peoples_Republic_of_Korea_1998.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2020.

Coreia do Sul. Constituição disponível em <https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?hseq=1&lang=ENG>. Acesso em: 19 nov. 2020.

Costa do Marfim. Constituição disponível em <<http://www.presidence.ci/constitution-de-2016/>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

Costa Rica. Constituição disponível em <<https://www.tse.go.cr/pdf/normativa/constitucion.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

Croácia. Constituição disponível em <https://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/The_consolidated_text_of_the_C>

onstitution_of_the_Republic_of_Croatia_as_of_15_January_2014.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

Cuba. Constituição disponível em <<http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

Dinamarca. Constituição disponível em <http://www.stm.dk/_p_10992.html>. Acesso em: 21 nov. 2020.

Djibuti. Constituição disponível em <<https://www.presidence.dj/TexteFond.php>>. Acesso em: 21 nov. 2020.

Dominica. Constituição disponível em <<http://www.dominica.gov.dm/laws/chapters/chap1-01-sch1.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2020.

Egito. Constituição disponível em <<https://www.egypt.gov.eg/english/laws/constitution/default.aspx>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

El Salvador. Constituição disponível em <<https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/FoDD4DE1-8CCA-461B-B1CB-oDo4D37B4FD1.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

Emirados Árabes Unidos. Constituição disponível em <https://www.constituteproject.org/constitution/United_Arab_Emirates_2004.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2020.

Equador. Constituição disponível em <https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2020.

Eritreia. Constituição disponível em <https://www.constituteproject.org/constitution/Eritrea_1997.pdf?lang=en>. Acesso em: 22 nov. 2020.

Eslováquia. Constituição disponível em <<https://www.prezident.sk/upload-files/46422.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

Eslovênia. Constituição disponível em <<https://www.us-rs.si/en/about-the-court/legal-basis/constitution/>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

Espanha. Constituição disponível em <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

Estado da Palestina. Constituição disponível em <https://www.constituteproject.org/constitution/Palestine_2005.pdf?lang=en>. Acesso em: 1 mar. 2021.

Estados Federados da Micronésia. Constituição disponível em <https://www.constituteproject.org/constitution/Micronesia_1990.pdf?lang=en>. Acesso em: 23 nov. 2020.

Estados Unidos da América. Constituição disponível em
 <<https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

Estônia. Constituição disponível em
 <<https://www.riigiteataja.ee/en/eli/530102013003/consolide>>. Acesso em: 23 nov. 2020

Etiópia. Constituição disponível em <<http://www.ethiopia.gov.et/constitution>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

Fiji. Constituição disponível em <<https://www.fiji.gov.fj/About-Fiji/Fijian-Constitution>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

Filipinas. Constituição disponível em
 <<https://www.officialgazette.gov.ph/constitutions/1987-constitution/>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

Finlândia. Constituição disponível em
 <<https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1999/en19990731.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

França. Constituição disponível em <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

Gabão. Constituição disponível em <<http://www.assemblee-nationale.ga/5-textes-de-reference/21-la-constitution/>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

Gâmbia. Constituição disponível em
 <https://www.constituteproject.org/constitution/Gambia_2004.pdf?lang=en>. Acesso em: 24 nov. 2020.

Gana. Constituição disponível em <<http://judicial.gov.gh/index.php/preamble>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

Geórgia. Constituição disponível em
 <<https://matsne.gov.ge/en/document/view/30346?publication=35>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

Granada. Constituição disponível em
 <https://www.constituteproject.org/constitution/Grenada_1992.pdf?lang=en>. Acesso em: 24 nov. 2020.

Grécia. Constituição disponível em <<https://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

Guatemala. Constituição disponível em
 <https://www.constituteproject.org/constitution/Guatemala_1993.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020.

Guiana. Constituição disponível em <<http://parliament.gov.gy/constitution/>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

Guiné. Constituição disponível em <<http://ddata.over-blog.com/1/35/48/78/Guinee/constitution-Guinee-2010.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

Guiné Equatorial. Constituição disponível em <https://www.constituteproject.org/constitution/Equatorial_Guinea_2012.pdf?lang=en>. Acesso em: 24 nov. 2020.

Guiné-Bissau. Constituição disponível em <http://www.parlamento.gw/leis/constituicao/constituicaoguine.pdf/at_download/file>. Acesso em: 24 nov. 2020.

Haiti. Constituição disponível em <https://www.constituteproject.org/constitution/Haiti_2012.pdf?lang=en>. Acesso em: 25 nov. 2020.

Holanda. Constituição disponível em <<https://www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008>>. Acesso em: 25 nov. 2020.

Honduras. Constituição disponível em <<https://www.tsc.gob.hn/biblioteca/index.php/leyes/177-constitucion-de-la-republica-de-honduras>>. Acesso em: 25 nov. 2020.

Hungria. Constituição disponível em <https://www.kormany.hu/download/f/3e/61000/TheFundamentalLawofHungary_20180629_FIN.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2020.

Iêmen. Constituição disponível em <https://www.constituteproject.org/constitution/Yemen_2015.pdf?lang=en>. Acesso em: 25 nov. 2020.

Ilhas Marshall. Constituição disponível em <<https://rmiparliament.org/cms/constitution.html>>. Acesso em: 25 nov. 2020.

Ilhas Salomão. Constituição disponível em <<http://www.parliament.gov.sb/files/business&procedure/constitution.htm>>. Acesso em: 26 nov. 2020.

Índia. Constituição disponível em <<https://www.india.gov.in/my-government/constitution-india/constitution-india-full-text>>. Acesso em: 26 nov. 2020.

Indonésia. Constituição disponível em <https://www.constituteproject.org/constitution/Indonesia_2002.pdf?lang=en>. Acesso em: 26 nov. 2020.

Irã. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Iran_1989.pdf?lang=en>. Acesso em: 26 nov. 2020.

Iraque. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Iraq_2005.pdf?lang=en>. Acesso em: 26 nov. 2020.

Irlanda. Constituição disponível em <<https://www.gov.ie/en/publication/d5bd8c-constitution-of-ireland/>>. Acesso em: 26 nov. 2020.

Islândia. Constituição disponível em

<<https://www.government.is/publications/legislation/lex/?newsid=89fc6038-fd28-11e7-9423-005056bc4d74>>. Acesso em: 26 nov. 2020.

Israel. Constituição disponível em

<https://knesset.gov.il/constitution/ConstIntro_eng.htm>. Acesso em: 26 nov. 2020.

Itália. Constituição disponível em

<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2020.

Jamaica. Constituição disponível em

<<https://moj.gov.jm/sites/default/files/laws/Ja%20%28Constitution%29%20Order%20in%20Council%201962.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2020.

Japão. Constituição disponível em

<https://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html>. Acesso em: 27 nov. 2020.

Jordânia. Constituição disponível em <http://www.kinghussein.gov.jo/const_ch1-3.html>. Acesso em: 27 nov. 2020.

Kuwait. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Kuwait_1992.pdf?lang=en>. Acesso em: 27 nov. 2020.

Laos. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Laos_2003.pdf?lang=en>. Acesso em: 27 nov. 2020.

Lesoto. Constituição disponível em <<https://lesotholii.org/ls/legislation/num-act/1993/1>>. Acesso em: 27 nov. 2020.

Letônia. Constituição disponível em <<https://likumi.lv/ta/en/id/57980-the-constitution-of-the-republic-of-latvia>>. Acesso em: 27 nov. 2020.

Líbano. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Lebanon_2004.pdf?lang=en>. Acesso em: 27 nov. 2020.

Libéria. Constituição disponível em <<http://judiciary.gov.lr/wp-content/uploads/2017/11/CONSTITUTION-OF-THE-REPUBLIC-OF-LIBERIA.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2020.

Líbia. Constituição disponível em <https://www.constituteproject.org/constitution/Libya_2011.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2020.

Liechtenstein. Constituição disponível em <<https://www.llv.li/files/rdr/Verfassung-E-01-02-2014.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2020.

Lituânia. Constituição disponível em <<https://www.lrs.lt/home/Konstitucija/Constitution.htm>>. Acesso em: 27 nov. 2020.

Luxemburgo. Constituição disponível em <<http://data.legilux.public.lu/file/eli-etat-leg-recueil-constitution-20161020-fr-pdf.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2020.

Macedônia do Norte. Constituição disponível em <<https://www.sobranie.mk/the-constitution-of-the-republic-of-macedonia.nsp>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

Madagascar. Constituição disponível em <<http://www.justice.mg/lorganisation-judiciaire/les-principaux-textes-de-la-justice/constitution-extrait/>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

Malásia. Constituição disponível em <[http://www.agc.gov.my/agcportal/uploads/files/Publications/FC/Federal%20Consti%20\(BI%20text\).pdf](http://www.agc.gov.my/agcportal/uploads/files/Publications/FC/Federal%20Consti%20(BI%20text).pdf)>. Acesso em: 28 nov. 2020.

Malawi. Constituição disponível em <<https://www.opc.gov.mw/index.php/publications/malawi-constitution>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

Maldivas. Constituição disponível em <<https://presidency.gov.mv/Pages/Index/15>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

Mali. Constituição disponível em <https://www.constituteproject.org/constitution/Mali_1992.pdf?lang=en>. Acesso em: 28 nov. 2020.

Malta. Constituição disponível em <<http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=8566>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

Marrocos. Constituição disponível em <<http://www.maroc.ma/en/content/constitution>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

Maurícia. Constituição disponível em <<http://mauritiusassembly.govmu.org/English/constitution/Pages/Constitution.aspx>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

Mauritânia. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Mauritania_2012.pdf?lang=en>.

Acesso em: 28 nov. 2020.

México. Constituição disponível em

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf>.

Acesso em: 1 dez. 2020.

Moçambique. Constituição disponível em

<<https://www.portaldogoverno.gov.mz/por/Media/Files/Constituicao-da-Republica-PDF>>. Acesso em: 1 dez. 2020.

Moldávia. Constituição disponível em <<http://www.presedinte.md/eng/constitution>>.

Acesso em: 1 dez. 2020.

Mônaco. Constituição disponível em <[https://en.gouv.mc/Government-](https://en.gouv.mc/Government-Institutions/Institutions/Constitution-of-the-Principality)

[Institutions/Institutions/Constitution-of-the-Principality](https://en.gouv.mc/Government-Institutions/Institutions/Constitution-of-the-Principality)>. Acesso em: 1 dez. 2020.

Mongólia. Constituição disponível em

<https://www.conscourt.gov.mn/?page_id=842&lang=en>. Acesso em: 1 dez. 2020.

Montenegro. Constituição disponível em

<<http://www.skupstina.me/index.php/en/kontakt/2-uncategorised/67-the-constitution-of-montenegro>>. Acesso em: 1 dez. 2020.

Myanmar. Constituição disponível em <[https://www.president-](https://www.president-office.gov.mm/en/sites/default/files/myanmarconstitution2008mm.pdf)

[office.gov.mm/en/sites/default/files/myanmarconstitution2008mm.pdf](https://www.president-office.gov.mm/en/sites/default/files/myanmarconstitution2008mm.pdf)>. Acesso em: 1 dez. 2020.

Namíbia. Constituição disponível em

<https://www.gov.na/documents/10181/14134/Namibia_Constitution.pdf/37b70b76-c15c-45d4-9095-b25d8b8aa0fb>. Acesso em: 1 dez. 2020.

Nauru. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Nauru_1968.pdf?lang=en>. Acesso em: 1 dez. 2020.

Nepal. Constituição disponível em

<<http://www.lawcommission.gov.np/en/archives/category/documents/prevailing-law/constitution/constitution-of-nepal>>. Acesso em: 1 dez. 2020.

Nicarágua. Constituição disponível em

<<https://www.asamblea.gob.ni/assets/constitucion.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2020.

Nigéria. Constituição disponível em

<<https://www.justice.gov.ng/index.php/laws/constitution>>. Acesso em: 1 dez. 2020.

Noruega. Constituição disponível em <[https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/1814-05-](https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/1814-05-17?q=grunnloven)

[17?q=grunnloven](https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/1814-05-17?q=grunnloven)>. Acesso em: 1 dez. 2020.

Nova Zelândia. Constituição disponível em

<<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1986/0114/latest/DLM94204.html>>. Acesso em: 1 dez. 2020.

Omã. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Oman_2011.pdf?lang=en>. Acesso em: 1 dez. 2020.

Palau. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Palau_1992.pdf?lang=en>. Acesso em: 2 dez. 2020.

Palestina. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Palestine_2005.pdf?lang=en>. Acesso em: 2 dez. 2020.

Panamá. Constituição disponível em

<<https://www.asamblea.gob.pa/sites/default/files/2018-09/constitucion%201941.pdf>>. Acesso em: 2 dez. 2020.

Papua Nova Guiné. Constituição disponível em

<<http://www.parliament.gov.pg/images/misc/PNG-CONSTITUTION.pdf>>. Acesso em: 2 dez. 2020.

Paquistão. Constituição disponível em

<http://www.na.gov.pk/uploads/documents/1333523681_951.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2020.

Paraguai. Constituição disponível em

<https://www.bacn.gov.py/CONSTITUCION_ORIGINAL_FIRMADA.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2020.

Peru. Constituição disponível em

<<http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>>. Acesso em: 2 dez. 2020.

Polônia. Constituição disponível em

<<https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>>. Acesso em: 2 dez. 2020

Portugal. Constituição disponível em

<<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 2 dez. 2020.

Quênia. Constituição disponível em <<http://www.klrc.go.ke/index.php/constitution-of-kenya>>. Acesso em: 3 dez. 2020.

Quirguistão. Constituição disponível em

<<https://www.auca.kg/uploads/Kyrgyz%20Constitution%20->

%20adopted%20by%20referendum%2027%20Jun2010_f_EN.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2020.

Quiribati. Constituição disponível em
<https://www.constituteproject.org/constitution/Kiribati_2013.pdf?lang=en>. Acesso em: 3 dez. 2020.

Reino Unido. Constituição disponível em
<https://www.constituteproject.org/constitution/United_Kingdom_2013.pdf?lang=en>. Acesso em: 3 dez. 2020.

República Centro-Africana. Constituição disponível em
<https://constituteproject.org/constitution/Central_African_Republic_2016.pdf?lang=en>. Acesso em: 3 dez. 2020.

República Democrática do Congo. Constituição disponível em
<https://www.constituteproject.org/constitution/Congo_2015.pdf?lang=en>. Acesso em: 3 dez. 2020.

República Dominicana. Constituição disponível em
<https://www.constituteproject.org/constitution/Dominican_Republic_2015.pdf?lang=en>. Acesso em: 3 dez. 2020.

República Tcheca. Constituição disponível em
<<https://psp.cz/en/docs/laws/constitution.html>>. Acesso em: 3 dez. 2020

Romênia. Constituição disponível em <<http://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?id=371>>. Acesso em: 3 dez. 2020.

Ruanda. Constituição disponível em
<https://www.mininfra.gov.rw/fileadmin/user_upload/aircraft/RWANDA_CONSTITUTION_NEW_2015_Official_Gazette_no_Special_of_24.12.2015.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2020.

Rússia. Constituição disponível em <<http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>>. Acesso em: 3 dez. 2020.

Samoa. Constituição disponível em
<https://www.constituteproject.org/constitution/Samoa_2017.pdf?lang=en>. Acesso em: 3 dez. 2020.

San Marino. Constituição disponível em
<https://www.policinglaw.info/assets/downloads/1974_Constitution_of_San_Marino.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2020.

Santa Lúcia. Constituição disponível em
<<http://www.govt.lc/media.govt.lc/www/resources/legislation/ConstitutionOfSaintLucia.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2020.

São Cristóvão e Névis. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/St_Kitts_and_Nevis_1983.pdf?lang=en>. Acesso em: 5 dez. 2020.

São Tomé e Príncipe. Constituição disponível em <<http://www.parlamento.st/>>. Acesso em: 5 dez. 2020.

São Vicente e Granadinas. Constituição disponível em

<http://www.gov.vc/images/visitors/1979_constitution.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2020.

Seicheles. Constituição disponível em

<<http://www.gov.sc/documents/Constitution%20of%20Seychelles%20.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2020.

Senegal. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Senegal_2016.pdf?lang=en>. Acesso em: 5 dez. 2020.

Serra Leoa. Constituição disponível em <<http://www.statehouse-sl.org/constitution/>>.

Acesso em: 5 dez. 2020.

Sérvia. Constituição disponível em

<http://www.parlament.gov.rs/upload/documents/Constitution_%20of_Serbia_pdf.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2020.

Singapura. Constituição disponível em <<https://sso.agc.gov.sg/Act/CONS1963>>. Acesso em: 5 dez. 2020.

Síria. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Syria_2012.pdf?lang=en>. Acesso em: 5 dez. 2020.

Somália. Constituição disponível em <<https://moca.gov.so/provisional-constitution-2012/>>.

Acesso em: 5 dez. 2020.

Sri Lanka. Constituição disponível em

<<https://www.parliament.lk/files/pdf/constitution.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2020

Suazilândia. Constituição disponível em

<<http://www.gov.sz/images/stories/Constitution%20of%20%20SD-2005A001.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2020.

Sudão. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/Sudan_2019.pdf?lang=en>. Acesso em: 11 out. 2020.

Sudão do Sul. Constituição disponível em

<https://www.constituteproject.org/constitution/South_Sudan_2013?lang=en>. Acesso em: 11 out. 2020.

Suécia. Constituição disponível em <<https://www.riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-constitution-of-sweden-160628.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2020

Suíça. Constituição disponível em <<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html>>. Acesso em: 11 out. 2020.

Suriname. Constituição disponível em <https://www.constituteproject.org/constitution/Surinam_1992.pdf?lang=en>. Acesso em: 11 out. 2020.

Tailândia. Constituição disponível em <http://web.krisdika.go.th/data/outsitedata/outside21/file/Constitution_of_the_Kingdom_of_Thailand.pdf>. Acesso em: 11 out. 2020.

Tajiquistão. Constituição disponível em <https://www.constituteproject.org/constitution/Tajikistan_2003.pdf?lang=en>. Acesso em: 11 out. 2020.

Tanzânia. Constituição disponível em <https://www.constituteproject.org/constitution/Tanzania_2005.pdf?lang=en>. Acesso em: 11 out. 2020.

Timor-Leste. Constituição disponível em <http://timor-leste.gov.tl/wp-content/uploads/2010/03/Constituicao_RDTL_PT.pdf>. Acesso em: 11 out. 2020.

Togo. Constituição disponível em <https://www.constituteproject.org/constitution/Togo_2007.pdf?lang=en>. Acesso em: 11 out. 2020.

Tonga. Constituição disponível em <https://constituteproject.org/constitution/Tonga_2013.pdf?lang=en>. Acesso em: 11 out. 2020.

Trinidad e Tobago. Constituição disponível em <https://www.constituteproject.org/constitution/Trinidad_and_Tobago_2007.pdf?lang=en>. Acesso em: 11 out. 2020.

Tunísia. Constituição disponível em <https://www.constituteproject.org/constitution/Tunisia_2014.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

Turcomenistão. Constituição disponível em <https://constituteproject.org/constitution/Turkmenistan_2016.pdf?lang=en>. Acesso em: 12 out. 2020.

Turquia. Constituição disponível em <<https://www.anayasa.gov.tr/en/legislation/turkish-constitution/>>. Acesso em: 12 out. 2020.

Tuvalu. Constituição disponível em <http://tuvalu-legislation.tv/cms/images/LEGISLATION/PRINCIPAL/1986/1986-0001/ConstitutionofTuvalu_1.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020

Ucrânia. Constituição disponível em <https://www.constituteproject.org/constitution/Ukraine_2016.pdf?lang=en>. Acesso em: 12 out. 2020.

Uganda. Constituição disponível em <http://statehouse.go.ug/sites/default/files/attachments/Constitution_1995.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

Uruguai. Constituição disponível em <<https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>>. Acesso em: 1 nov. 2020

Uzbequistão. Constituição disponível em <<http://constitution.uz/en>>. Acesso em: 12 out. 2020.

Vanuatu. Constituição disponível em <<https://parliament.gov.vu/images/pdf/constitution.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2020

Vaticano. Constituição disponível em <http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/en/apost_constitutions/documents/hf_jp-ii_apc_22021996_universi-dominici-gregis.html>. Acesso em: 12 out. 2020.

Venezuela. Constituição disponível em <http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php>. Acesso em: 12 out. 2020.

Vietnã. Constituição disponível em <<http://www.parliament.gov.zm/node/4831>>. Acesso em: 12 out. 2020.

Zâmbia. Constituição disponível em <https://www.parlzim.gov.zw/component/k2/download/1290_da9279a81557040d47c3a2c27012f6e1>.

Zimbábue. Constituição disponível em <https://www.constituteproject.org/constitution/Zimbabwe_2013.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

Novas tecnologias, *Big Tech* e potenciais violações de Direitos Humanos

O caso dos sistemas de recomendação

Paula Guedes Fernandes da Silva

Sob orientação da Professora
Doutora Maria Filipa Pires Urbano Costa Calvão

Agradecimentos

Após quase dois anos de dedicação ao Mestrado em Direito Internacional e Europeu, a sensação nesta reta final é de muita gratidão por ter chegado até o final deste belíssimo percurso. Por isso, sinto-me inspirada a agradecer a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para esta caminhada.

Além de dedicar a integralidade deste trabalho à minha família, devo agradecer por todo amor e apoio incondicionais que recebo desde minha primeira respiração. Fundamentalmente, aos meus pais, Alba Valeria e Paulo Renato, muito obrigada por sempre acreditarem em mim e sonharem os meus sonhos. Vocês são meus exemplos e minhas inspirações, então, nada mais justo do que dedicar cada segundo das minhas conquistas aos dois. Muito obrigada por servirem de base, força e alicerce em todas as minhas lutas e vitórias.

Aos meus irmãos, Daniel e Gabriel, meus fiéis escudeiros, obrigada pelo companheirismo, cuidado e carinho que me auxiliaram em todo o caminho.

Aos meus avós, tios e primos, por estarem presentes nas minhas conquistas, enviando boas energias, mesmo à distância. Em especial, obrigada às minhas queridas avós, Sônia e Lizete, por toda torcida, apoio e afago.

À Sebastiana, obrigada por todo o cuidado e carinho, por ser praticamente uma mãe para mim e por me mimar diariamente com suas habilidades culinárias imbatíveis.

À minha sobrinha de quatro patas, Callie, por me roubar sorrisos sinceros e por me acalmar a alma com tanto amor e afeto sinceros.

Às minhas amigas-guerreiras de mestrado, Mayara, Natália, Patrícia e Susana, obrigada por todos os perrengues, risadas, conquistas e experiências de vida trocadas nesta trajetória acadêmica. Em especial, obrigada à May, minha neguinha, com quem me identifiquei desde o primeiro segundo, por tornar esse mundo tão pesado um local que ainda vale a pena acreditar e lutar.

Às minhas amigas de longa data, Aninha e Laurence. Vocês são a certeza de que a distância e o tempo nada mudam o carinho e a intimidade quando a amizade é verdadeira. Obrigada por serem as irmãs que eu escolhi ter já há quase duas décadas.

Às amigas de tempos de PUC e EMERJ, Isabela, Laís e Luiza, obrigada pela amizade ainda tão jovem, mas tão pura e sincera. Agradeço eternamente por trazerem leveza e muitos sorrisos em dias difíceis e por terem me mantido nutrida de amor e carinho mesmo com um oceano de distância.

Aos meus poucos, mas bons amigos colecionados ao longo dos tempos, seja na escola, faculdade ou pelas aleatoriedades da vida, obrigada por me ajudarem a levar a vida um pouco menos a sério, pelos momentos de descontração e felicidade.

Ao Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS-Rio), por desempenhar um papel tão importante na proteção de direitos humanos na era digital. Agradeço por me

aproximarem das temáticas que envolvem Direito e Novas Tecnologias, que tanto me apaixonam, e por me proporcionarem oportunidades de aprofundamento em cursos de especialização e na seleção para o grupo de pesquisa.

Ao Grupo de Pesquisa em Direito e Tecnologia do ITS-Rio, por todas as trocas de conhecimento, *insights* e por compartilharem comigo a luta por um mundo onde a tecnologia funcione em prol do ser humano e de seus direitos. Em especial, obrigada à Priscilla Silva, por me orientar desde os tempos de monografia, por toda a confiança e inspiração em ser uma profissional de *lawtech* extremamente capacitada e empoderada.

Ao Eduardo Magrani, por ser uma inspiração e referência no tema de proteção de dados e novas tecnologias, mas, principalmente, por me apresentar a problemática dos sistemas de recomendação. Obrigada por todas as trocas de conhecimento, pela paciência, confiança e pela oportunidade de aprender com você.

À Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto, por aprofundar meus conhecimentos a respeito do Direito Europeu e Internacional. Obrigada pela oportunidade de cursar um mestrado tão qualificado e renomado com a atribuição de Bolsa de Mérito, o que me fez buscar, ainda mais, o caminho da excelência.

Por último, mas não menos importante, obrigada à minha querida orientadora, a professora Filipa Urbano Calvão, por todo o aprendizado, sugestões e orientações ao longo da escrita desta investigação. Obrigada pela confiança no meu trabalho e pela oportunidade de aprofundar meus conhecimentos com uma profissional extremamente qualificada na área que tanto me inspira – a proteção de dados pessoais.

Resumo

Os sistemas de recomendação são ferramentas de inteligência artificial de filtragem de informações que buscam melhorar a experiência individual online ao indicar itens personalizados de acordo com as preferências, comportamentos e interesses extraídos dos dados dos usuários. Apesar de potencialmente benéfica, a atual forma de funcionamento cria riscos aos direitos humanos.

Amparado em análise de doutrina jurídica internacional, busca-se possíveis soluções e estratégias de mitigação dos efeitos danosos causados pelos sistemas de recomendação, principalmente em termos de violações de privacidade, diminuição da autonomia, manipulação, enfraquecimento de processos democráticos e discriminação.

Nesse ambiente complexo, além da regulação jurídica em termos de proteção de dados, uma abordagem multidisciplinar e multisetorial, com base em princípios éticos, medidas educacionais, soluções tecnológicas e estratégias mercadológicas, que colocam o ser humano no centro da questão, parece ser ideal para minimizar os riscos e potencializar os benefícios da utilização desses sistemas.

Palavras-chave: inteligência artificial; sistemas de recomendação; perfilamento; decisões automatizadas; direitos humanos; proteção de dados.

Abstract

Recommender systems are artificial intelligence tools for filtering information that seek to improve the individual online experience by recommending personalized items, based on preferences, behaviours and interests extracted from users' data. Although potentially beneficial, the current implementation of these systems creates risks to human rights.

Supported by an analysis of international legal doctrine, this work intends to seek possible solutions and strategies to mitigate the harmful effects caused by recommendation systems, mainly in terms of privacy violations, decreased autonomy, manipulation, impairment of democratic processes and discrimination.

In this complex environment, in addition to legal regulation in terms of data protection, a multidisciplinary and multisectoral approach, based on ethical principles, educational measures, and technological solutions and marketing strategies, which place the human being at the centre of the issue, seems to be ideal for minimizing risks and enhancing the benefits of using these systems.

Keywords: artificial intelligence; recommender systems; profiling; automated decision-making; human rights; data protection.

Lista de siglas e abreviaturas

AM	Aprendizado de Máquina
CE	Comissão Europeia
DH	Direitos Humanos
EDPS	<i>European Data Protection Supervisor</i> (Autoridade Europeia para a Proteção de Dados)
GPAN IA	Grupo de Peritos de Alto Nível sobre a Inteligência Artificial
IA	Inteligência Artificial
IOT	<i>Internet of Things</i> (Internet das Coisas)
OCDE	Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômicos
RGPD	Regulamento Geral de Proteção de Dados
SR	Sistemas de Recomendação
UNICEF	Fundo das Nações Unidas para a Infância
WP29	<i>Article 29 Data Protection Working Party</i> (Grupo de Trabalho do Artigo 29.º sobre a Proteção de Dados)

Índice

Introdução	8
1. O uso de Inteligência Artificial para recomendação de conteúdo	10
1.1 O que são sistemas de recomendação?	11
1.2 Modelos de sistemas de recomendação	13
1.3 Monitoramento de comportamentos, criação de perfis e direcionamento automatizado de recomendações	15
1.4 Conclusões do capítulo	17
2. O impacto dos sistemas de recomendação nos direitos humanos	18
2.1 Privacidade e Proteção de Dados	19
2.2 Diminuição da autonomia individual	20
2.3 Manipulação e enfraquecimento do processo democrático	23
2.4 Discriminação (bias)	25
2.5 Opacidade algorítmica	27
2.6 Conclusões do capítulo	29
3. Possíveis soluções para os problemas associados aos sistemas de recomendação	30
3.1 Regulação legal	30
3.2 Para além do Direito	38
Conclusão	43
Bibliografia	45

Introdução

De acordo com a CE, a IA, em rápida e constante evolução, é uma das tecnologias mais importantes da economia baseada em dados.¹ Como consequência, técnicas de IA são utilizadas para otimizar a experiência online, por exemplo, por meio de sistemas de recomendação. Essa ferramenta é uma forma de filtragem de informações utilizada para recomendar itens personalizados para usuários de plataformas digitais, de acordo com perfis comportamentais criados a partir de suas características, interesses e necessidades extraídas da análise de seus dados.

No atual mundo hiperconectado, os sistemas de recomendação são uma das aplicações mais difundidas e eficazes da IA, sendo essenciais para o funcionamento de grandes empresas de tecnologia, como empreendimentos de *e-commerce* (*Amazon* e *eBay*), provedores de conteúdo digital e *streaming* (*Netflix*, *Spotify* e *YouTube*) e até redes sociais (*Facebook* e *Instagram*).² Mesmo quando não estamos totalmente cientes de sua presença, essa tecnologia onipresente já molda nossos comportamentos e escolhas, tratando dados pessoais fornecidos ou inferidos de nossos comportamentos e gostos para prever e recomendar itens personalizados que possam ser de nosso interesse.

Apesar dos benefícios e comodidades trazidos pelos SR, esta ferramenta traz questões éticas e riscos significativos para as pessoas, pois pode reduzir a autonomia individual, manipular comportamentos, recomendar itens discriminatórios, ser baseada em processamento ilegal de dados, o que viola a privacidade e a proteção de dados, e ainda desenvolvida em desacordo com princípios de transparência e explicabilidade. Devido à sobrecarga de informações e lucros gerados para seus provedores, é provável que esses sistemas sejam ainda mais implementados nos próximos anos.

O presente trabalho visa, então, tratar dos riscos associados à utilização de sistemas de recomendação na era digital, propondo possíveis soluções e mitigações. E, com esse fito, tomam-se por referência os DH, enquanto expressão universal de dimensões fundamentais do ser humano e que se concretizam em meios e procedimentos reconhecidos pelo Direito Internacional para contestar as ações dos atores mais poderosos, como Estados e empresas. Para isso, recorreu-se a uma profunda pesquisa jurídica em fontes de informação vinculada ao tema, vindas da Doutrina, instituições europeias e organizações internacionais, além de artigos técnicos que auxiliaram no entendimento da tecnologia objeto deste estudo.

Primeiramente, o capítulo 1 fará uma breve introdução a respeito dos sistemas de recomendação baseados em IA para entendermos seus benefícios, modelos, forma de funcionamento e processos desempenhados. Em seguida, o capítulo 2 abordará alguns dos impactos desses sistemas nos direitos humanos, lidando, por exemplo, com questões

¹ Comissão Europeia, 2020a, p. 1.

² Sahu & Singh, 2019, p. 1.

vinculadas à proteção de dados, autonomia, não-discriminação e processo democrático. Por fim, o capítulo 3 analisará possíveis soluções para os problemas ético-jurídicos gerados pela implementação de SR, o que inclui o Direito, principalmente a regulação de proteção de dados, mas também propostas alternativas vindas da ética, da sociedade, do setor privado e da própria tecnologia.

Logo, o estudo pretende reconstruir o debate e trazer novos *insights* de como sistemas de recomendação operam e impactam nossas vidas por meio de influências sutis que moldam nossos comportamentos, interesses e gostos. Para isso, será necessária uma abordagem jurídica, mas também interdisciplinar, para que seja possível compreender suas problemáticas e, assim, sugerir soluções. O objetivo principal não é esgotar o tema, mas conscientizar sobre o impacto e os riscos potenciais desses sistemas, estabelecendo, ao fim, diretrizes éticas e legais a serem implementadas por diferentes campos da sociedade.

1. O uso de Inteligência Artificial para recomendação de conteúdo

Com a crescente evolução tecnológica e o aumento de dispositivos conectados à internet, vivemos em um mundo hiperconectado capaz de produzir fluxos informacionais em quantidade e velocidade antes nunca imaginados, onde os dados tornaram-se ativo econômico.³ Diante desta enorme disponibilidade de dados online (*big data*),⁴ decisões, antes feitas por seres humanos, foram delegadas para algoritmos de inteligência artificial que influenciam e até mesmo decidem sobre a vida das pessoas.⁵

Em poucas palavras, a IA é uma tecnologia composta por dados, algoritmos e poder computacional, considerada uma das ferramentas mais importantes na atual economia de dados.⁶ Apesar de ainda não existir consenso sobre sua definição, é entendida como um campo interdisciplinar de estudo, abrangendo diferentes técnicas, como é o caso do aprendizado de máquina (*machine learning*), em que os algoritmos “aprendem” a partir de dados de treinamento para fornecer resultados otimizados,⁷ muitas vezes não previstos ou explicáveis pelos seus programadores.

Desta forma, em um cenário de sobrecarga de informações (*information overload*), o indivíduo enfrenta dificuldades no que tange a tomada de decisões na internet e a descoberta de itens compatíveis com as particularidades e gostos individuais. Nesse contexto, os sistemas de recomendação, criados a partir de técnicas de IA, surgem como uma solução tecnológica para uma melhor experiência online ao auxiliar na identificação de itens potencialmente interessantes para cada usuário.⁸

Essas modernas tecnologias digitais estão sendo usadas por grandes empresas de tecnologia (*big tech*)⁹ para coletar, processar, utilizar e compartilhar dados de milhões de pessoas para discernir padrões, prever comportamentos prováveis e direcionar recomendações de conteúdo, produtos e serviços específicos para determinados indivíduos-alvo de acordo com seus gostos, necessidades, interesses e motivações.¹⁰ Esse direcionamento (*microtargeting*) de recomendações é possível principalmente em razão da criação

³ Bioni, 2019a.

⁴ *Big Data* são grandes conjuntos complexos de dados criados como consequência da coleta massiva de dados que se tornou possível graças à presença (onipresente) de dispositivos e sensores ligados a objetivos da vida cotidiana e ao número crescente de pessoas conectadas à internet e a essas tecnologias. Atualmente, este conjunto de dados está sendo caracterizado por 6 Vs: volume, variedade, velocidade, veracidade, variabilidade e valor; Access Now, 2018, p. 8; Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro – ITS-Rio, 2016, p. 9; Almohsen & Kadhim, 2015, p. 1553.

⁵ Mittelstadt et al., 2016, p. 1.

⁶ Comissão Europeia, 2020a, pp. 1-2.

⁷ Access Now, 2018, pp. 8-9.

⁸ Felfernig, Friedrich & Schmidt-Thieme, 2007, p. 18.

⁹ *Big Tech* é o termo utilizado para designar as grandes empresas de tecnologia, como *Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft* (GAFAM), detentoras de grande poder de influência sobre as pessoas. São também chamadas de *Big Five*; Computer Language Encyclopedia. <https://www.computerlanguage.com/results.php?definition=Big+Tech>, consult. em 17/Jan/2021.

¹⁰ Ebers, 2019, p. 4.

automatizada de perfis (*profiling*) a partir dos dados fornecidos pelos usuários ou coletados por técnicas de rastreamento (*tracking technologies*),¹¹ como passaremos a analisar.

1.1. O que são sistemas de recomendação?

O crescimento da internet como meio para transações comerciais, conjuntamente com o uso de técnicas sofisticadas de IA para análise da enorme disponibilidade de dados, serviu como catalisador para a criação dos primeiros sistemas de recomendação a partir dos anos 1990.¹² Tais tecnologias foram aplicadas pela primeira vez no *e-commerce* para auxiliar no problema de sobrecarga de informações, mas expandiram-se para outras áreas personalizáveis. Atualmente, os SR são um recurso indispensável em sites e plataformas digitais,¹³ como *Amazon*, *YouTube*, *Google*, *Netflix*, *Spotify*, *Facebook*, *LinkedIn*, dentre muitos outros.

Essas ferramentas são uma espécie de sistema de filtragem de informações baseado em algoritmos de inteligência artificial, cuja função principal é a de fornecer recomendações personalizadas, relacionadas às preferências, gostos, necessidades e hábitos pessoais do indivíduo-alvo.¹⁴ Em outras palavras, os sistemas de recomendação auxiliam os usuários na identificação de produtos ou serviços que lhe sejam relevantes, especialmente em situações em que a quantidade e a complexidade das ofertas superam a capacidade de um usuário encontrá-las e tomar uma decisão por si só.¹⁵

Assim, a partir de IA, principalmente aprendizado de máquina, esses sistemas aprendem sobre comportamentos e padrões anteriores dos usuários para prever preferências atuais e, então, recomendar itens específicos.¹⁶ Nessas ferramentas, a entidade para qual a recomendação é direcionada é chamada de “usuário”, enquanto o resultado recomendado é chamado de “item”, o que pode incluir uma diversidade de conteúdos, produtos ou serviços.¹⁷ Desta forma, a partir de diferentes fontes de dados, como histórico de compras e de busca, *feedbacks* de avaliações e o próprio comportamento nas plataformas, inferências sobre os interesses dos usuários são feitas para lhe indicar itens de provável interesse.¹⁸

Da perspectiva das plataformas e empresas que fornecem os sistemas de recomendação, o principal objetivo a ser alcançado pela utilização desta ferramenta é o aumento de lucros, seja por meio do crescimento do tempo de atenção do usuário, do número de vendas de produtos e serviços ou até mesmo atração de novos usuários (e, conseqüentemente, mais

¹¹ Ebers, 2019, pp. 4-5.

¹² Aggarwal, 2016, p. xvii.

¹³ Zhang, Lu & Jin, 2020, p. 2.

¹⁴ Mazeh & Shmueli, 2020, p. 1; Kanoje, Girase & Mukhopadhyay, 2015, p. 1.

¹⁵ Felfernig, Friedrich & Schmidt-Thieme, 2007, p. 18.

¹⁶ Zhang, Lu & Jin, 2020, p. 1.

¹⁷ Aggarwal, 2016, pp. 4-8.

¹⁸ Aggarwal, 2016, p. 1.

dados para alimentar o sistema). Para atingir tal finalidade, os sistemas de recomendação enquadram-se em padrões operacionais e técnicos de relevância, novidade, serendipidade e diversidades dos itens recomendados.¹⁹

Mesmo quando os usuários não possuem ciência de sua utilização, os sistemas de recomendação já moldam nosso dia a dia, principalmente nas áreas de *e-commerce* e moderação de conteúdo em plataformas de mídia social.²⁰ Indicações como “pessoas que você talvez conheça” do *Facebook*, “outros filmes que você possa gostar” do *Netflix*, “vídeos recomendados” do *YouTube* e até “clientes que visualizaram este item, também visualizaram” da *Amazon*, são exemplos claros de como essa ferramenta já domina nossas escolhas, desde filmes, vídeos, músicas, notícias a amigos em mídias sociais.

Nesse sentido, os algoritmos de recomendação são implementados em plataformas e lojas online, sendo considerados uma das principais tecnologias habilitadoras do *e-commerce*.²¹ Porém, sua aplicação crescente já abrange maiores complexidades e contextos mais sensíveis, como é o caso dos sistemas que fornecem indicações de turismo, rotas e hospedagem, alertas de vagas de trabalho e até mesmo recomendações de bem-estar e hábitos mais saudáveis. Ainda, os sistemas de recomendação são ferramentas valiosas no domínio da IoT,²² uma vez que auxiliam na identificação eficiente de artefatos relevantes.²³

Desta forma, no cenário de infraestrutura IoT, o SR não precisa depender apenas das preferências do usuário, mas considera também fontes diversas de dados. Por exemplo, recomendações de alimentos baseadas na disponibilidade de itens em uma geladeira inteligente e em informações extraídas de aplicativos de saúde ligados a *wearables*, como batimentos cardíacos, dieta pessoal, informação de consumo alimentar nos últimos dias e histórico de prática esportiva.²⁴

Esta enorme disponibilidade de dados presentes em dispositivos de IoT possibilita a compreensão mais profunda das preferências e comportamentos do usuário, o que aumenta a qualidade de predição dos algoritmos de recomendação.²⁵ Ademais, com os avanços de poder computacional e algorítmico, principalmente por meio de aprendizagem de máquina, os algoritmos de recomendação tornam-se cada vez mais eficazes, já que conseguem aprender a partir da análise dos dados comportamentais do usuário.

¹⁹ Aggarwal, 2016, pp. 3-4.

²⁰ Aggarwal, 2016, pp. 4-8.

²¹ Felfernig, Friedrich & Schmidt-Thieme, 2007, p. 18.

²² De acordo com Relatório da OCDE, a IoT inclui todos os dispositivos e objetos cujo estado pode ser alterado pela internet, com ou sem envolvimento ativo de indivíduos, excluindo, porém, *laptops*, *tablets* e *smarphones*, considerados parte da “internet tradicional”; OECD, 2018, p. 10.

²³ Felfernig et al., 2018, p. 285.

²⁴ Felfernig et al., 2018, p. 288.

²⁵ Felfernig et al., 2018, p. 288.

1.2 Modelos de sistemas de recomendação

Atualmente, diferentes modelos de aprendizagem são utilizados nos sistemas de recomendação. Os mais frequentes são os métodos de filtragem colaborativa (*collaborative filtering*), baseados no conteúdo (*content-based*) e baseados no conhecimento (*knowledge-based*), apesar de existirem também modelos híbridos, que misturam diferentes abordagens, e especializados, projetados para contextos e domínios específicos.²⁶ Cada um destes modelos possui pontos fortes e fracos, o que faz com que cada SR opte pelo método que mais lhe adequue, de acordo com os dados de entrada (*input*) e os objetivos esperados.²⁷

Em resumo, os sistemas de filtragem colaborativa baseiam-se nos dados de usuários terceiros para prever dados ausentes de um usuário específico, desde que os comportamentos passados sejam semelhantes.²⁸ Por exemplo, se dois clientes compraram e classificaram um determinado produto no passado da mesma forma, itens comprados e positivamente avaliados por apenas um deles podem ser recomendados para o outro.²⁹ Basicamente, as recomendações são feitas com base nas semelhanças entre as preferências de determinado indivíduo e os demais usuários do sistema.³⁰

Já no método baseado no conteúdo, este desempenha um papel primordial no processo de recomendação. A premissa básica é que os dados de interesse do usuário em determinado conteúdo, como avaliações e buscas frequentes, são combinados com as propriedades e atributos dos itens que eles classificaram ou acessaram no passado para criar seu perfil e, assim, fazer novas previsões e recomendações.³¹ Esses sistemas focam nas próprias classificações do usuário-alvo e nos atributos dos itens apreciados por ele, o que diminui as chances de indicações de itens não esperados ou fortuitos.³²

Uma estrutura diferente é a dos sistemas baseados em conhecimento, em que os próprios usuários especificam seus interesses, que são combinadas com dados adicionais da plataforma, como informações sobre itens, marketing e vendas.³³ Esse modelo é geralmente projetado para domínios altamente personalizados, principalmente quando os itens não são acessados com tanta frequência e os usuários desejam especificar seus requisitos de interesse, como seria o caso da aquisição de imóveis, serviços financeiros, automóveis ou computadores.³⁴

²⁶ Aggarwal, 2016, p. 8.

²⁷ Aggarwal, 2016, p. 19.

²⁸ Aggarwal, 2016, p. 2.

²⁹ Felfernig, Friedrich & Schmidt-Thieme, 2007, p. 18.

³⁰ Nadee, 2016, p. 25.

³¹ Aggarwal, 2016, pp. 2 e 163.

³² Aggarwal, 2016, p. 139.

³³ Aggarwal, 2016, pp. 2 e 18; Felfernig, Friedrich & Schmidt-Thieme, 2007, pp. 18-19.

³⁴ Aggarwal, 2016, pp. 15, 168 e 195.

Modelo	Objetivo conceitual	Dado de entrada (input)
Colaborativo	Recomendações baseadas em abordagem colaborativa que mescla avaliações e ações individuais com as de terceiros.	Avaliações do usuário + avaliações da comunidade.
Baseado no conteúdo	Recomendações baseadas no conteúdo (atributos) de itens que o usuário anteriormente aprovou em suas ações e avaliações.	Avaliações do usuário + atributos dos itens.
Baseado em conhecimento	Recomendações baseadas em especificações explícitas do conteúdo que o usuário deseja obter.	Especificações do usuário + atributos dos itens + conhecimento do domínio em questão.

Tabela 1 – Os três principais métodos básicos utilizados em sistemas de recomendação³⁵

Conforme a tabela acima, diferentemente dos modelos baseados em conteúdo e filtragem colaborativa, estruturados em dados históricos, o método baseado em conhecimento se funda em orientações diretas fornecidas pelos usuários, que detém maior controle sobre o processo, o que permite maior customização das recomendações.³⁶

Ao conjugar essas variadas abordagens, utilizando diferentes fontes de dados e de poder algorítmico de vários tipos de SR, sistemas híbridos tentam aproveitar vantagens de cada uma delas para criar um modelo com maior robustez geral para inferir preferências individuais.³⁷ Ainda, em alguns domínios, diferentes informações contextuais, como dados sociais, temporais ou de localização, são levados em consideração ao fazer recomendações, o que pode aumentar a eficácia do sistema.³⁸

Nos últimos anos, sistemas de recomendação foram integrados em diferentes cenários, como em ferramentas de publicidade computacional e mecanismos de busca, principalmente porque ambos os domínios se tornaram igualmente personalizados.³⁹ Em outras palavras, páginas de busca, como o *Google*, e serviços de propaganda automatizada, como *Google Ads* e *Facebook Ads*, são hoje baseados em dados e interesses pessoais do usuário, de forma a lhe direcionar, respectivamente, resultados de busca e publicidade personalizados.⁴⁰ Esse cenário

³⁵ Aggarwal, 2016, p. 169.

³⁶ Aggarwal, 2016, p. 168.

³⁷ Aggarwal, 2016, pp. 199 e 221.

³⁸ Aggarwal, 2016, pp. 225-226.

³⁹ Aggarwal, 2016, pp. 309, 342 e 440.

⁴⁰ Fayyaz et al., 2020, p. 11.

evidencia o papel primordial que a identificação do usuário e posterior personalização assumem para o bom desempenho dos sistemas de recomendação na atualidade, como passaremos a analisar.

1.3 Monitoramento de comportamentos, criação de perfis e direcionamento automatizado de recomendações

Em regra, o envio de recomendações por SR é baseado nos padrões definidos no perfil do usuário ou do grupo de usuários, o que torna a personalização ou perfilamento (*profiling*) um dos principais elementos das tecnologias de recomendação, uma vez que dão acesso às informações relevantes do usuário para auxiliar na classificação e ranqueamento de itens de acordo com os interesses individuais.⁴¹

Em poucas palavras, o perfil é um conjunto de dados pessoais relativos a um determinado indivíduo, explicitamente fornecidos ou implicitamente inferidos de seus comportamentos online, que, após processados, podem descrever características, interesses, necessidades e preferências pessoais.⁴² Nesse sentido também está o art. 4.º, n.º 4 do RGPD, que define o *profiling* como uma forma de tratamento automatizado de dados pessoais que envolve o uso desses dados para analisar ou prever aspectos relacionados com características de um determinado indivíduo, como desempenho profissional, situação econômica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações.

Desta forma, a maioria dos sistemas de recomendação precisa definir um perfil ou modelo de usuário para identificar suas necessidades e, a partir delas, indicar conteúdo relevante.⁴³ Os itens disponíveis, em uma gama de opções, são classificados e ranqueados para os indivíduos de acordo com seu perfil, que reflete os interesses expressos ou inferidos das análises de dados.⁴⁴ Uma vez que a criação de perfis afeta o desempenho dos sistemas de recomendação, essa etapa deve representar os interesses contemporâneos dos usuários de forma precisa e eficaz.⁴⁵

⁴¹ Kanoje, Girase & Mukhopadhyay, 2015, p. 1.

⁴² Luo et al., 2014, p. 245.

⁴³ Nadee, 2016, p. 15.

⁴⁴ Mazeh & Shmueli, 2020, p. 1.

⁴⁵ Nadee, 2016, p. 16.

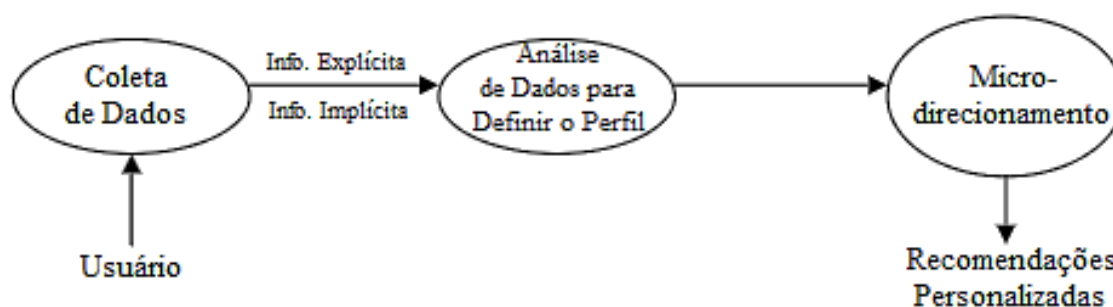


Figura 1 – Visão geral da personalização baseada em perfil de usuário para recomendar conteúdo⁴⁶

Apesar da definição de perfis em SR variar de acordo com o modelo algorítmico escolhido, em geral, o processo de personalização de recomendação envolve três etapas principais: (a) coleta de dados pessoais do usuário (explícita ou implicitamente); (b) análise de dados para representação e definição do perfil; (c) utilização do perfil baseado em dados pessoais para oferecimento de serviços e produtos personalizados e direcionados.⁴⁷

a. Coleta de dados dos usuários (explícita ou implicitamente)

A primeira etapa de personalização envolve a identificação única do usuário e posterior coleta de suas informações, já que, para recomendar itens relevantes ou necessários, os sistemas precisam conhecer o usuário-alvo. Os dados podem ser explicitamente fornecidos ou inferidos por análises algorítmicas em técnicas de rastreo, o que é conhecido, respectivamente, como *feedback* explícito e implícito.⁴⁸

Quando os dados são obtidos explicitamente, as informações são fornecidas pelos próprios usuários em formulário de registro, questionários, *feedbacks* de classificação ou por meio de rastreo de consultas, por exemplo. Nesse âmbito, incluem-se indicações de interesses e preferências (como tópicos de interesse e marcas de preferência), informações demográficas (como gênero, idade, endereço e profissão) e opiniões (como comentários e avaliações). Apesar de sua efetividade, a coleta de informações explícita requer a atuação proativa do usuário em fornecer suas informações ou mesmo informações acuradas.⁴⁹

Por isso, informações implícitas dos usuários são frequentemente coletadas, extraídas de seu comportamento online para inferir suas preferências, necessidades e gostos, o que é feito geralmente de forma automatizada por técnicas de IA. Esses dados podem ser recolhidos, por exemplo, por meio do monitoramento de cliques, *logs* de uso da web, histórico de navegação, *browser agents* e registro de compras,⁵⁰ o que requer o rastreamento do comportamento do usuário online (*behavioural tracking*), por exemplo, por meio do

⁴⁶ Gauch et al., 2007, p. 56.

⁴⁷ Gauch et al., 2007, p. 56.

⁴⁸ Gauch et al., 2007, pp. 54-63; Nadee, 2016, pp. 20-24.

⁴⁹ Nadee, 2016, pp. 20-21.

⁵⁰ Gauch et al., 2007, pp. 54-63; Nadee, 2016, pp. 20-24.

armazenamento de testemunhos de conexão (*cookies*) ou dispositivos análogos nos equipamentos terminais.⁵¹

b. Análise de dados para construção e representação do perfil do usuário

Após a coleta de dados, os perfis podem ser construídos a partir de diferentes modelos algorítmicos para tratamento automatizado dos dados pessoais, baseados na representação do perfil, que é a conversão dos dados obtidos em regras de associação, rede semântica, palavras-chaves, etiquetas (*tags*) ou conceitos, vinculando os usuários aos itens recomendáveis.⁵²

Desta forma, o perfil pode ser definido manualmente pelos próprios usuários ou por especialistas, mas técnicas automatizadas de IA, como o aprendizado de máquina, são majoritariamente utilizadas devido aos maiores níveis de eficiência.⁵³ No caso da coleta implícita de dados, tais processos automatizados são ainda mais essenciais para prever e inferir certos padrões de gostos e de características pessoais dos dados de comportamento monitorados.⁵⁴

c. Exploração dos dados dos usuários em perfis para filtragem e posterior recomendação de conteúdo personalizado

Com o perfil definido, ele é usado para direcionar recomendações de conteúdo, produtos e serviços personalizados para o usuário-alvo, de acordo com seus dados de interesse, gostos e preferências,⁵⁵ explícita ou implicitamente obtidos nas etapas anteriores. Esse direcionamento de conteúdo é conhecido como *behavioural microtargeting* ou microdirecionamento de comportamento.

1.4 Conclusões do capítulo

Portanto, com a grande disponibilidade de dados pessoais na internet, os provedores de SR rastreiam as extensas e detalhadas pegadas digitais do usuário-alvo, o que permite que decisões automatizadas, baseadas em perfis criados algoritmicamente, sejam tomadas para direcionar as escolhas dos usuários. A partir de recomendações de conteúdo, produtos e serviços, os comportamentos individuais são orientados e moldados em determinada direção. Esse processo algorítmico de microdirecionamento comportamental é usado como uma estratégia de negócios promissora para publicidade, mas não se limita a ela.⁵⁶

Assim, os sistemas de recomendação são classificados como sistemas de filtragem de informações que auxiliam e orientam o processo de decisão online. Em outras palavras, por

⁵¹ Shulga-Morkaya, 2019, p. 8.

⁵² Gauch et al., 2007, p. 73.

⁵³ Gauch et al., 2007, p. 73.

⁵⁴ Ebers, 2019, p. 29.

⁵⁵ Ebers, 2019, p. 29.

⁵⁶ Ebers, 2019, p. 29.

mais que a palavra final de seguir ou não a recomendação algorítmica seja do usuário, essa tecnologia busca direcionar ou guiar os processos de tomada de decisão individual de maneiras identificadas pelo algoritmo como “ótimo”, isto é, de acordo com os padrões do perfil automaticamente criado pelo sistema, oferecendo sugestões compatíveis.⁵⁷

Apesar dos claros benefícios proporcionados por esses sistemas, o que inclui maior conveniência, gerência do tempo, organização e acesso a informações potencialmente relevantes, o impacto da criação de perfis para análise preditiva de recomendações não é desprezível, já que o conhecimento criado é posteriormente usado para tomar decisões (automatizadas ou não) sobre uma pessoa ou grupo,⁵⁸ além de influenciá-la em determinada direção. O direcionamento de conteúdo em SR, por exemplo, pela criação do *feed* de notícias em determinada ordem em plataformas de mídias sociais ou até mesmo pela indicação de algum produto em sites de compra, pode interferir no comportamento real dos indivíduos, potencialmente gerando manipulação do ambiente online.⁵⁹ É o que se analisa no capítulo seguinte.

⁵⁷ Yeung, 2017, p. 121.

⁵⁸ European Data Protection Supervisor, 2018, p. 9.

⁵⁹ European Data Protection Supervisor, 2018, p. 9.

2. O impacto dos sistemas de recomendação nos direitos humanos

Dito isso, conforme previamente exposto, o processamento de *big data* por meio de técnicas sofisticadas de inteligência artificial para recomendar itens de interesse é responsável pela criação de inferências e previsões sobre o comportamento, gostos, preferências e decisões dos indivíduos, o que cria oportunidades para a tomada de decisão e criação de perfis discriminatórios, enviesados e invasivos da privacidade.⁶⁰ Em meio à sociedade de vigilância, esta coleta e análise de informações pessoais pelos SR, somadas às técnicas de definição de perfis e direcionamento de conteúdo personalizado, são potencialmente violadoras de DH.⁶¹

Como os DH são também interdependentes e interrelacionados, a IA em sistemas de recomendação tem o potencial de afetar todos os direitos humanos reconhecidos internacionalmente. Ainda, por mais que as questões de direitos humanos afetadas pelos SR não sejam exclusivas de sua utilização, a capacidade desses sistemas de realizar tratamentos de grandes volumes de dados para inferir necessidades, gostos e interesses individuais, influenciando comportamentos e a tomada de decisão de indivíduos e sociedades, amplia o potencial de abusos aos direitos humanos em escala e escopo, principalmente em relação a populações marginalizadas.⁶²

2.1 Privacidade e Proteção de Dados

Em um mundo em que o fluxo de informações aumenta exponencialmente, ao mesmo tempo em que tecnologias mais potentes geram novas ameaças ao ser humano, o direito à privacidade ganhou novos contornos, para além da proteção da vida privada e do direito de estar só. As demandas que moldam o perfil da privacidade hoje são também relacionadas à informação pessoal, visto que a exposição indesejada de um indivíduo se dá com maior frequência por meio da exposição de seus dados pessoais, que nos identificam e indicam aspectos da nossa personalidade.⁶³

Por isso, questões relacionadas a privacidade e proteção de dados são um dos maiores desafios das tecnologias de recomendação,⁶⁴ já que esses sistemas necessitam de uma enorme quantidade de informações pessoais e de comportamento dos usuários para alcançar uma percepção profunda de suas preferências e, assim, prever itens de interesse.⁶⁵ Por isso, técnicas algorítmicas implementadas em SR para rastrear e coletar dados, criar perfis e direcionar recomendações representam preocupações significativas no que tange a privacidade e a proteção dos dados pessoais.⁶⁶

⁶⁰ Watcher & Mittelstadt, 2019, pp. 1-2.

⁶¹ Nissenbaum, 2010, p. 83.

⁶² Access Now, 2018, p. 18.

⁶³ Doneda, 2019, p. 21.

⁶⁴ Milano, Taddeo & Floridi, 2019, p. 8.

⁶⁵ Qin & Liu, 2020, p. 2.

⁶⁶ Kobsa, 2007, p. 628.

Riscos podem advir de diferentes operações impróprias, tanto internas como externas, a exemplo, respectivamente, da coleta ou compartilhamento de dados pessoais sem o conhecimento ou consentimento explícito do usuário e do vazamento de dados fruto de ataques *hackers* e falhas de segurança.⁶⁷ Tais preocupações são constantes, isto é, se mantêm durante todo o processo de tratamento de dados de sistemas de recomendação, desde a coleta até a criação de perfis.⁶⁸

Muitas empresas que utilizam SR já sofreram incidentes de segurança de dados, o que levou ao vazamento em grande escala de informações pessoais. Por exemplo, em março de 2015, a multinacional de *e-commerce* *eBay* foi atacada por *hackers* maliciosos, o que resultou na divulgação de 145 milhões de contas de usuário, incluindo nomes, endereços, dados de nascimento e senhas.⁶⁹ Vazamentos semelhantes ocorreram em 2018 e em 2019 com o *Facebook*, ocasionando também a exposição de milhões de usuários.⁷⁰ Essas informações vazadas, quando em mãos erradas, também podem ser usadas para fins maliciosos, como *phishing* ou engenharia social, o que leva a danos adicionais aos usuários.⁷¹

Além disso, é frequente que a coleta de dados, principalmente comportamentais, ocorra em ausência de consentimento informado efetivo, já que não é incomum de que esta solicitação venha escondida dentro de termos de uso, com os quais os usuários devem ler e concordar. No entanto, na maioria dos casos, as pessoas não leem efetivamente ou não entendem esses documentos, comumente longos e de difícil compreensão.⁷² Nos últimos anos, novas legislações de proteção de dados pessoais foram introduzidas, como o RGPD, com o intuito de dar maior controle aos indivíduos sobre seus dados pessoais, em uma tentativa de protegê-los mais intensamente, como será visto no próximo capítulo.

Ainda, como consequência do tratamento de dados de diferentes fontes por técnicas complexas de IA para análise preditiva, os sistemas de recomendação podem violar a privacidade dos usuários ao chegar a conclusões que revelam informações sigilosas, sensíveis ou ainda não reveladas. Por exemplo, após o cruzamento de dados, como histórico de compras, visitas ao site, informações demográficas e outras informações pessoais, a empresa de varejo *Target* identificou a gravidez de uma de suas clientes, antes mesmo do anúncio para a família, passando a enviar anúncios direcionados com itens de maternidade.⁷³

Nesse contexto, por mais que existam métodos de preservação da privacidade (*privacy-preservation methods*) inseríveis em sistemas de recomendação, eles ainda sofrem certa resistência já que diminuem a taxa de acurácia dos algoritmos.⁷⁴ Essas técnicas podem ser

⁶⁷ Milano, Taddeo & Floridi, 2019, pp. 8-9; Qin & Liu, 2020, p. 2.

⁶⁸ Paraschakis, 2017, p. 215.

⁶⁹ Qin & Liu, 2020, p. 2.

⁷⁰ Olhar Digital, 2019.

⁷¹ Paraschakis, 2017, p. 212.

⁷² Paraschakis, 2017, pp. 211-212.

⁷³ Duhigg, 2012.

⁷⁴ Aggarwal, 2016, p. 432.

aplicadas tanto no momento da coleta como da publicação de dados, garantindo maior proteção à privacidade dos usuários, mas ainda demandam maior implementação pelas organizações.⁷⁵

2.2 Diminuição da autonomia individual

Para a maioria das teorias sobre autonomia humana, esta requer duas condições: (i) liberdade – independência de influências controladoras externas; e (ii) ação – capacidade de agir e decidir intencionalmente.⁷⁶ Quando informações sobre nós são usadas para influenciar nossas decisões, mais do que a afetação dos nossos interesses há uma ameaça à própria autonomia.

Por isso, a utilização de dados pessoais para influenciar a tomada de decisões por indicações de SR pode representar uma ameaça à autodeterminação e à autonomia individual dos usuários,⁷⁷ explorando os processos de arquitetura de escolha,⁷⁸ por exemplo, empurrando-os em uma direção específica, tentando “viciá-los” em algum tipo de conteúdo ou limitando a gama de opções às quais estão expostos.⁷⁹

Inicialmente, principalmente em SR de filtragem colaborativa, a definição do perfil pode interferir na experiência de criação da identidade pessoal do indivíduo. Isso acontece porque o modelo de recomendação é continuamente reconfigurado com base em novos dados obtidos pela interação na plataforma de outros usuários com padrões prévios semelhantes ao indivíduo-alvo. Desta forma, a “rotulagem” usada pelo sistema para categorizar o usuário pode não corresponder aos atributos ou categorias sociais com as quais se identifica.⁸⁰

Ainda, a partir da disponibilidade de dados criada pelo ambiente de *big data*, os provedores de SR restringem a autonomia de seus usuários ao gerar conclusões sobre seus gostos, atributos e comportamento, enquadrando-os em perfis de acordo com essas conclusões, de forma a prever e inferir interesses assemelhados, informações demográficas, comportamentos futuros e outras características, inclusive sensíveis, como dados de saúde e opinião política.⁸¹

De fato, é claro que os “cutucões” ou “empurrãozinhos” (*nudge*)⁸² dados pelos sistemas de recomendação no processo de escolha dos indivíduos podem representar benefícios, uma

⁷⁵ Aggarwal, 2016, p. 446.

⁷⁶ Varshney, 2020, p. 1.

⁷⁷ Susser, Roessler & Nisenbaum, 2019, p. 3.

⁷⁸ Arquitetura de escolha é parte da economia comportamental e pode ser definida como as possibilidades de *design* em que as opções podem ser apresentadas aos usuários. Desta forma, o *design* pode moldar os processos de tomada de decisão dos usuários de maneira significativa, por exemplo, apresentando opções de formas específicas, limitando o número de opções ou inserindo opções pré-selecionadas (*by default*); Lanzing, 2019, pp. 551-552.

⁷⁹ Milano, Taddeo & Floridi, 2019, p. 10.

⁸⁰ Milano, Taddeo & Floridi, 2019, p. 10.

⁸¹ Pan, 2016, p. 254.

⁸² *Nudge* (“empurrãozinho”) é qualquer aspecto da arquitetura de escolha capaz de alterar o comportamento das pessoas de forma previsível, sem proibir quaisquer opções ou alterar significativamente seus incentivos econômicos. Por isso, idealmente, *nudges* não são obrigações e devem ser facilmente evitáveis. Por exemplo, em

vez que filtram opções irrelevantes para o usuário, servindo de apoio para tomada de decisão.⁸³ Porém, tais práticas, que nasceram da psicologia cognitiva,⁸⁴ são questionáveis, quando persuasivos, e podem até mesmo apresentar efeitos negativos quando manipulativos e coercitivos.⁸⁵

Desta forma, a extensa coleta de dados pessoais em sistemas de recomendação não é só preocupante em termos de privacidade, mas também pela forma particular como esses dados são usados para moldar a tomada de decisão individual, principalmente quando isso é feito para servir os interesses de grandes empresas,⁸⁶ ao orientar a tomada de decisões para que sejam lucrativas ou interessantes para os provedores.⁸⁷

Sistemas de recomendação podem ser explorados, por exemplo, para indicar produtos em excesso ou prestes a vencer, podendo, inclusive, ser classificados como “mais vendidos” de forma enganosa para direcionar certo estoque indesejado, mesmo que as indicações não necessariamente atendem às necessidades do usuário. De forma semelhante, categorias de recomendação privilegiadas ou posições posição de alta visibilidade podem ser facilmente preenchidas com conteúdo pago ou patrocinado,⁸⁸ como é o caso dos primeiros resultados do motor de busca do *Google*.⁸⁹

Assim, as recomendações de SR podem deliberadamente contornar o processo de tomada de decisão racional dos indivíduos, explorando suas irracionalidades cognitivas e vulnerabilidades, o que potencialmente viola a ideia dos humanos como seres autônomos e racionais, capazes de autonomamente decidir sobre suas próprias questões.

Ademais, na era do *Big Data*, o *nudge* é intensificado como um mecanismo de influência extremamente poderoso, discreto e ágil, fornecendo ao usuário um ambiente de escolha altamente personalizado, o que faz com que alguns pesquisadores utilizem o termo *hypernudge*.⁹⁰ Em outras palavras, alimentados por dados em tempo real em um contexto de alto monitoramento, os algoritmos criam arquiteturas de escolha personalizadas com o objetivo de estimular os usuários a alterar seu comportamento em determinada direção.⁹¹

um supermercado, colocar frutas ao nível dos olhos dos consumidores é considerado um “empurrãozinho”, banir *fast food* não. Por isso, para Cass Sunstein, um *nudge* orienta as pessoas para uma determinada direção, mas permite que elas sigam suas próprias direções, como uma recomendação ou um aviso; Thaler & Sunstein, 2008, p. 6; Sunstein, 2016, p. 20.

⁸³ Milano, Taddeo & Floridi, 2019, p. 10.

⁸⁴ A psicologia cognitiva busca entender o processo de tomada de decisões dos seres humanos, encontrando divergências consideráveis entre o modelo de sujeito racional (defendido por algumas áreas da microeconomia) e como os indivíduos realmente tomam decisões. De forma crítica, o ideal de sujeito racional, capaz de tomar decisões ótimas, não se verifica na prática, visto que muitas escolhas individuais ocorrem de forma subconsciente, passiva e irrefletida, o que permite que este processo de decisão individual seja influenciado por diversos fatores, explorados pelas diferentes técnicas da psicologia cognitiva; Yeung, 2017, p. 120; Chen et al., 2013, pp. 1-7.

⁸⁵ Milano, Taddeo & Floridi, 2019, p. 10.

⁸⁶ Yeung, 2017, p. 119.

⁸⁷ Lanzing, 2019, p. 565.

⁸⁸ Paraschakis, 2017, p. 214.

⁸⁹ Yeung, 2017, p. 121.

⁹⁰ Yeung, 2017, p. 122.

⁹¹ Lanzing, 2019, p. 550.

Quando pensamos nos anúncios personalizados em mídias sociais, como *Facebook* e *Instagram*, essas recomendações são construídas em tempo real com base no próprio comportamento do usuário, mas podem também basear-se no comportamento de pessoas que compartilham das mesmas opiniões, estilos de vida e interesses do usuário-alvo. O mesmo acontece em aplicativos de recomendação de rotas de transporte, a exemplo do *Google Maps*, que atualiza e sugere o itinerário em tempo real, coletando as informações de localização de outros usuários, assim como dados de tráfego.⁹²

Ao constantemente configurar e, assim, personalizar o contexto de escolha do usuário, em regra por meio de análise algorítmica de fluxos de dados de várias fontes para prever os hábitos, preferências e interesses dos indivíduos-alvo, esses “cutucões” canalizam as escolhas dos usuários na direção selecionada pelo arquiteto de escolha por meio de processos que são sutis e discretos, mas extraordinariamente poderosos, explorando vulnerabilidades, características e vieses dos usuários.⁹³ Assim, a autonomia individual é afetada, uma vez que o processo de decisão é orientado ou otimizado por algoritmos que oferecem uma seleção personalizada com base no perfil construído a partir de informações pessoais coletadas a todo momento e de diferentes fontes.⁹⁴

Ainda, como o sistema baseia-se no monitoramento constante e no processamento de dados pessoais, eles são construídos para manter os usuários presos ou dependentes de suas recomendações, enviando lembretes, oferecendo prêmios e utilizando técnicas de aprisionamento, como reprodução automática, *feed* de notícias infinito e notificações de que “só há mais um produto disponível”. Por isso, há quem considere que os SR são como armadilhas, criadas para manter os usuários engajados, de forma a produzir mais dados que serão coletados e processados para alimentar o sistema,⁹⁵ em um processo que constantemente diminui a autonomia e autodeterminação dos usuários de maneira inconsciente.⁹⁶

2.3 Manipulação e enfraquecimento do processo democrático

A personalização em tempo real das arquiteturas de escolha de sistemas de recomendação, conforme visto no tópico anterior, requer a vigilância contínua dos usuários. Por mais que alguns setores da sociedade comemorem o aumento da personalização, em razão de sua conveniência, essas tecnologias levantam preocupações em relação à manipulação individual e da sociedade como um todo.⁹⁷

⁹² Lanzing, 2019, p. 554.

⁹³ Lanzing, 2019, p. 554.

⁹⁴ Lanzing, 2019, p. 554.

⁹⁵ Seaver, 2019, p. 1.

⁹⁶ Susser, Roessler & Nisenbaum, 2019, p. 13.

⁹⁷ Lanzing, 2019, p. 549.

Nesse sentido, juntamente com o tratamento de dados pessoais, o uso de SR para impor intencionalmente uma influência oculta no comportamento de uma pessoa e em seu processo de tomada de decisão, explorando suas vulnerabilidades por meio do constante rastreamento comportamental e definição de perfis para direcionamento personalizado de recomendações, pode ser entendido como uma forma de manipulação online.⁹⁸

Essa tecnologia de filtragem de conteúdo é uma das ferramentas mais adequadas para facilitar influências manipulativas. Primeiramente, por meio da vigilância digital dos usuários, suas vulnerabilidades de tomada de decisão estão em constante foco, o que inclui emoções, vieses cognitivos e realidades materiais. Ao analisar os padrões presentes nestes dados pessoais, extraídos do comportamento digital, os algoritmos de recomendação são capazes de detectar quando e como intervir para nos influenciar de forma mais eficaz.⁹⁹

Em muitos aspectos, o que os sistemas de recomendação proporcionam é incrível e algumas recomendações são, de fato, apropriadas e benéficas, apresentando novos produtos e serviços aos usuários, como novos hábitos, livros, filmes e bandas. Porém, a consequência pode ser também perturbadora quando encoraja indivíduos a estreitar seus horizontes ou alimenta apenas gostos já existentes em vez de permitir a formação de novos, o que pode ser ainda mais problemático para o domínio democrático, principalmente porque nem sempre estamos conscientes desta “filtragem”.¹⁰⁰

Nesse contexto, os sistemas de recomendação, como ferramenta de filtragem, podem reforçar a criação online de filtros-bolha (*filter bubbles*)¹⁰¹ e câmaras de eco (*echo chambers*), já que, após o tratamento automatizado de dados, promovem recomendações alinhadas aos gostos, opiniões e convicções de determinado usuário, isolando-o de abordagens distintas que desconhece, não concorda ou discorda.¹⁰² Como consequência, tais ambientes reforçam ideias pré-existentes, o que cria alto grau de fragmentação social e polarização entre grupos diversos.¹⁰³

Desta forma, há enorme prejuízo para o debate democrático na esfera pública, uma vez que as recomendações não são uniformes para todos, o que reforça a segregação entre os grupos e dificulta o entendimento mútuo, potencialmente levando ao extremismo e até mesmo ao ódio e à violência.¹⁰⁴ Assim, o declínio nas experiências comuns entre grupos distintos em

⁹⁸ Susser, Roessler & Nisenbaum, 2019, p. 6.

⁹⁹ Susser, Roessler & Nisenbaum, 2019, p. 6.

¹⁰⁰ Sunstein, 2007, pp. 21-22; Sunstein, 2017.

¹⁰¹ O conceito de filtros-bolha foi criado por Eli Pariser. Como consequência da utilização de técnicas de IA cada vez mais complexas para filtrar conteúdos, os usuários sujeitam-se a níveis crescentes de personalização, de acordo com seus gostos, necessidades e interesses pré-existentes. Desta forma, é criada uma espécie de segmentação, como se o indivíduo estivesse aprisionado em uma bolha, na qual apenas conteúdos compatíveis com seu perfil conseguem adentrar; Pariser, 2011, pp. 12-13; Magrani, 2014, pp. 118-122.

¹⁰² Milano, Taddeo & Floridi, 2019, p. 13.

¹⁰³ Sunstein, 2007, p. 44; Sunstein, 2017, pp. 114-115.

¹⁰⁴ Sunstein, 2007, pp. 65-96; Magrani, 2014, p. 126.

conjunto com a filtragem cada vez mais personalizada podem comprometer o ideal democrático e a noção da internet como um fórum público de troca de ideias.¹⁰⁵

Nesse contexto, outra problemática é que a sobrecarga de informações torna o uso de mecanismos de filtragem e recomendação uma necessidade para a maioria das pessoas, o que também facilita os vieses da confirmação (*confirmation bias*), isto é, a tendência humana de fazer escolhas que confirmam sua visão preexistente de mundo, negando ou ignorando argumentos que as desafiam.¹⁰⁶

Tais preocupações são ainda mais problemáticas quando as recomendações exacerbam posicionamentos duvidosos e informações não verificadas ou falsas. Por exemplo, recentemente, pesquisa revelou que, dos 500 vídeos classificados pelo *YouTube* como “mais relevantes” a respeito dos supostos tratamentos precoces para a Covid-19, não comprovados cientificamente em relação a sua eficácia, 490 propagavam conteúdo de desinformação,¹⁰⁷ o que posteriormente era reforçado e compartilhado organicamente pelos usuários que já acreditavam nestes mecanismos.

O mesmo ocorria com conteúdos falsos ou enganosos sobre mudanças climáticas na referida plataforma de vídeo, impulsionados pelos algoritmos de recomendação, financiados por empresas interessadas.¹⁰⁸ Assim, por exemplo, se a crença de que “a terra é plana” faz com que usuários passem mais tempo no *YouTube* do que “a terra é redonda”, a recomendação dos algoritmos da plataforma, que maximiza o tempo e o comportamento online com os cliques dos usuários (engajamento), será provavelmente a favor da primeira teoria.¹⁰⁹

Nesse sentido, o constante reforço de opiniões, gostos e pensamentos pré-existent dos usuários pelos SR pode exacerbar também preconceitos, manifestações odiosas e a violência, como ocorreu no envolvimento dos algoritmos de recomendação do *Facebook* no genocídio em Mianmar em 2017. Nesse episódio, a circulação de postagens de discurso de ódio e desinformação contra a minoria étnica *Rohingya* foi facilitada pelo sistema de recomendação da plataforma para maximizar o engajamento proporcionado pelos discursos polarizados.¹¹⁰

Desta forma, ao reforçar filtros-bolhas e câmaras de eco, além do potencial de polarizar e segmentar indivíduos, os sistemas de recomendação podem ser ferramentas interessantes para manipular o comportamento dos indivíduos. Esse potencial manipulativo dos SR mostrou-se ainda mais interessante para contextos sensíveis, como em processos democráticos, para influenciar e manipular não apenas usuários isoladamente, mas a sociedade como um todo, como ocorreu no escândalo da *Cambridge Analytica*.¹¹¹

¹⁰⁵ Sunstein, 2007, pp. 5 e 21-22.

¹⁰⁶ Struchiner & Brando, 2014, pp. 173-179.

¹⁰⁷ O Globo, 21 jan. 2020.

¹⁰⁸ BBC News Brasil, 16 jan. 2020.

¹⁰⁹ Chaslot & Gorbatai, 2016.

¹¹⁰ Sahu & Singh, 2019, pp. 1-2; Diário de Notícias, 13 mai. 2018.

¹¹¹ Susser, Roessler & Nisenbaum, 2019, p. 11.

Nesse sentido, ao direcionar itens de interesse para o usuário, essas ferramentas reforçam suas tendências, preconceitos e vieses, aprisionando-os em uma bolha de conteúdo e informações que alimenta seus posicionamentos. Por exemplo, estudo realizado sobre os dados do YouTube durante a eleição norte-americana de 2016 constatou que 80% dos vídeos recomendados favoreciam Trump, dos quais a maioria apresentava conteúdo falso ou não verificado.¹¹² Assim, a insuficiência de diversidade nos resultados recomendados dificulta que os indivíduos vivam fora de suas bolhas e, conseqüentemente, participem de debates públicos racionais, inclusive com pensamentos com os quais não concordam, exercitando a tolerância e diminuindo a polarização da sociedade.¹¹³

2.4 Discriminação (*bias*)

O processamento de dados pessoais e a definição de perfis por decisões automatizadas para enviar recomendações personalizadas para os indivíduos pode também ter efeitos discriminatórios, reforçando vieses, estigmas e estereótipos, principalmente em relação a grupos já marginalizados da sociedade, inclusive de forma não intencional.¹¹⁴ Como os SR são ferramentas baseadas em dados e técnicas de IA, os vieses discriminatórios podem ocorrer a nível de sistema ou de dados, principalmente dados de entrada (*input*).¹¹⁵

Em relação ao sistema, o enviesamento é potencialmente gerado a partir de correlações e conclusões de análise de dados equivocadas ou pela utilização de parâmetros tendenciosos. Neste último caso, por exemplo, o parâmetro de raça pode não ser diretamente inserido no sistema, mas utiliza-se de outro que indiretamente leva a conclusões de raça, como informações de residência. Já a nível de dados, os vieses advêm de diferentes causas, como utilização de dados que não são representativos da população alvo ou mesmo dados históricos imprecisos, já enviesados ou desatualizados.¹¹⁶

Desta forma, quando os dados de entrada dos SR não correspondem a diversidade social presente na sociedade, este desequilíbrio provavelmente ocasionará recomendações enviesadas para grupos específicos. Ainda, a partir dos dados gerados pela própria observação da interação do usuário com o SR (*feedback loop*), recomendações discriminatórias podem ser automaticamente criadas, reforçando vieses presentes na sociedade contra certos grupos minoritários.¹¹⁷

Dito isso, não há dúvidas de que, por meio da definição de perfis criados a partir de *big data*, é possível que os provedores de recomendação discriminem seus usuários com base em dados demográficos, como raça, sexo e idade, de forma velada e sutil. Por exemplo, os

¹¹² Chaslot & Gorbatai, 2016.

¹¹³ Sahu & Singh, 2019, pp. 1-2.

¹¹⁴ Parlamento Europeu, 2020, p. 37.

¹¹⁵ Access Now, 2018, p. 12.

¹¹⁶ Access Now, 2018, p. 12.

¹¹⁷ Milano, Taddeo & Floridi, 2019, p. 13.

algoritmos de recomendação de propaganda do Facebook permitiam a segmentação étnica de usuários, o que possibilitava que organizações terceiras optassem por direcionar anúncios de oportunidades de moradia, crédito ou emprego de acordo com o grupo étnico, excluindo usuários com base em sua raça e etnia, principalmente afrodescendentes, hispânicos e asiáticos.¹¹⁸

Como já visto, os sistemas de recomendação podem ensejar a manipulação dos indivíduos, quando os interesses dos usuários não são priorizados, mas direcionados para atender aos objetivos dos próprios provedores de RS, como vender produtos em excesso ou mais caros.¹¹⁹ Outro exemplo de viés algorítmico prejudicial é a prática de discriminação de preços ou oportunidades, como a indicação de voos com preços mais altos para proprietários de *MacBook* ou até mesmo aumento automático dos preços de produtos recomendados quando o usuário não possui registro no site. Tal prática é ainda mais grave quando a discriminação é baseada em atributos sensíveis, como gênero, raça, religião e opinião política, que são fornecidos diretamente pelo usuário ou inferidos de outras informações disponíveis para o SR, a exemplo de recomendações de vagas de emprego com salários mais baixos para mulheres.¹²⁰

Ainda, os efeitos discriminatórios são também encontrados em outros domínios sensíveis, como na área da saúde. O uso de SR para fornecer sugestões de tratamento de pacientes de forma individualizada, tornando o aconselhamento médico mais especializado, também cria oportunidades de discriminação. Por exemplo, um sistema de recomendação pode ser projetado para recomendar diferentes tratamentos de acordo com o estado do seguro de saúde do paciente ou o quanto ele é capaz de pagar, potencialmente negando cuidados essenciais a pessoas em razão de seu status socioeconômico. Desta forma, grupos marginalizados, que já sofrem de insuficiência de acesso a cuidados de saúde de qualidade, podem ser prejudicados por indicações enviesadas.¹²¹

2.5 Opacidade algorítmica

Após o exposto nos tópicos anteriores, apesar dos claros benefícios, é evidente que os sistemas de recomendação são também potencialmente danosos para os seres humanos, o que é agravado quando violações aos direitos humanos ocorrem em um contexto de pouca transparência e explicação sobre os processos envolvidos na criação de perfis e no efetivo envio de recomendações.

Como uma forma de aplicação de IA, as ferramentas de recomendação podem ser opacas para usuários, reguladores e até mesmo para os próprios projetistas do sistema, o que dificulta

¹¹⁸ Pan, 2016, p. 252.

¹¹⁹ Paraschakis, 2016, p. 466.

¹²⁰ Paraschakis, 2017, pp. 214-215.

¹²¹ Access Now, 2018, p. 27.

o questionamento dos conteúdos recomendados e os processos relacionados. Esta opacidade pode ser intencional (em razão de segredo industrial), resultante de analfabetismo técnico ou até mesmo fruto das características intrínsecas do sistema, como ocorre no contexto de aprendizado de máquina.¹²²

Um típico sistema de recomendação criado com IA funciona como uma “caixa-preta” (*black-box*),¹²³ já que a única parte visível para os usuários afetados é o resultado recomendado. Consequentemente, há escrutínio externo insuficiente desses sistemas, principalmente em relação à intensa influência que exercem sobre nós.¹²⁴ Neste cenário de opacidade, a coleta e o tratamento de dados ocorrem nos bastidores não revelados, o que dificulta o conhecimento sobre possíveis vieses algorítmicos, manipulações e as agendas políticas, econômicas, comerciais e culturais por trás dessas sugestões.¹²⁵ Dados incorretos, suposições imprecisas e modelos algoritmos defeituosos não podem ser corrigidos quando estão ocultos.¹²⁶

Em seus locais de trabalho e em suas próprias casas, os indivíduos são cada vez mais influenciados por SR que frequentemente mantêm seus métodos de coleta e análise de dados em segredo. Esses sistemas dependem de tratamento automatizado de dados para criar perfis e direcionar sugestões de itens que podem ser equivocados, tendenciosos ou destrutivos.¹²⁷ Por isso, atualmente, discute-se a possibilidade de abrir a caixa preta dos algoritmos, tendência essa que enfrenta resistência de argumentos relacionados ao segredo industrial e desvantagens comerciais.¹²⁸

Porém, mesmo que as empresas responsáveis pela criação e utilização de SR desejassem explicar e justificar os processos tecnológicos envolvidos no envio de recomendações, tal explicação pode ser difícil na prática. Isso ocorre devido à complexidade matemática inerente aos algoritmos de inteligência artificial, o que dificulta a compreensão dos usuários. Ademais, algumas técnicas de IA, como o aprendizado de máquina, criam dificuldades de entendimento até mesmo para especialistas da área.¹²⁹

Desta forma, como as recomendações são formas de *nudge*, ainda mais intensas em contexto de *big data* (*hypernudge*), obtidas após o tratamento de dados pessoais e a criação de perfis, os usuários encontram-se em posição de assimetria informacional e de poder em relação aos provedores desses sistemas. A opacidade sobre quais valores e quem os direciona efetivamente em sistemas de recomendação impede que sejam projetados sistemas melhores,

¹²² Article 19 & Privacy International, 2018, p. 26.

¹²³ Pasquale, 2015.

¹²⁴ Yeung, 2017, p. 124.

¹²⁵ Paraschakis, 2016, p. 466.

¹²⁶ Pasquale, 2015, p. 18.

¹²⁷ Pasquale, 2015, p. 18.

¹²⁸ Paraschakis, 2017, p. 214.

¹²⁹ Paraschakis, 2017, p. 214.

capazes de promover resultados socialmente preferíveis, além de melhorar o equilíbrio entre os interesses dos usuários e os demais atores envolvidos.¹³⁰

2.6 Conclusões do capítulo

Em razão da progressiva disponibilidade de dados e da consequente sobrecarga de informações no ambiente digital, há a tendência de que os sistemas de recomendação sejam ainda mais implementados e utilizados nos próximos anos. Essa ferramenta, que molda a experiência individual e as interações sociais nos ambientes digitais,¹³¹ é frequentemente implementada sem relatórios de impacto e avaliações legais, éticas e técnicas significativas para determinar em quais condições – ou mesmo se – seu uso é aceitável e compatível com diretrizes éticas e centradas nos direitos humanos.¹³²

Desta forma, considerando o potencial danoso desses sistemas, um escrutínio interdisciplinar, ético e legal, público e privado, sobre as estruturas algorítmicas e os processados associados é essencial, principalmente porque a ferramenta já é utilizada, inclusive em contextos sensíveis,¹³³ como nas áreas da saúde, mercado de trabalho e vinculadas a grupos vulneráveis, como crianças.

¹³⁰ Milano, Taddeo & Floridi, 2019, p. 16.

¹³¹ Milano, Taddeo & Floridi, 2019, p. 2.

¹³² Reisman et al., 2018, p. 4.

¹³³ Milano, Taddeo & Floridi, 2019, p. 2.

3. Possíveis soluções para os problemas associados aos sistemas de recomendação

À primeira vista, os sistemas de recomendação apresentam vantagens relevantes para os indivíduos como uma ferramenta de filtragem de informações poderosa em um cenário de sobrecarga de informações. Porém, ao permitir-nos sermos vigiados e influenciados constantemente por esses sistemas, em troca de conveniência e aparente eficiência na personalização de seleção de conteúdos, inclusive de forma velada, podemos estar lenta, mas gradualmente erodindo o exercício efetivo de nossos direitos humanos.¹³⁴

Diante dos riscos associados aos sistemas de recomendação, conforme visto no capítulo anterior, há um apelo à ação, principalmente porque esses sistemas já interferem em nossas experiências online e, conseqüentemente, em nossas vidas. Desta forma, como ainda enfrentamos carência de uma efetiva fiscalização, conscientização e debate público a respeito desses sistemas, a intervenção de diversos atores e campos da sociedade é essencial para que essas ferramentas funcionem majoritariamente a serviço do ser humano e não contra ele, maximizando seu potencial benéfico, enquanto reduz os riscos.

3.1 Regulação legal

a. A proteção de dados como salvaguarda de demais DH

Os dados são o principal combustível que alimenta os sistemas de recomendação. Sem eles, a definição de perfis detalhados que categorizam nossas preferências, interesses, hábitos e características, assim como a capacidade de nos direcionar para determinado caminho, explorando fraquezas e vulnerabilidades, seriam enormemente prejudicadas.¹³⁵ Por isso, entende-se que a proteção da privacidade, através da proteção dos dados pessoais, é crucial para a manutenção dos demais direitos humanos.¹³⁶

Percebe-se que o direito à proteção dados pessoais, inicialmente fortemente ligado à privacidade, assume características próprias, tutelando os indivíduos, classes e grupos sociais contra variadas formas de controle e discriminação, com o fim de garantir dignidade, integridade e liberdade.¹³⁷ Nesse sentido, leis abrangentes de proteção de dados são essenciais para resguardar DH, principalmente a privacidade, mas também outras liberdades e direitos que dependem de nossa capacidade de fazer escolhas sobre como e com quem compartilhamos informações pessoais.¹³⁸

¹³⁴ Yeung, 2017, pp. 131-132.

¹³⁵ Susser, Roessler & Nisenbaum, 2019, p. 12.

¹³⁶ Bernal, 2014, p. 15.

¹³⁷ Doneda, 2019, pp. 21-23.

¹³⁸ Human Rights Watch, 2018.

Desta forma, para salvaguardar esses direitos, a existência de regulações de proteção de dados efetivamente cumpridas por cada ator que atue com SR é essencial. Isso garante que os indivíduos estejam mais conscientes sobre os processos de colheita e tratamento de seus dados pessoais para que possam exercer maior controle sobre eles, garantindo que sejam adequados aos seus próprios interesses e alinhados com seus direitos.¹³⁹

Nesse contexto, o RGPD da União Europeia desempenha um papel importante como um modelo de regulamentação legal no âmbito da proteção de dados, tendo influenciado legislações ao redor do mundo. Na era da internet, tudo que o indivíduo faz deixa rastros digitais que podem revelar detalhes íntimos sobre seus pensamentos, crenças, comportamentos e interesses, como ocorre nos SR. Nesse contexto, as salvaguardas do regulamento são particularmente importantes para os direitos humanos, já que oferecem novas maneiras de as pessoas protegerem seus dados pessoais e, por extensão, também outros DH.¹⁴⁰

b. A proteção de dados pelo modelo europeu: RGPD

Apesar de o RGPD não regular especificamente os sistemas de recomendação, ele é aplicável para essa tecnologia, já que trata de seus processos, como a utilização de dados pessoais para a definição de perfis e para decisões totalmente automatizadas. O seu objetivo basilar, além da óbvia proteção aos dados pessoais e outros direitos fundamentais em um mundo cada vez mais conectado, é o de reforçar o controle dos indivíduos sobre seus dados, a partir do princípio de autodeterminação informativa.¹⁴¹ Para isso, o regulamento estabelece uma série de princípios (art. 5.º, RGPD) e direitos dos titulares de dados (Capítulo III, RGPD), além de bases legais para o tratamento legítimo (arts. 6.º e 9.º, RGPD).

Desta forma, os provedores de SR devem basear-se em uma das seis bases legais para tratamento legítimo de dados, como o legítimo interesse, obrigação jurídica, execução de contrato ou consentimento.¹⁴² Ainda, como regra, o RGPD traz uma proibição geral de tratamento de categorias especiais de dados, como os relativos a saúde, opinião política, raça ou orientação sexual,¹⁴³ e de tomada de decisão totalmente automatizada,¹⁴⁴ exceto em circunstâncias de legitimação específicas, como o consentimento explícito do titular.¹⁴⁵

¹³⁹ Bernal, 2014, pp. 15 e 35.

¹⁴⁰ Human Rights Watch, 2018.

¹⁴¹ Shulga-Morkaya, 2019, p. 1.

¹⁴² Centre for Information Policy Leadership – CIPL, 2020, p. 5.

¹⁴³ Art. 9.º, n.º 1 do RGPD.

¹⁴⁴ De acordo com a interpretação legal do art. 22.º do RGPD, dada pelo Grupo de Trabalho do Art. 29.º (doravante, WP 29), como regra, há uma proibição geral de decisões totalmente automatizadas quando há efeito legal ou semelhante prejudicial para o titular de dados. O RGPD, porém, traz três exceções no art. 22.º, quais sejam: (i) quando for necessária para a execução de contrato entre o responsável e titular de dados; (ii) quando for autorizado pelo direito da União Europeia ou de um dos países-membros; (iii) quando o titular de dados fornecer o consentimento explícito. WP29, 2017, pp. 34-35.

¹⁴⁵ Art. 9.º, n.º 2 (a) e art. 22.º, n.º 2 do RGPD.

Além disso, com o intuito de dar efetivo poder de controle aos titulares de dados, o regulamento europeu cria certo protagonismo do consentimento,¹⁴⁶ que deve ser uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca.¹⁴⁷ No mesmo sentido, a Diretiva 2002/58/EC sobre comunicações eletrônicas também requer, em seu art. 5.º, n.º 3 e considerando 25,¹⁴⁸ a obtenção do consentimento para o envio de propaganda comportamental baseada em técnicas de monitoramento dos usuários, como pode ocorrer nas recomendações de SR.

Porém, mesmo com o cumprimento do consentimento ou quaisquer outras bases legais, o responsável pelo tratamento deve cumprir os princípios de proteção de dados dispostos no art. 5.º, n.º 1 e n.º 2. Nesse sentido, todos os tratamentos de dados realizados por sistemas de recomendação devem ser lícitos e justos, além de serem transparentes e fornecerem informações relevantes para o titular, o que exige que estes recebam informações claras relativas aos riscos, regras, garantias e direitos relacionados ao tratamento de dados pessoais realizado pelo SR e como exercer esses direitos.¹⁴⁹

Ainda, como mencionado, os processos com dados pessoais efetuados pelos algoritmos de SR devem ser legítimos, baseados em uma finalidade específica, de acordo com uma das bases legais dos arts. 6.º e 9.º, n.º 2, e os dados pessoais coletados precisam ser sempre exatos, atualizados, adequados, relevantes e estritamente limitados ao que é necessário para a finalidade previamente definida. Somado a isso, em consonância com o princípio da responsabilidade, as empresas vinculadas aos SR devem garantir o cumprimento de todas as disposições da lei, principalmente os direitos dos titulares por meio de mecanismos eficazes e políticas internas.¹⁵⁰

Nesse sentido, em meio ao aumento da disponibilidade crescente de dados, o princípio da minimização dos dados, descrito no art. 5.º, n.º 1, c), é especialmente importante no que tange aos sistemas de recomendação. Quando bem aplicado, esse princípio garante a exatidão, a pertinência e a limitação da coleta de dados pessoais de usuários, de forma a abranger apenas o necessário para os fins legítimos previamente definidos pelos provedores de SR. Por exemplo, a falta de controle prévio e justificção da coleta de certos dados pode fazer com que o sistema perca sua acurácia e multiplique recomendações enviesadas.¹⁵¹

Além disso, em meio aos avanços de técnicas de IA responsáveis por definir perfis, rastrear comportamentos online e direcionar conteúdo personalizado, como ocorre nos sistemas de recomendação, o RGPD reforçou e introduziu novos direitos do titular de dados, decorrentes diretamente dos princípios e acionáveis contra o responsável em todos os

¹⁴⁶ Bioni, 2019a.

¹⁴⁷ Considerando 32 e art. 4.º, n.º 1 do RGPD.

¹⁴⁸ WP29, 2014, p. 46.

¹⁴⁹ Considerando 39 do RGPD.

¹⁵⁰ Tejada-Lorente et al., 2018, pp. 5-6.

¹⁵¹ Agencia Española de Protección de Datos – AEPD, 2020, pp. 36-39.

momentos do tratamento de dados desses sistemas, da coleta até o efetivo envio de recomendações.¹⁵² Ademais, passa a ser obrigação a facilitação do exercício desses direitos.¹⁵³

No que tange aos sistemas de recomendação, é fundamental que os usuários estejam cientes dos riscos envolvidos em sua utilização para que não se limitem aos benefícios a curto prazo, capazes de minar gradualmente a privacidade, igualdade, autonomia e liberdade. Por isso, como consequência do princípio da transparência, os arts. 13.º e 14.º do RGPD estabelecem o direito à informação, que cria obrigações de fazer para os responsáveis pelo tratamento.

Consequentemente, os provedores de SR devem informar proativamente, mesmo sem solicitação, aos indivíduos sobre seus direitos, a existência de tratamento de dados e todas as demais informações relacionadas, o que inclui finalidades e explicações claras, significativas e compreensíveis sobre o funcionamento das técnicas algorítmicas de definição de perfis e do sistema como um todo.¹⁵⁴ Estas comunicações devem facilitar o entendimento dos titulares de dados, o que demanda a utilização de formas concisas, inteligíveis e de fácil acesso, além da linguagem simples e clara.¹⁵⁵

Essa disposição é reforçada pelo direito de acesso disposto no art. 15.º e considerando 63. Neste sentido, é facultado aos usuários de SR exigir ao provedor responsável a confirmação da existência de tratamento de dados pessoais a seu respeito, além da existência de processos de decisão automatizada para envio das recomendações personalizadas, o que inclui também a definição de perfis. Sendo este o caso, o indivíduo dispõe do direito de acessar seus dados pessoais, assim como todas as informações relacionadas ao seu tratamento e a lógica envolvida nas técnicas automatizadas de criação de seu perfil.

Deste modo, os direitos à informação e acesso permitem que o usuário de SR disponha de maior controle sobre seus dados pessoais, fornecendo-lhe maior entendimento dos processos envolvidos no envio de recomendações personalizadas e o funcionamento da tecnologia aplicada aos seus dados, o que lhe permite também tomar decisões que evitem a violação de seus direitos humanos.¹⁵⁶ Ademais, a partir do conhecimento obtido como consequência dos arts. 13.º-15.º, o usuário é capaz de exercer outros direitos previstos na lei, como o direito de retificação (art. 16.º), apagamento (art. 17.º), limitação do tratamento (art. 18.º) e direito de oposição (art. 21.º), quando possível.

Além disso, considerando que os sistemas de recomendação envolvem a análise de *big data* para definição de perfis, a partir de algoritmos de IA e AM, por vezes totalmente automatizados, o art. 22.º do RGPD é também aplicável. Dito isso, para que o envio de

¹⁵² WP29, 2014, pp. 16-17.

¹⁵³ Art. 12.º, n.º 2 do RGPD.

¹⁵⁴ Tejeda-Lorente et al., 2018, p. 6; WP29, 2014, pp. 16-17.

¹⁵⁵ Art. 12.º do RGPD.

¹⁵⁶ Van Ooijen & Vrabec, 2018, p. 94.

recomendações e seus processos associados, realizados exclusivamente com base em decisões totalmente automatizadas e que gerem efeitos jurídicos significativos para o usuário, sejam considerados legítimos e legais,¹⁵⁷ o provedor de RS deve basear-se em uma das possibilidades descritas no art. 22.º, n.º 2 e considerando 71: consentimento explícito, execução de contrato ou autorizado por direito da UE ou de um de seus Estados-Membros.

Nesse contexto, cria-se para o titular de dados o direito de obter intervenção humana sobre esses processos automatizados que envolvem seus dados, além da possibilidade de expressar seu posicionamento e contestar a decisão automatizada resultante dos SR, seja ela o perfil criado ou a recomendação em si. Ainda, diante dos riscos associados a essas técnicas, como já visto no capítulo anterior, o provedor é obrigado a implementar medidas adequadas para salvaguardar os direitos dos usuários e seus interesses legítimos,¹⁵⁸ o que pode incluir, por exemplo, técnicas de proteção de dados desde a concepção e por defeito, como a pseudonimização e a minimização de dados, e a implementação de relatórios de impacto, conforme arts. 25.º e 35.º do RGPD, respectivamente.

Nesse sentido, a partir da interpretação dos arts. 13.º, 14.º e 22.º, somado ao considerando 71 e ao princípio da transparência, para que possa contestar eventuais decisões que lhe digam respeito, como envio de recomendação e a criação de perfis, ao usuário é também garantido o direito à explicação dessas decisões totalmente automatizadas.¹⁵⁹ Em outras palavras, o provedor de RS deve fornecer informações significativas sobre a lógica envolvida nos processos automatizados até a efetiva tomada de decisão, o que não necessariamente envolve a explicação completa dos algoritmos envolvidos, mas suficientes para que o usuário entenda os motivos da decisão que lhe afeta,¹⁶⁰ o que garante o exercício de outros direitos previstos na lei, além da proteção de DH.¹⁶¹

c. O RGPD é suficiente?

Não há dúvidas de que o RGPD tenta desenvolver uma forte cultura de proteção de dados, impondo obrigações e requisitos significativos aos provedores de sistemas de recomendação, já que eles realizam tratamento de dados pessoais nos processos de monitoramento de comportamento, definição de perfis e direcionamento de conteúdo para interferir e moldar a conduta dos usuários por meio de (*hyper*) *nudges* em forma de recomendação, o que geralmente é feito por meio de decisões automatizadas.

Porém, apesar de estabelecer garantias essenciais para a proteção de dados e, conseqüentemente, outros direitos humanos, como igualdade, autonomia e liberdade, o

¹⁵⁷ Ver nota de rodapé n.º 137.

¹⁵⁸ Art. 22.º, n.º 3 do RGPD.

¹⁵⁹ Monteiro, 2018, pp. 12-13.

¹⁶⁰ WP29, 2018, p. 25.

¹⁶¹ Monteiro, 2018, pp. 12-13.

regulamento ainda necessita ser implementado mais efetivamente pelas empresas, principalmente no que tange aos princípios da transparência e minimização dos dados e aos direitos de informação, acesso e explicação, além de mais fiscalizado por autoridades competentes.¹⁶² A utilização de técnicas cada vez mais avançadas de IA em SR dificulta este cumprimento, já que os algoritmos podem ser extremamente imprevisíveis e opacos em processos de análise de dados,¹⁶³ somado a resistências privadas de implementação relacionadas ao segredo industrial e propriedade intelectual.¹⁶⁴

Essas questões dificultam o exercício do direito à informação e acesso, além da efetiva implementação de medidas de transparência por meio de esclarecimento dos processos de tratamento de dados, o que, conseqüentemente, prejudica o exercício dos demais direitos dos titulares e a salvaguarda de seus direitos humanos ameaçados pela implementação de SR. Ademais, o RGPD parece ainda não proteger os indivíduos o suficiente em relação aos riscos associados à análise inferencial,¹⁶⁵ como a feita pelos SR, para inferir, prever e supor comportamentos, interesses e características dos indivíduos.

Ademais, a base legal do consentimento, frequentemente utilizada pelos provedores de RS, é desafiada na era do *big data* e das análises de inferência.¹⁶⁶ Primeiramente, como consequência da tentativa das empresas de enquadrar-se aos requisitos da lei, os usuários são constantemente confrontados com solicitações de consentimento, por exemplo, por políticas de privacidade e termos de uso (longos e complexos) ou por avisos de *cookies*. Atualmente, porém, há evidências de que grande parte dos usuários não lê ou não entende estes documentos de onde o consentimento é extraído, seja por insuficiência de tempo, conhecimento, pouca preocupação com a privacidade ou questões relacionadas a racionalidade limitada dos seres humanos.¹⁶⁷

Ainda, o RGPD não desafia tão diretamente o modelo de negócios baseado em dados, que convidam os usuários a trocá-los por serviços online gratuitos ou a baixos custos, ao mesmo tempo em que se utiliza desses dados para criar perfis detalhados para inferir informações para o envio de recomendações personalizadas, por vezes intrusivas, manipuladoras e violadoras de DH.¹⁶⁸ O consentimento passa a ser utilizado, então, para legitimar a atuação de provedores de SR aos regramentos do RGPD, mesmo quando não há

¹⁶² Human Rights Watch, 2018.

¹⁶³ WP29, 2018, p. 25.

¹⁶⁴ Watcher & Mittelstadt, 2019, pp. 4-6.

¹⁶⁵ Atualmente, não há consenso a respeito da natureza jurídica das inferências feitas a partir de informações pessoais. Para o WP 29, que evoluiu para o atual Comitê Europeu para a Proteção de Dados, as inferências são consideradas também dados pessoais, ensejando a aplicação do RGPD, enquanto o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) segue posição oposta, de acordo com o julgamento conjunto dos casos C-141/12 e C-372/12 (*YS and M and S*), além do C-434/16 (*Nowak v. Data Protection Commissioner*); Watcher & Mittelstadt, 2019, pp. 8 e 29-46.

¹⁶⁶ Lanzing, 2016, p. 564.

¹⁶⁷ Yeung, 2017, p. 125.

¹⁶⁸ Human Rights Watch, 2018.

escolha significativa por parte dos usuários em um mercado com pouca ou nenhuma concorrência,¹⁶⁹ principalmente quando a solicitação não providencia a escolha granular e específica das disposições com as quais o usuário deseja consentir. Diante da impossibilidade de negociação dos termos, os usuários acabam por concentrar-se nos benefícios a curto prazo, em detrimento de seus direitos.¹⁷⁰

Desta forma, os utilizadores de SR encontram-se em posição de assimetria informacional, econômica e técnica,¹⁷¹ já que, além dos problemas associados ao consentimento, algoritmos sofisticados de IA, aplicados pelos SR, podem ser obscuros e, portanto, não serem facilmente explicáveis para os usuários (por vezes, aos próprios desenvolvedores), dificultando o exercício dos direitos garantidos em lei. Tal cenário é ainda agravado no que tange às informações inferidas pelos SR dos dados comportamentais com o intuito de recomendar conteúdo personalizado.

d. Alternativas e sugestões à lei

Não há dúvidas que o RGPD é uma etapa vital para geração de SR mais propensos a respeitar os DH, por meio da proteção dos dados dos usuários.¹⁷² Por isso, as empresas associadas aos SR, sejam responsáveis, subcontratantes ou terceiros, devem estar em conformidade com as disposições legais a todo momento. Para que isso ocorra na prática, a fiscalização pelas autoridades competentes é essencial. No caso europeu, o Comitê Europeu para a Proteção de Dados e as autoridades nacionais precisarão responder rigorosamente às reclamações, investigar prontamente as violações e buscar ativamente a aplicação de sanções em caso de descumprimento.¹⁷³

Ademais, muitos sistemas de recomendação se concentram em métodos e precisão, mas carecem de uma explicação adequada para os usuários.¹⁷⁴ Atualmente, porém, há poucos motivos para supor que as organizações oferecerão voluntariamente explicações sobre os processos algorítmicos em RS e suas justificativas, a menos que sejam obrigadas a fazê-lo.¹⁷⁵

Por isso, é crucial que algumas obrigações do RGPD, como os princípios da minimização de dados e da transparência e o direito à explicação, além de salvaguardas contra decisões automatizadas e perfis ilegais, sejam reforçadas pelas autoridades.¹⁷⁶ Tais informações não importam na violação de segredo industrial, pois não há necessidade de explicação completa dos algoritmos envolvidos, mas apenas o suficiente para que o usuário entenda os motivos por

¹⁶⁹ Human Rights Watch, 2018.

¹⁷⁰ Varshney, 2020.

¹⁷¹ Bioni, 2019a.

¹⁷² Human Rights Watch, 2018.

¹⁷³ Human Rights Watch, 2018.

¹⁷⁴ Zhang, Lu & Jin, 2020, p. 14.

¹⁷⁵ Watcher & Mittelstadt, 2019, p. 11.

¹⁷⁶ European Data Protection Supervisor – EDPS, 2018, p. 18.

trás das decisões e processos que lhe afetam,¹⁷⁷ evitando que sejam enviesadas, invasivas ou manipuladoras.

Nesse cenário, já que os dados pessoais estão sendo utilizados por empresas, como os provedores de RS, para prever e inferir comportamentos futuros, atributos sensíveis, opiniões e interesses de seus usuários com o intuito de direcioná-los e moldar suas escolhas, por meio de recomendações, um novo direito a inferências razoáveis deveria ser considerado.¹⁷⁸ Desta forma, a proteção incluiria não apenas os dados de entrada, mas também a acurácia dos processos de tomada de decisão, considerando a razoabilidade da análise inferencial apresentada pelo RS.¹⁷⁹

Este direito exigiria que o provedor de SR fornecesse informações de funcionamento do sistema de recomendação, como escolhas de *design*, antes de sua implementação. Isso incluiria, por exemplo, as razões para utilização de certos dados e o porquê as consequentes inferências extraídas deles seriam aceitáveis ou razoáveis no contexto em questão. Essas novas informações reforçariam os regramentos já existentes no RGPD, principalmente os princípios da transparência e da minimização dos dados e o direito a explicação, além de facilitar o exercício dos demais direitos previstos na lei, especialmente o de contestar decisões totalmente automatizadas.¹⁸⁰

Dito isso, para além da efetiva implementação e fiscalização do RGPD e do novo direito a inferências razoáveis proposto, dada a complexidade associada aos SR, por mais que medidas jurídicas, principalmente as associadas às legislações de proteção de dados, sejam extremamente necessárias para que tenhamos SR de acordo com os DH, o Direito não é a única possibilidade e, certamente, não é suficiente por si só para lidar com os desafios dos SR.

Nesse sentido, para Lawrence Lessig, além do direito, há outras três forças regulatórias do ciberespaço: normas sociais, mercado e arquitetura (código/tecnologia), interligadas entre si.¹⁸¹ Assim, as dificuldades inerentes à regulamentação da internet e das novas e complexas técnicas de IA utilizadas em SR fazem com que seja necessário buscarmos algumas soluções alternativas, a partir de abordagem multisetorial e multidisciplinar, para além do Direito, vindas, por exemplo, da ética, do empoderamento educacional, da tecnologia e das grandes empresas.

¹⁷⁷ WP29, 2018, p. 25.

¹⁷⁸ Watcher & Mittelstadt, 2019, p. 125.

¹⁷⁹ Watcher & Mittelstadt, 2019, p. 125.

¹⁸⁰ Watcher & Mittelstadt, 2019, p. 123.

¹⁸¹ Lessig, 2006, p. 123.

3.2 Para além do Direito

Para que ferramentas de IA, como os SR, sejam confiáveis e respeitem os direitos humanos, além de serem legais, respeitando toda a legislação aplicável, principalmente as regras de proteção de dados, também devem ser éticas e sólidas.¹⁸² Desta forma, princípios éticos também podem ser mecanismos eficientes para garantir que os riscos associados aos sistemas de recomendação sejam minimizados, enquanto os benefícios são maximizados.¹⁸³

Atualmente, há diversas iniciativas de diferentes organizações para a definição de princípios éticos e centrados no homem aplicáveis a IA. Por exemplo, O GPAN-IA, criado pela CE, desenvolveu orientações éticas, baseadas em direitos fundamentais, para uma IA de confiança, o que pode ser aplicado aos SR, já que se baseiam nesta tecnologia.

Dentre os princípios previstos, destaca-se o respeito da autonomia humana, prevenção de danos, equidade e explicabilidade, que se desdobram em sete requisitos: (i) ação e supervisão humana; (ii) solidez técnica e segurança; (iii) privacidade e governança de dados; (iv) transparência; (v) diversidade, não-discriminação e equidade; (vi) bem-estar societal e ambiental; e (vii) responsabilização.¹⁸⁴ Muitos desses requisitos éticos também podem ser encontrados nos princípios e regras do RGPD, o que reforça a ideia de que DH e princípios éticos podem se reforçar mutuamente, já que é provável que um SR antiético também viole DH.¹⁸⁵

Nesse contexto, é essencial que os provedores de SR também ajam em prol da correta aplicação dos princípios éticos, a fim de preservar a boa-experiência dos usuários enquanto preservam também seus direitos. Assim, a partir do momento em que as empresas enxergarem na proteção de dados, mas também em valores éticos e direitos humanos, uma questão reputacional capaz de lhes trazer vantagens competitivas, o próprio mercado poderá atuar em prol da modulação de comportamentos sociais benéficos.¹⁸⁶ Por isso, instituições europeias encorajam as empresas a elaborar códigos de conduta destinados a garantir o desenvolvimento e implantação de sistemas de IA confiáveis,¹⁸⁷ adequados aos regramentos legais e éticos, o que pode também contribuir para a demonstração de transparência e boa-fé. Um provedor de SR pode, por exemplo, documentar suas intenções e fortalecê-las com valores desejáveis, tais como direitos fundamentais, transparência e prevenção de danos.¹⁸⁸

Além da adequação aos princípios éticos e normas jurídicas, é fundamental que os SR sejam também sólidos, tanto do ponto de vista técnico como social, uma vez que, mesmo com

¹⁸² GPAN IA, 2019, p. 45.

¹⁸³ Ekstrand & Ekstrand, 2016, p. 2.

¹⁸⁴ GPAN IA, 2019, p. 10.

¹⁸⁵ Access Now, 2018, p. 17.

¹⁸⁶ Bioni, 2019b, p. 10

¹⁸⁷ European Data Protection Supervisor – EDPS, 2018, p. 20.

¹⁸⁸ GPAN IA, 2019, p. 27.

boas intenções, os sistemas de IA podem causar danos não esperados e não intencionais.¹⁸⁹ Por isso, é essencial que avaliações de impacto da proteção de dados, nos moldes do Considerando 84 e art. 35.º do RGPD, sejam realizadas para determinar se o sistema de recomendação é jurídica e eticamente adequado. Porém, considerando os riscos associados às decisões automatizadas, rastreamento comportamental, microdirecionamento e a definição de perfis em SR, as avaliações não devem limitar-se apenas a proteção da privacidade e dos dados, mas dos direitos humanos como um todo.

Desta forma, para sabermos se os sistemas de recomendação estão fazendo “a coisa certa”, isto é, que se comportam como esperado, que são justos e não discriminam ilegalmente, que são compatíveis com as legislações pertinentes e que promovem o bem da sociedade, é essencial o desenvolvimento de avaliações de impacto algorítmico, o que inclui, por exemplo, a verificação de possíveis impactos sociais do sistema antes e durante sua utilização, garantindo que seja frequentemente avaliado em seus impactos sobre os usuários. Somado a isso, é recomendável a adoção de auditoria de algoritmo, o que exigiria a avaliação do nível de enviesamento do sistema, evitando que direcione recomendações discriminatórias e tendenciosas, assim como inspeção regulatória para avaliar os níveis de conformidade do SR com regulamentos existentes, como o RGPD.¹⁹⁰

À medida que os algoritmos de RS influenciam e até eventualmente decidem comportamentos dos usuários, eles precisam ser confiáveis e permitir que os indivíduos e a sociedade entendam seus impactos para que sejam capazes de identificar resultados prejudiciais, ilegais ou socialmente inaceitáveis. Assim, as avaliações de impacto e auditoria de algoritmos mitigariam os efeitos negativos da opacidade algorítmica, reforçando noções de transparência, confiança, responsabilização e supervisão desses sistemas, garantindo que os princípios éticos e DH sejam preservados.¹⁹¹

Ainda, tais avaliações garantiriam maior explicabilidade dos processos algorítmicos de SR, fornecendo ao indivíduo informações sobre as suposições, inferências e previsões realizadas até o envio da recomendação em si, o que daria maior controle aos usuários enquanto possibilita a responsabilização em caso de conduta ilegal.¹⁹² Assim, em vez de fornecer explicações matemáticas complexas sobre o funcionamento dos algoritmos e AM, os provedores de SR devem informar sobre, por exemplo, as categorias de dados utilizadas, os motivos vinculados à escolha desses dados, como os perfis são construídos, justificativas da relevância desses perfis e como as recomendações são direcionadas.¹⁹³

¹⁸⁹ GRAN IA, 2019, p. 2.

¹⁹⁰ Ada Lovelace Institute & DataKind UK, 2020, pp. 3-6.

¹⁹¹ Ada Lovelace Institute & DataKind UK, 2020, p. 6.

¹⁹² Watcher & Mittelstadt, 2019, p. 12.

¹⁹³ WP29, 2014, p. 31.

Além disso, em uma tentativa de minimizar os efeitos maléficos dos “empurrões” dados pelos sistemas de recomendação, que buscam constantemente moldar decisões e escolhas dos usuários, a arquitetura de escolha do SR deve garantir que essas ferramentas possibilitem a proteção dos princípios éticos e direitos humanos desde a concepção e por padrão (*by design* e *by default*), tal como previsto no art. 25.º do RGPD. Apesar de debates acerca do paternalismo jurídico, a ideia da regulação ético-jurídica pela própria tecnologia, por meio de um “*design* sensível a valores”, como privacidade, ética e segurança, e centrado no ser humano é essencial.¹⁹⁴

De acordo com Cass Sunstein, por diferentes razões, as pessoas tendem a seguir opções por padrão (*status quo bias*), seja por inércia ou pela confiança na provável expertise do desenvolvedor,¹⁹⁵ o que reforça a necessidade de que os modelos de IA, como os SR, sejam automaticamente seguros e baseados nos DH durante todo o seu ciclo de vida.¹⁹⁶ Nesse sentido, por exemplo, técnicas de preservação da privacidade *by design* e *by default* incluiriam, por exemplo, a criptografia, extensões de anonimização,¹⁹⁷ além da aplicação do princípio da anonimização e solicitação de consentimento de forma granular, a partir de um *design* centrado no ser humano, dando-lhes mais informações e possibilidades de concordar item por item com o processamento de seus dados,¹⁹⁸ efetivando, na prática, os requisitos do consentimento impostos pelo RGPD. A aplicação de sistemas de recomendação em domínios de alto risco, como saúde ou setor financeiro, exigirá, cada vez mais, o desenvolvimento de técnicas de preservação da privacidade e de DH como um todo.¹⁹⁹

Além de medidas técnicas para sistemas de recomendação sólidos, abordagens sociais são também fundamentais nesse contexto. Em ambientes com forte cultura de proteção de dados, a própria sociedade é capaz de constranger determinados comportamentos por si mesma, independentemente do legislativo e do mercado, exigindo a implementação de boas práticas.²⁰⁰ Por isso, medida básica e essencial para que tenhamos SR em conformidade com os direitos humanos é o investimento em educação e alfabetização digital (*web literacy*) por todos os atores envolvidos em SR, desde provedores até agentes públicos de fiscalização. Isso ampliaria a conscientização e o conhecimento dos indivíduos sobre a IA,²⁰¹ especialmente em relação aos danos, benefícios e efeitos de sua utilização para rastreamento, monitoramento e categorização, como ocorre em SR.

O investimento em educação digital reduziria as assimetrias informacionais, empoderaria os usuários e os tornaria mais aptos para lidar com estas tecnologias, prevenindo

¹⁹⁴ Magrani, 2019, pp. 235, 258 e 264.

¹⁹⁵ Sunstein, 2016, pp. 169-170; Thaler & Sunstein, 2008, p. 8.

¹⁹⁶ Conselho da Europa, 2019, p. 2.

¹⁹⁷ European Data Protection Supervisor – EDPS, 2018, p. 20.

¹⁹⁸ Giannopoulou, 2020, pp. 6-9; Baracas & Nissenbaum, 2014.

¹⁹⁹ Zhang, Lu & Jin, 2020, p. 14.

²⁰⁰ Bioni, 2019b, p. 10.

²⁰¹ GPAN IA, 2019, pp. 4 e 28.

riscos enquanto reforça o exercício de direitos e a conscientização pública. Nesse sentido, a CE criou o Plano de Ação para a Educação Digital (201-2027), em que estabeleceu como objetivo reforçar as competências e aptidões digitais, básicas e avançadas, de seus cidadãos para transformação digital, desde a infância, incluindo medidas como a literacia digital, luta contra a desinformação, ensino sobre o uso intensivo de dados e IA, além da garantia de representação equitativa de mulheres.²⁰²

Da mesma forma, a UNICEF reconheceu a necessidade de promoção de habilidades relacionadas à IA como parte dos currículos de educação desde a mais tenra infância, de forma a capacitar as crianças a entender os sistemas e dispositivos de IA, como SR. Assim como a CE, a UNICEF entende que a alfabetização digital incluiria conceitos básicos de IA e programação, conhecimento relacionado ao uso de dados, valores éticos associados a essas tecnologias, além de atenção especial para a inclusão de meninas, dada a sua sub-representação atualmente.²⁰³ Enquanto mais decisões são delegadas para sistemas de IA, que crescentemente manipulam nossas escolhas, medidas de promoção da educação são ainda mais urgentes no que tange a grupos vulneráveis, como é o caso das crianças.²⁰⁴

Assim como o investimento em educação, o estímulo ao desenvolvimento de pesquisas sobre IA e, especificamente, sistemas de recomendação, é de extrema importância. Atualmente, a pesquisa sobre questões legais e éticas associadas aos SR ainda está em sua infância, o que é agravado pelo fato de o debate estar fragmentado em diferentes áreas científicas.²⁰⁵ Porém, esse cenário precisa mudar, já que a investigação sobre os desafios desses sistemas pode não só aumentar sua acurácia, mas garantir que sejam centrados no ser humano e compatíveis com direitos humanos e princípios éticos.

Os SR têm grande potencial de ajudar as pessoas a lidarem com o grande fluxo informacional disponível em um mundo cada vez mais conectado, mas, para garantir que o potencial benéfico seja atingido, é necessário considerar quem pode ser prejudicado, a fim de minimizar os riscos e maximizar os benefícios. Por isso, a investigação científica de SR precisa ser multidisciplinar e multisetorial, direcionando também seus desafios éticos e jurídicos, para que os sistemas sejam projetados em um processo que inclua imaginação e empatia, além de centrar a abordagem nos usuários afetados e em seus contextos de uso.²⁰⁶

Dito isso, não há dúvidas de que a análise de dados em SR oferece possibilidades sem precedentes para a criação de perfis individuais, a partir de inferências e previsões sobre seus gostos, comportamentos e interesses, a fim de enviar recomendações personalizadas. Essa personalização de experiências é utilizada para influenciar, e por vezes manipular,

²⁰² Comissão Europeia, 2020b.

²⁰³ UNICEF, 2020, p. 36.

²⁰⁴ UNICEF, 2020, pp. 6-7.

²⁰⁵ Milano, Taddeo & Floridi, 2019, pp. 2-3.

²⁰⁶ Ekstrand & Ekstrand, 2016, p. 2.

comportamentos e escolhas, seja em termos de decisões de compra como consumidores ou como cidadãos engajados na vida cívica. O desafio, então, é aproveitar essa tecnologia de maneiras que ajudem as pessoas a se envolverem de forma mais livre e eficaz no processo de tomada de decisões.²⁰⁷

Desta forma, os desafios éticos e jurídicos associados aos sistemas de recomendação, que direcionam e moldam os comportamentos, gostos e interesses dos usuários, exigem a abordagem conjunta, interdisciplinar e multisetorial, com a participação de todos os atores e áreas envolvidos nos processos de recomendação, o que inclui as empresas provedoras, desenvolvedores, especialistas em questões jurídicas e éticas, órgãos de pesquisa, governos e os próprios indivíduos.

Nesse sentido, a adequação das empresas provedoras de SR em relação às boas práticas jurídicas, éticas e técnicas não deve ser vista apenas em função dos benefícios trazidos aos usuários afetados, mas também para benefício próprio. Isso porque as organizações que estão mais bem adequadas atualmente dispõem de uma vantagem competitiva em relação as demais, já que essa adequação reforça a confiança dos usuários, especialmente em um momento em que o ceticismo em relação aos benefícios sociais das empresas de tecnologias está aumentando.²⁰⁸ Nos últimos anos, por exemplo, alguns grandes atores do ramo de SR, como *Netflix*, *Facebook* e *Amazon*, foram confrontados com reações públicas adversas (*backlash*) em razão da não conformidade com diretrizes éticas, o que reforça a necessidade de que as arquiteturas de SR estejam de acordo com regras de proteção de dados, mas também orientadas por direitos humanos, seguras e éticas.²⁰⁹

Logo, o cumprimento das normas legais e diretrizes éticas, o investimento em educação e pesquisa digital, a realização de relatórios de impacto-risco e auditorias de algoritmos e a utilização de técnicas de DH *by design* e *by default* devem ser efetivados em conjunto para a criação e utilização de SR benéficos para os usuários e a sociedade como um todo. Não há uma solução única, mas conjunta, que deve ser administrada por todos os atores envolvidos, evitando que o ser humano se torne mera peça de jogo para interesses alheios.²¹⁰

²⁰⁷ European Data Protection Supervisor – EDPS, 2018, p. 18.

²⁰⁸ Reisman et al., 2018, p. 16.

²⁰⁹ Paraschakis, 2017, p. 219.

²¹⁰ European Data Protection Supervisor – EDPS, 2018, p. 18.

Conclusão

Ao longo deste estudo, constatou-se que a atual forma de funcionamento de sistemas de recomendação apresenta um risco aos direitos humanos. Os modelos utilizados hoje incorporam técnicas de rastreamento e direcionamento, o que demanda coleta, uso, tratamento e armazenamento de dados pessoais, além da construção de perfis baseados nesses dados, geralmente por meio de processos automatizados capazes de inferir e moldar comportamentos por meio de recomendações personalizadas. A proteção de dados, a privacidade, a autonomia, a não-discriminação e a liberdade dos indivíduos são alguns exemplos de direitos humanos potencialmente violados. Não há dúvidas que a ferramenta traz benefícios significativos em termos de organização, otimização de tempo e facilitação do acesso a itens de interesse, porém, sua implementação precisa estar embasada em regulações e princípios éticos para que seus benefícios sejam maximizados em detrimento de seus efeitos negativos no indivíduo e na sociedade.

Nesse cenário, o RGPD, como a regulação da proteção de dados à nível europeu, é uma importante ferramenta regulatória, pois reforça o controle dos usuários sobre seus dados e estabelece uma série de princípios, direitos e requisitos para o tratamento de dados que devem ser implementados pelos provedores de SR, como regras mais robustas de minimização, explicação e transparência. Porém, para que a proteção da regulação surta os efeitos positivos almejados, é essencial que as autoridades competentes e os governos monitorem e efetivem sua implementação, que também deve ser seguida de forma proativa pelas próprias empresas como uma vantagem competitiva e incentivo reputacional.

Ainda, diante das complexidades inerentes ao tratamento de dados em SR, a regulação não deve vir apenas do Direito, mas de uma abordagem multidisciplinar e multisetorial, incluindo princípios éticos (como responsabilização, transparência, precaução, não-discriminação e privacidade), estratégias do mercado, do Estado, da sociedade e da própria tecnologia. Por exemplo, diretrizes éticas e jurídicas devem ser implementadas por meio do *design* de SR, a partir de uma abordagem centrada no ser humano e baseada em valores éticos e direitos humanos desde a concepção e por padrão, o que deve ser verificado por auditorias algorítmicas e relatórios de impacto. Somado a isso, a conscientização por meio de educação digital é essencial para a criação de indivíduos empoderados e capazes de retomar o controle de suas escolhas, mesmo em um ambiente tomado por tecnologias inteligentes.

Desta forma, longe de esgotar o tema, conclui-se que os impactos negativos causados pelos sistemas de recomendação nos direitos humanos não possuem uma solução única, mas plural, interdisciplinar e multisetorial. O cumprimento das normas jurídicas e diretrizes éticas; a realização prévia e posterior de auditorias e relatórios de impacto algorítmico; o investimento em educação e pesquisa digital, tanto pelo setor público como privado; e o uso de medidas técnicas que garantam os direitos humanos, ética e segurança *by design* e *by*

default são estratégias fundamentais para que esses sistemas funcionem em benefício do ser humano e não contra ele.

Bibliografia

- Access Now (2018). *Human rights in the age of artificial intelligence*. <https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2018/11/AI-and-Human-Rights.pdf>.
- Ada Lovelace Institute & datakind UK (29 abril 2020). *Examining the Black Box: Tools for assessing algorithmic systems*. <https://www.adalovelaceinstitute.org/report/examining-the-black-box-tools-for-assessing-algorithmic-systems/>.
- Agencia Española de Protección de Datos – AEPD (fevereiro 2020). *GDPR compliance of processings that embed artificial intelligence: an introduction*. <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-07/adecuacion-rgpd-ia-en.pdf>.
- AGGARWAL, C. C. (2016). Recommender systems: The textbook. *Springer International Publishing*. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-29659-3>.
- ALMOHSEN, K. A. & KADHIM, H. (2015). Recommender systems in light of big data. *International Journal of Electrical and Computer Engineering (IJECE)*, vol. 5, n.º 6, pp. 1553-1563.
- Article 19 & Privacy International (abril 2018). *Privacy and freedom of expression in the age of artificial intelligence*. <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/04/Privacy-and-Freedom-of-Expression-In-the-Age-of-Artificial-Intelligence-1.pdf>.
- Article 29 Data Protection Working Party (9 abril 2014). Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under article 7 of Directive 95/46/EC.
- Article 29 Data Protection Working Party (3 outubro 2017). Guidelines on automated individual decision-making and profiling for the purposes of Regulation 2016/679.
- Article 29 Data Protection Working Party (6 fevereiro 2018). Guidelines on automated individual decision-making and profiling for the purposes of Regulation 2016/679.
- BARACAS, S. & NISSENBAUM, H. (2014). Big data's end run around anonymity and consent. Cambridge University Press, pp. 44-75. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107590205.004>.
- BBC News Brasil (16 janeiro 2020). YouTube promove vídeos com desinformação sobre mudanças climáticas, mostra estudo. <https://www.bbc.com/portuguese/geral-51111499>.
- BIONI, B. (2019a). Proteção de Dados Pessoais: A função e os limites do consentimento. 2.ª Edição. Rio de Janeiro: Forense.
- BIONI, B. (2019b). Entrevista I. *Núcleo de informação e coordenação do ponto BR – NIC.BR. Privacidade e dados pessoais. Panorama Setorial da Internet*, n.º 2, jun. 2019.
- BERNAL, P. (2014). *Internet privacy rights: Rights to protect autonomy*. Cambridge University Press.
- Centre for Information Policy Leadership – CIPL (2020). Artificial intelligence and data protection: How the GDPR regulates AI. https://www.huntonprivacyblog.com/wp-content/uploads/sites/28/2020/03/cipl-hunton_andrews_kurth_legal_note_-_how_gdpr_regulates_ai__12_march_2020_-1.pdf
- CHASLOT, G. & GORBATAI, A. (27 novembro 2016). YouTube's A.I. was divisive in the US presidential election. <https://medium.com/the-graph/youtubes-ai-is-neutral-towards-clicks-but-is-biased-towards-people-and-ideas-3a2f643dea9a#.gce3bifs2>.

- CHEN, L. et al. (2013). Human decision-making and recommender systems. *ACM Transactions Interactive Intelligent Systems*, vol. 3, n.º 3, pp. 1-7. <http://dx.doi.org/10.1145/2533670.2533675>.
- Conselho da Europa (2019). Guidelines on artificial intelligence and data protection (Convention 108). Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data. Strasbourg, 2019.
- Comissão Europeia (2020a). *White paper on artificial intelligence: A European approach to excellence and trust*. Bruxelas, fevereiro 2020, COM (2020) 65 final.
- Comissão Europeia (2020b). Digital education action plan 2021-2027: Resetting education and training for the digital age. Retirado de: https://ec.europa.eu/education/education-in-the-eu/digital-education-action-plan_pt.
- DE VRIES, K. (2010). Identity, profiling algorithms and a world of ambient intelligence. *Ethics and Information Technology*, vol. 12, n.º 1, pp. 71-85. <https://doi.org/10.1007/s10676-009-9215-9>.
- Diário de Notícias (13 março 2018). Facebook foi crucial no possível genocídio dos rohingya. <https://www.dn.pt/mundo/facebook-foi-crucial-no-possivel-genocidio-dos-rohingya-9182466.html>.
- DONEDA, D. (2019). *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 2.ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, Revista dos Tribunais.
- DUHIGG, C. (16 fevereiro 2012). How Companies Learn Your Secrets. The New York Times Magazine. Retirado de: <https://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html>.
- EBERS, M. (2019). Regulating ai and robotics: ethical and legal challenges. In: EBERS, M. & NAVARRO, S. N. (Eds.), *Algorithms and Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- EKSTRAND, J. D. & EKSTRAND, M. D. (2016). First do no harm: Considering and minimizing harm in recommender systems designed for engendering health. *Proceedings of the Workshop on Recommender Systems for Health at RecSys '16*.
- European Data Protection Supervisor – EDPS (19 março 2018). EDPS Opinion 3/2018 on online manipulation and personal data.
- FAYYAZ, Z. et al. (2020). Recommendation systems: Algorithms, challenges, metrics, and business opportunities. *Applied Sciences*, vol. 10, n.º 21, pp. 7748. <https://doi.org/10.3390/app10217748>.
- FELFERNIG, A., FRIEDRICH, G. & SCHMIDT-THIEME, L. (2007). Introduction to the IEEE intelligent systems special issue: recommender systems. *IEEE Intelligent Systems*, vol. 22, n.º 3, pp. 18-21. <https://doi.org/10.1109/MIS.2007.52>.
- FELFERNIG, A. et al. (2018). An overview of recommender systems in the internet of things. *Journal of Intelligent Information Systems*, vol. 52, 2019, pp. 285-309.
- GAUCH, S., et al. (2007). User profiles for personalized information access. In Brusilovsky P., Kobsa A. & Nejdl W. (eds.). *The adaptive web: Methods and strategies of web personalization*. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, pp. 54-89. https://doi.org/10.1007/978-3-540-72079-9_2.
- GIANNOPOULOU, A. (2020). Algorithmic systems: the consent is in the detail? *Internet Policy Review*, Journal on internet and regulation, vol. 9, n.º 1. <https://doi.org/10.14763/2020.1.1452>.
- Grupo de peritos de alto nível sobre a inteligência artificial da Comissão Europeia – GPAN IA (abril 2019). Orientações éticas para uma IA de Confiança. <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai->

- alliance-consultation#:~:text=The%20Ethics%20Guidelines%20for%20Trustworthy,strategy%20announced%20earlier%20that%20year.
- Human Rights Watch (6 junho 2018). The EU General Data Protection Regulation: Questions and answers. <https://www.hrw.org/news/2018/06/06/eu-general-data-protection-regulation#>.
- Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro – ITS-Rio (2016). Big data no projeto sul global: Relatório sobre estudos de caso. Rio de Janeiro. https://itsrio.org/wp-content/uploads/2016//03/ITS_Relatorio_Big-Data_PT-BR_v2.pdf.
- KANOJE, S., GIRASE, S. & MUKHOPADHYAY, D. (2015). User profiling for recommendation system. ArXiv, abs/1503.06555.
- KOBSA, A. (2007). Privacy-enhanced web personalization. In Brusilovsky P., Kobsa A. & Nejdl W. (eds.). *The adaptive web: Methods and strategies of web personalization*. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, pp. 628-670.
- LANZING, M. (2019). “Strongly recommended” revisiting decisional privacy to judge hypernudging in self-tracking technologies. *Philosophy & Technology*, vol. 32, pp. 549-568. <https://doi.org/10.1007/s13347-018-0316-4>.
- LESSIG, L. (2006). *Code: Version 2.0*. Nova York: Basic Books. <http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>.
- LUO Y. et al. (2014). A hybrid user profile model for personalized recommender system with linked open data. *Enterprise Systems Conference, Shanghai*, pp. 243-248. doi: 10.1109/ES.2014.16.
- MAGRANI, E. (2014). *Democracia conectada: A internet como ferramenta de engajamento político-democrático*. Rio de Janeiro: Juruá.
- MAGRANI, E. (2019). *Entre dados e robôs: Ética e privacidade na era da hiperconectividade*. 2.^a Edição. Porto Alegre: Arquipélago Editorial.
- MAZEH, I. & SHMUELI, E. (2020). A personal data store approach for recommender systems: enhancing privacy without sacrificing accuracy. *Expert Systems with Applications*, vol. 139, 112858. <https://doi.org/10.1016/j.eswa.2019.112858>.
- MILANO, S., TADDEO, M. & FLORIDI, L. (2019). *Recommender systems and their ethical challenges*. Oxford Internet Institute, University of Oxford. <https://core.ac.uk/download/pdf/199235574.pdf>.
- MITTELSTADT, B. D. et al. (2016). The ethics of algorithms: mapping the debate. *Big Data & Society*, pp. 1-21. DOI: 10.1177/2053951716679679.
- MONTEIRO, R. L. (dezembro 2018). Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil? Instituto Igarapé, Art. Estratégico 39.
- NADEE, W. (2016). *Modelling user profiles for recommender systems*. Doctoral Thesis in Fulfilment of the Requirements for the Degree of Doctor of Philosophy. Science and Engineering Faculty of Queensland, University of Technology.
- NISSENBAUM, H. (2010). *Privacy in context: Technology, policy, and the integrity of social life*. Stanford University Press.

- O Globo (21 janeiro 2021). *Estudo aponta desinformação em vídeos no YouTube sobre o coronavírus*.
<https://blogs.oglobo.globo.com/sonar-a-escuta-das-redes/post/estudo-aponta-desinformacao-em-videos-no-youtube-sobre-o-coronavirus.html>.
- Olhar Digital (2019). *Vazamento expõe dados de 267 milhões de usuários do Facebook*.
<https://olhardigital.com.br/2019/12/20/noticias/vazamento-expoe-dados-de-267-milhoes-de-usuarios-do-facebook/>.
- Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD (outubro 2018). IoT measures and applications. Paris: OECD Publishing, n.º 271. <https://doi.org/10.1787/35209dbf-en>.
- PAN, S. B. (2016). Get to know me: Protecting privacy and autonomy under big data's penetrating gaze. *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 30, n.º 1, pp. 239-261.
- PARASCHAKIS, D. (2016). Recommender systems from an industrial and ethical perspective. *Proceedings of the 10th ACM Conference on Recommender Systems (RecSys '16)*. Nova York: Association for Computing Machinery, pp. 463-466. <https://doi.org/10.1145/2959100.2959101>.
- PARASCHAKIS, D. (2017). Towards an ethical recommendation framework. In *11th International Conference on Research Challenges in Information Science (RCIS)*, Brighton, pp. 211-220. DOI: 10.1109/RCIS.2017.7956539.
- PARISER, E. (2011). *The filter bubble: What the internet is hiding from you*. Nova York: The Penguin Press.
- Parlamento Europeu (março 2020). The ethics of artificial intelligence: Issues and initiatives. Panel for the Future of Science and Technology. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/634452/EPRS_STU\(2020\)634452_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/634452/EPRS_STU(2020)634452_EN.pdf).
- QIN, J. & LIU, B. (2020). A novel privacy-preserved recommender system framework based on federated learning. arXiv:2011.05614.
- REISMAN, D. et al. (2018). Algorithmic impact assessments: A practical framework for public agency accountability. AI Now Institute.
- SAHU, S. & SINGH, S. K. (2019). Ethics in AI: Collaborative filtering-based approach to alleviate strong user biases and prejudices. Noida: 2019 Twelfth International Conference on Contemporary Computing (IC3), pp. 1-6. DOI: 10.1109/IC3.2019.8844875
- SEEVER, N. (2019). Captivating algorithms: Recommender systems as traps. *Journal of Material Culture* 00 (00), pp. 1-16.
- SHULGA-MORKAYA, T. (2019). Protection of personal data through implementation of the right to informational self-determination: Identifying opportunities and pitfalls. *Internet Governance Forum 2019*, 2019 Annual Giganet Symposium.
- STRUCHINER, N. & BRANDO, M. S. (2014). Como os juízes decidem casos difíceis do direito? In Struchiner, N., Tavares, R. S. (orgs.). *Novas fronteiras da teoria do direito: Da filosofia moral à psicologia experimental*. Rio de Janeiro: PUC-Rio Pod Editora.
- SUNSTEIN, C. R. (2007). *Republic.com 2.0*. Nova Jersey: Princeton University Press.
- SUNSTEIN, C. R. (2016). *The ethics of influence: Government in the age of behavioral science*. Nova York: Cambridge University Press.

- SUNSTEIN, C. R. (2017). *#Republic: Divided democracy in the age of social media*. Nova Jersey: Princeton University Press.
- SUSSER, D., ROESSLER, B. & NISENBAUM, H. (2019). Technology, autonomy, and manipulation. *Internet Policy Review: Journal on internet regulation*, vol. 8, n.º 2. DOI: 10.14763/2019.2.1410.
- TEJEDA-LORENTE, A. et al. (2018). Adapting recommender systems to the new data privacy regulations. *SoMeT*. DOI: 10.3233/978-1-61499-900-3-373.
- THALER, R. H. & SUNSTEIN, C. R. (2008). *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven & Londres: Yale University Press.
- UNICEF (2020). Policy guidance on AI for children (Draft 1.0). Retirado de: <https://www.unicef.org/globalinsight/media/1171/file/UNICEF-Global-Insight-policy-guidance-AI-children-draft-1.0-2020.pdf>.
- VAN OOIJEN, O. & VRABEC H. (2018). Does the GDPR enhance consumers' control over personal data? An analysis from a behavioural perspective. *Journal of Consumer Policy*, vol. 42, pp. 91-107. <https://doi.org/10.1007/s10603-018-9399-7>.
- VARSHNEY, L. (2020). Respect for human autonomy in recommender systems. 3rd FAccTRec Workshop on Responsible Recommendation (RecSys 2020 Workshop). <https://arxiv.org/abs/2009.02603>.
- WATCHER, S. & MITTELSTADT, B. (2019). A right to reasonable inferences: Re-thinking data protection law in the age of big data and AI. *Columbia Business Law Review*, vol. 2019, n.º 2.
- YEUNG, K. (2017). 'Hypernudge': Big data as a mode of regulation by design. *Information, Communication & Society*, vol. 20, n.º 1, pp. 118-136. DOI: 10.1080/1369118X.2016.1186713.
- ZHANG, Q., LU, J. & JIN, Y. (2020). Artificial intelligence in recommender systems. *Complex & Intelligent Systems*. DOI: <https://doi.org/10.1007/s40747-020-00212-w>.

Será a ATAD válida?

A competência da UE ao abrigo do artigo 115.º do TFUE

Pedro Miguel Castro Oliveira

Sob a orientação do Professor
Doutor Tomás Cantista Tavares

Agradecimentos

Queria aproveitar este espaço para agradecer ao Pedro, o meu namorado e companheiro de sempre, e à minha família que, através do apoio que sempre me deram, tornaram possível a elaboração desta dissertação e, com ela, o término de um capítulo da minha vida.

Não podia também deixar de agradecer o tempo que o Luís Terrinha, a Ana Luísa e o Pedro despenderam com a leitura desta tese e os pertinentes comentários que fizeram à mesma. Este trabalho é um (pouco) melhor por causa deles. Queria também deixar uma palavra de reconhecimento à PwC e a todos os que lá trabalham, cujo apoio nestes últimos três meses foi essencial para que conseguisse terminar a dissertação.

Por último, um obrigado ao Professor Tomás Cantista Tavares pela disponibilidade que sempre demonstrou nestes tempos de pandemia.

Resumo

Nesta tese analisamos a validade da ATAD à luz do direito primário europeu, que não atribui um poder regulamentar geral à UE, mas sim competências circunscritas nos termos da base jurídica escolhida pelas instituições europeias para cada um dos seus atos jurídicos.

Tendo sido aprovada ao abrigo do artigo 115.º do TFUE, a Diretiva só será válida se contribuir para melhorar o funcionamento do mercado interno. Em nosso entender, a ATAD não cumpre tal requisito pois visa uma harmonização mínima – como se vê pelo artigo 3.º – mas não dispõe da necessária cláusula de livre circulação, exigida pela jurisprudência do TJUE. Ilustramos este ponto através de uma breve análise à regra relativa às SECs. A ATAD será assim inválida por violação do artigo 115.º do TFUE.

Palavras-chave: União Europeia; ATAD; sociedades estrangeiras controladas; base jurídica; art. 115.º TFUE; invalidade.

Abstract

In this dissertation, we analyse the compatibility of the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) with European primary law, which does not give a general regulatory power to the EU. On the contrary, its competences need to be used in accordance with both the principle of conferral and the legal basis selected for each legal act.

Because the Directive was approved under article 115 TFEU, it will only be valid as long as it contributes to the proper functioning of the internal market. In our opinion, though, that is not the case, as it pursues a minimum harmonization – as we can see from article 3 – but does not have a free movement clause as is required by the case law of the CJEU. We will illustrate this through a brief analysis of the CFC rule. In our view, the ATAD is invalid because it does not comply with the requirements of article 115 TFEU.

Keywords: European Union; ATAD; controlled foreign companies; legal basis; art. 115 TFEU; invalidity.

Lista de siglas e abreviaturas

AG	Advogado-geral
Al.	alínea
Art.	artigo
ATAD ou Diretiva	Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, em inglês <i>Anti-Tax Avoidance Directive</i>
BEPS	erosão da base tributável e transferência de lucros, em inglês <i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
CE	Comissão Europeia
CES	Conselho Económico e Social
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
Conselho	Conselho da União Europeia
EM	Estado-Membro
N.º	número
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMS	Organização Mundial da Saúde
p./pp.	Página(s)
PE	Parlamento Europeu
SEC	sociedade estrangeira controlada
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE ou Tribunal	Tribunal de Justiça da União Europeia
Tratados	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e Tratado da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia
Vol.	volume

Índice

1. Introdução	6
2. O problema	6
2.1 Contexto: o surgimento da ATAD	6
2.2 Os dois objetivos da ATAD	8
2.3 A dupla face dos mecanismos utilizados	8
3. Competências da UE: o princípio da atribuição	11
4. Mercado interno: teoria económica e experiência histórica	12
4.1 Teoria económica	12
4.2 Experiência histórica	14
4.3 Os vários tipos de harmonização	16
5. O mercado interno na jurisprudência do TJUE	17
5.1 Competência funcionalizada à construção ou aprofundamento do mercado interno	18
5.2 Disparidades entre as regulamentações nacionais	18
5.3 Distorções sensíveis na concorrência	21
5.4 Objetivo: eliminação de obstáculos ao mercado interno	22
6. Será a ATAD inválida?	28
6.1 Princípios interpretativos da lei europeia	28
6.2 As SECs	29
i. Algumas notas introdutórias sobre o regime e a jurisprudência do TJUE	29
ii. A transposição da regra da ATAD	30
6.3 Da invalidade da ATAD	33
Conclusões	38
Bibliografia	39

1. Introdução

Em 12 de julho de 2016, o Conselho aprovou a ATAD, que contém o regime legal de um conjunto de mecanismos jurídicos no âmbito da luta contra o BEPS.

Ao contrário do que habitualmente sucede com os Estados, as competências legislativas da UE encontram-se limitadas às que lhe tenham sido atribuídas pelos Tratados, não dispondo assim de uma competência regulamentar geral. O objetivo desta dissertação é, assim, o de examinar se, ao aprovar um instrumento jurídico como a ATAD, a UE extravasou as suas competências – o que tornaria a Diretiva inválida.

Entendemos este nosso trabalho como um pequeno contributo para o estudo de uma questão constitucional e política da maior relevância – a delimitação das competências da UE –, com a qual se relaciona uma outra, a da sua legitimidade de atuação.

Começaremos por referir o contexto que rodeou o surgimento da Diretiva – e identificaremos os mecanismos jurídicos contidos na mesma –, pois tal ser-nos-á útil aquando da sua análise. Seguiremos para o exame das competências da UE na regulamentação do mercado interno, fazendo uma breve referência à teoria económica que o fundamenta e à experiência histórica no seio da UE. Passaremos depois à análise da jurisprudência do TJUE nesta matéria, por entendermos que só esta é capaz de delimitar o conceito de mercado interno. Por último, analisaremos a questão central deste trabalho – a validade da ATAD – à luz do que fomos desenvolvendo nos capítulos anteriores.

2. O problema

2.1 Contexto: o surgimento da ATAD

Na sequência da crise financeira internacional de 2008 e de vários escândalos financeiros e fiscais internacionais subsequentes,¹ a OCDE desenvolveu um estudo relativo ao BEPS. Esse estudo visava incrementar a transparência e a troca de informações no âmbito da tributação internacional, bem como combater o planeamento fiscal internacional agressivo realizado pelas empresas multinacionais, o qual está, frequentemente, na origem da erosão da base tributável em vários Estados e da transferência de lucros para jurisdições de baixa tributação.

O projeto recebeu o apoio político do G-20 e do Conselho Europeu, tendo este último instado os vários EMs a coordenarem esforços no sentido do desenvolvimento das normas internacionais necessárias “no plano da luta contra a fraude e a evasão fiscais, o planeamento fiscal agressivo, a erosão da base tributável e a transferência de lucros”, saudando o trabalho desenvolvido pela OCDE para “assegurar a equidade e eficácia dos sistemas fiscais”.² O

¹ Offshore Leaks em 2013; Lux Leaks em 2014; Swiss Leaks em 2015; Panama Papers e Bahamas Leaks em 2016.

² Conclusão 27 da reunião de 19 e 20 de dezembro de 2013.

Conselho Europeu não faz então qualquer referência ao BEPS como sendo necessário para o aprofundamento do mercado interno.

No seguimento dos trabalhos desenvolvidos pela OCDE e das indicações dadas pelo Conselho Europeu, a CE apresentou um plano de ação³ em que reconhece a necessidade de garantir uma tributação eficaz e equitativa que responda ao descontentamento público causado pelo planeamento fiscal agressivo das multinacionais. Esse plano elegia como objetivos principais quer o restabelecimento da ligação entre a tributação e o local onde se realiza a atividade económica, quer a criação de um imposto sobre as sociedades na UE, simultaneamente competitivo e favorável ao crescimento e à proteção do mercado interno. Na perspetiva da CE, a forma de concretizar esses objetivos passaria pelo estabelecimento de regras para a fixação de uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades, assim reduzindo substancialmente a discrepância entre as regras fiscais dos vários EMs e, concomitantemente, criando condições equitativas de um ponto de vista fiscal para as empresas que operassem na UE independentemente do território onde aquelas desenvolvessem as suas atividades, levando assim ao aprofundamento do mercado interno. Esta ideia vem já de 2001,⁴ estando na base de duas propostas de diretiva apresentadas pela CE, a primeira em 2011 e a segunda em 2016. Independentemente de outras considerações sobre a bondade de uma medida deste tipo, a verdade é que a mesma contribuiria indubitavelmente para o aprofundamento do mercado interno, através da eliminação de obstáculos fiscais ao mesmo.⁵ No entanto, nenhuma das iniciativas da CE foi (ainda) aprovada.

Porventura suspeitando que a segunda proposta de diretiva relativa à tributação comum consolidada iria ter o mesmo destino que a primeira, a CE autonomizou de imediato um pacote antielisão fiscal,⁶ no qual se insere a ATAD. Aí refere que a tributação justa e eficiente das sociedades é um elemento essencial do mercado único e que o planeamento fiscal agressivo é um problema global que exige uma resposta ao nível da UE. Embora se reconheça que a proposta relativa à tributação comum consolidada é fundamental para atingir os objetivos pretendidos, defende-se a imediata adoção de determinadas medidas visando melhorar a eficácia e transparência fiscais no mercado interno, conferir uma nova dinâmica ao processo de reforma então em curso e manter a pressão sobre os EMs para que estes prossigam com as propostas apresentadas pela CE. A estratégia, assumida pela CE, de obter a aprovação autónoma de um conjunto de medidas antielisivas independentemente do destino da tributação comum consolidada não é, assim, a solução ótima no que ao aprofundamento do

³ COM(2015)302 de 17/06/2015.

⁴ COM(2001) de 23/10/2001.

⁵ Bizioli, 2017, p. 171. Neste artigo, o autor analisa a tensão existente entre a construção do mercado interno – que está assente na abolição dos obstáculos fiscais à livre circulação – e a ATAD – que visa dar resposta aos problemas do BEPS. Chama também a atenção para a contradição entre os objetivos prosseguidos pela Diretiva e a discricionariedade de que os EMs dispõem na transposição daquela em consequência do art. 3.º.

⁶ COM(2016)23 de 28/01/2016.

mercado interno diz respeito. Com efeito, ela não elimina as discrepâncias legislativas que podem limitar as liberdades de circulação, muito embora permita reforçar a proteção da base tributável dos vários EMs.

Em qualquer caso, em 12 de julho de 2016, o Conselho veio a adotar a ATAD.

2.2 Os dois objetivos da ATAD

Na epígrafe da ATAD refere-se que esta visa estabelecer “regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno”, o que deixa logo antever a tensão essencial subjacente à mesma. Com efeito, a Diretiva contém um conjunto de mecanismos que visam combater o planeamento fiscal agressivo,⁷ o que se reputa essencial para permitir a luta contra o BEPS,⁸ que põem em causa a soberania fiscal dos EMs.⁹ No entanto, esses mecanismos só serão juridicamente válidos se e na medida em que visem garantir o bom funcionamento do mercado interno,¹⁰ matéria à qual também se faz referência na epígrafe.

A tensão entre o combate às práticas de elisão fiscal e o funcionamento do mercado interno perpassa também pelos cinco mecanismos previstos pela ATAD, como veremos já se seguida.

2.3 A dupla face dos mecanismos utilizados

Como o próprio nome indica, a regra da limitação de juros – prevista no art. 4.º da ATAD – estabelece um limite para a aceitação fiscal de determinados gastos de financiamento incorridos pelos sujeitos passivos. Esta norma permite combater práticas elisivas pois, como refere a CE, “muitas vezes, os grupos multinacionais financiam empresas do grupo estabelecidas em jurisdições que aplicam um nível de tributação mais elevado através da dívida e asseguram que estas empresas reembolsam juros ‘inflacionados’ às filiais com sede em jurisdições de baixa tributação”, permitindo assim a redução da base tributável global do grupo multinacional.¹¹ De notar, todavia, que não estamos perante uma norma que visa apenas combater práticas elisivas. A limitação da dedutibilidade fiscal dos juros aplica-se mesmo que estes tenham origem em empréstimos incorridos entre entidades autónomas, o que deixa transparecer o seu carácter de norma contra o endividamento excessivo das empresas (prática que, em si mesma, não é necessariamente abusiva).

Posto isto, o TJUE já se pronunciou no sentido de que uma legislação nacional destinada a combater a subcapitalização de sociedades residentes por uma sociedade não residente do

⁷ Considerando 3.

⁸ Considerandos 1, 2 e 5.

⁹ Considerando 1.

¹⁰ Considerandos 2, 3 e 16.

¹¹ COM(2016)26 final de 28/01/2016.

mesmo grupo viola a liberdade de estabelecimento se restringir a dedutibilidade fiscal dos juros decorrentes de um empréstimo efetuado por uma entidade não residente e não sujeitar à mesma restrição os juros pagos por um empréstimo efetuado por uma entidade residente, salvo se estivermos perante uma situação abusiva, decorrente da existência de um expediente puramente artificial.¹²

Por sua vez, a regra relativa à tributação à saída – prevista no art. 5.º da ATAD –, que se aplica sempre que ocorre uma transferência de ativos – isto é, quando tem lugar uma operação através da qual um EM perde o direito de tributar os ativos transferidos para fora do seu território, continuando estes a constituir propriedade legal ou económica do sujeito passivo –, visa garantir que os ganhos não realizados subjacentes aos ativos transferidos são tributados no EM em que tiveram origem, dando assim tradução ao princípio de que os lucros devem ser tributados no território da sua génese. Esta medida visa dar resposta a eventuais práticas abusivas ou fraudulentas, que resultariam facilitadas a partir do momento em que os ativos perdessem a sua ligação ao território do EM de origem, uma vez que este, com a transferência, deixa de poder utilizar os mecanismos domésticos de supervisão e controlo.

O TJUE já por diversas vezes se pronunciou relativamente à incompatibilidade de mecanismos nacionais de tributação à saída com o direito europeu. Assim, no acórdão *National Grid Indus*, o Tribunal decidiu que, apesar de as mais-valias latentes relativas a elementos do património de uma sociedade que transfere a sua residência fiscal para outro EM poderem ser fixadas nesse momento, a cobrança imediata do imposto é ilegal. Por sua vez, no acórdão proferido em *Comissão c. Portugal*, o TJUE decidiu que a legislação portuguesa à data – que previa a tributação imediata de mais-valias latentes no caso da transferência da sede ou de ativos de um estabelecimento estável situado em território português para outro EM, ao passo que uma operação similar ocorrida em território nacional e unicamente com residentes não estava sujeita a tributação – também era ilegal.¹³

A regra geral antiabuso – prevista no art. 6.º da ATAD – destina-se, por definição, a fazer face a práticas fiscais abusivas que não sejam combatidas por normas antiabuso específicas, integrando assim lacunas que possam existir nos ordenamentos jurídicos dos vários EMs.

Uma norma antiabuso pode criar obstáculos ao desenvolvimento do mercado interno ao impedir a aplicação literal de provisões que visam facilitar o exercício das liberdades fundamentais. No entanto, este bloqueio à aplicação desses preceitos poderá ser justificado desde que a norma antiabuso em causa respeite a jurisprudência do TJUE sobre esta matéria.

Na área da tributação direta e indireta, tal jurisprudência teve início no processo *Emsland-Stärke*, tendo sido densificada em vários acórdãos subsequentes – *Halifax* ou

¹² *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*

¹³ Para uma análise da mais recente jurisprudência do Tribunal relativa aos mecanismos de tributação à saída e aplicação da mesma ao regime previsto no art. 5.º da ATAD, *vide* Letizia, 2020.

Cadbury Schweppes, por exemplo – sendo o último o *T Danmark*.¹⁴ Analisada esta jurisprudência, pode dizer-se que a proibição do abuso de direito é um princípio geral de Direito europeu, aplicável sempre que: (i) há circunstâncias objetivas que demonstrem que, apesar do cumprimento dos requisitos formais legais, o objetivo da norma aplicada não foi atingido; e (ii) se comprove a intenção de obter uma vantagem derivada da lei europeia através de mecanismos artificiosos. Posto isto, o ponto está em verificar se o art. 6.º da ATAD respeita ou não os princípios que o Tribunal vem fixando na sua jurisprudência sobre esta matéria.

A regulamentação relativa às SECs – contida nos arts. 7.º e 8.º da Diretiva – visa combater as situações em que, no seio de um mesmo grupo, se verifica a transferência abusiva de lucros de empresas situadas em jurisdições com elevada tributação para outras localizadas em jurisdições com baixa tributação, reduzindo assim a carga fiscal global do grupo. A possibilidade de aplicar esta regra a países terceiros mesmo quando aí seja desenvolvida uma atividade económica substantiva milita a favor do entendimento de que, para além de uma regra antiabusiva, estamos também perante uma norma que visa proteger a base tributável dos EMs – lutando assim contra o BEPS, na linguagem da OCDE –, na medida em que estarão sujeitas a este regime situações em que o sujeito passivo não tem necessariamente um intuito abusivo na utilização dos mecanismos em causa.

Na matéria da compatibilidade deste tipo de normas com o direito europeu, remetemos para a nossa análise *infra*.¹⁵

Por último, a regra prevista relativamente às assimetrias híbridas – contida no art. 9.º da ATAD – visa combater hipóteses de dupla dedução – em dois EMs distintos – ou de dedução dos rendimentos num dos EMs sem a correspondente inclusão na base tributável da entidade no outro EM. Com efeito, as diferentes qualificações jurídicas dos instrumentos financeiros ou das empresas aquando da interação entre dois sistemas jurídicos são, por vezes, aproveitadas pelas empresas para a redução da sua carga fiscal global.

Não conhecemos jurisprudência do TJUE relativamente a este tema, o que, assumimos, tem mais que ver com a relativa novidade deste tipo de normas do que com a sua legitimidade ao abrigo do direito europeu.

Esta pequena digressão pela jurisprudência do Tribunal relativa aos mecanismos previstos na ATAD não tem como propósito analisar a compatibilidade destes com aquela, mas simplesmente sublinhar que aqueles mecanismos podem facilmente ser utilizados pelos EMs como um meio para criar obstáculos à livre circulação e, com isso, violar o Direito europeu.

¹⁴ Para a evolução da jurisprudência do TJUE e do Direito europeu em geral nesta matéria, *vide* Lazarov & Govind, 2019, pp. 853-859.

¹⁵ Capítulo 6, 1.2, i).

Fixadas as duas faces dos mecanismos previstos na Diretiva, iremos então fazer uma brevíssima análise da matéria das competências da UE, de maneira a verificar se, e de que modo, pode esta legislar para alcançar os dois objetivos identificados.

3. Competências da UE: o princípio da atribuição

Nos termos do art. 5.º, n.º 1 do TUE, “[a] delimitação das competências da UE rege-se pelo princípio da atribuição”, que impõe que a UE atue unicamente dentro dos limites das competências que lhe tenham sido atribuídas nos Tratados, de modo a alcançar os objetivos fixados nestes últimos. As competências que não tenham sido atribuídas à UE continuam a pertencer, em exclusivo, aos EMs.

Este é um princípio constitucional fundacional, que implica que as instituições europeias apenas podem exercer legitimamente a sua autoridade nos termos do mandato que lhes foi conferido pelos Tratados, sendo que qualquer atuação fora do mesmo é ilegítima e, portanto, ilegal.¹⁶

O estabelecimento do mercado interno é um dos objetivos da UE – talvez o seu objetivo primordial –, encontrando-se referido no art. 3.º do TUE e na Parte III, Título I do TFUE, o qual define o mercado interno como sendo “um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados”.¹⁷ A competência no âmbito do mercado interno é partilhada¹⁸ entre a UE e os EMs, vigorando um princípio de preempção nos termos do qual os EMs só poderão exercer as respetivas competências na exata medida em que a UE não tenha exercido as suas.¹⁹

Estando a atuação da UE restringida de acordo com o princípio da atribuição de competências – cujo corolário é a ausência de uma competência legislativa ilimitada –, todos os atos jurídicos vinculativos adotados pelas instituições europeias têm que ter suporte numa base jurídica, que fixa os sujeitos que podem adotar o ato, o tipo de ato (diretivas, regulamentos ou outros), o conteúdo do mesmo (que se encontra subordinado aos objetivos visados pela base jurídica selecionada) e o procedimento a seguir na sua adoção, sendo este um ponto de extrema relevância, pois dele depende o grau de intervenção de cada uma das instituições europeias (o caráter da intervenção do PE, que pode ser vinculativa ou meramente consultiva, ou a necessidade da intervenção de outras instituições).²⁰ A escolha da base

¹⁶ Weatherill, 2017, pp. 3-13. Chalmers, 2006, pp. 211-219.

¹⁷ Art. 26.º, n.º 2.

¹⁸ Art. 4.º, n.º 2 al. a) do TFUE.

¹⁹ Lenaerts et al., 2011, n.º 7-024.

²⁰ Bradley, 2017, em particular, pp. 106-107 e 119 ss.

jurídica e o cumprimento ou não dos requisitos estabelecidos na mesma é sindicável pelo TJUE, podendo levar à anulação do ato em causa.²¹

A base jurídica selecionada para a ATAD foi o art. 115.º do TFUE, nos termos do qual o Conselho, deliberando por unanimidade e após consulta do PE e do CES, pode adotar diretivas para a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos EMs que tenham *incidência direta no estabelecimento ou funcionamento do mercado interno*.

Como ponto prévio, poderá dizer-se que se encontram cumpridos os requisitos relativos ao procedimento legislativo (intervenção do PE e do CES), à maioria necessária à aprovação da medida (unanimidade) e à forma do ato legislativo adotado (diretiva).

Ademais, a seleção do art. 115.º por oposição ao 114.º do TFUE, que visa igualmente o estabelecimento e funcionamento do mercado interno, também está correta. Na verdade, o art. 114.º, que remete para o processo legislativo ordinário, no âmbito do qual a votação no seio do Conselho será por maioria qualificada, não é aplicável em matéria fiscal,²² área que continua sujeita à regra da unanimidade pela sua sensibilidade política.

Estabelecida a centralidade do mercado interno na economia do art. 115.º do TFUE, resta-nos tentar fixar o conceito, para o que começaremos por fazer um breve excursus económico e histórico.

4. Mercado interno: teoria económica e experiência histórico

4.1 Teoria económica²³

De acordo com a teoria económica clássica, os benefícios do comércio livre, objetivo do mercado interno, podem ser resumidos nos seguintes termos: o comércio livre permite a especialização, que ocorre de acordo com as vantagens comparativas de que gozam os Estados – nenhum Estado é exatamente igual aos demais no que aos recursos naturais, humanos ou tecnológicos respeita –, levando ao aumento da produtividade global e a economias de escala, que por sua vez maximizam o bem-estar dos consumidores e asseguram uma mais eficiente alocação de recursos.

Este modelo pressupõe uma situação de concorrência perfeita,²⁴ ao abrigo da qual os agentes económicos continuariam a comerciar até que se atingisse a alocação ótima de

²¹ Hartley, 2014, pp. 120-122, para uma crítica à jurisprudência do TJUE na matéria da escolha da base jurídica por parte das instituições europeias

²² Nos termos do acórdão *Comissão c. Conselho*, “nenhuma indicação relativa à interpretação deste conceito [disposições fiscais] pode ser encontrada no Tratado” pelo que “devido ao seu carácter geral, estes termos abrangem não apenas todos os domínios da fiscalidade, sem distinguir os tipos de impostos ou taxas em causa, mas também todos os aspetos desta matérias, que se trate de regras substantivas quer de regras adjetivas”, abrangendo “não apenas as disposições que determinam os sujeitos passivos, as operações tributáveis, a matéria colectável do imposto, as taxas e as isenções dos impostos directos e indirectos, mas também as relativas às modalidades de cobrança destes” (§§ 63 e 67).

²³ Neste ponto, baseamo-nos em Barnard, 2016, pp. 3-8.

²⁴ Os produtores e os consumidores atuam de modo racional, são numerosos, têm informação completa sobre os bens e serviços transacionados, não existem custos de transação elevados, nem barreiras à entrada no e saída do mercado, cumprindo uns e outros as obrigações acordadas.

recursos, isto é, uma situação em que os bens seriam utilizados por quem os valorizasse mais. Todavia, as condições reais de qualquer mercado não correspondem a este modelo de concorrência perfeita, existindo falhas no seu funcionamento, como por exemplo assimetrias de informação, custos de transação e a tentativa de determinados agentes económicos de evitarem o cumprimento das obrigações assumidas.²⁵

No entanto, existe um conjunto de obstáculos ao funcionamento do mercado que são específicos de mercados transnacionais, e que têm a sua origem na circunstância de os governos nacionais se verem politicamente obrigados a dar resposta aos impactos negativos do funcionamento do mercado nas suas populações, independentemente das (des)vantagens que tais respostas acarretem quando analisadas a uma escala global. Falamos, por exemplo, de restrições quantitativas às importações ou de barreiras não pautais, ou então de direitos aduaneiros ou encargos de efeito equivalente, umas e outras com um fito protecionista. Os governos podem também optar por apoios financeiros diretos, sob a forma de auxílios de Estado, podendo os obstáculos ao comércio livre igualmente surgir de comportamentos anticoncorrenciais de agentes privados, como a cartelização, *dumping* ou outros.

De modo a eliminar ou impedir que se formem tais barreiras ao comércio livre, os Estados podem celebrar acordos bilaterais ou multilaterais, sendo a OMC e a UE acordos multilaterais deste tipo, o primeiro de vocação mundial e o segundo de âmbito regional.

A integração económica ocorre habitualmente por fases. Assim, num primeiro momento é criada uma zona de comércio livre, no âmbito da qual há uma política interna comum aos vários Estados participantes relativamente à circulação de bens, não existindo todavia uma política comercial externa comum, continuando assim aqueles a fixar individualmente a política comercial relativamente a Estados terceiros.²⁶ O passo seguinte é a união aduaneira que, à política interna comum típica das zonas de comércio livre, acrescenta uma política comercial externa comum com uma pauta aduaneira comum. Procura-se assim responder a um problema estrutural da zona de comércio livre, que consiste no facto de os bens de Estados terceiros entrarem no mercado através do Estado participante com o regime comercial mais favorável face a Estados terceiros, beneficiando posteriormente de livre circulação no seio daquela. Por sua vez, o mercado comum²⁷ acrescenta à livre circulação de bens a livre circulação de pessoas e capital, com base na ideia de que esta liberalização irá permitir a alocação ótima dos fatores de produção, com ganhos de produtividade e bem-estar geral.²⁸

²⁵ Para uma análise mais aprofundada do modelo da concorrência perfeita e dos problemas com o mesmo, *vide* Neves, 2011, pp. 207-245.

²⁶ Um exemplo de uma zona de comércio livre é a Associação Europeia de Comércio Livre / EFTA.

²⁷ Mercado comum, único ou interno, são termos usados indistintamente na UE.

²⁸ O caminho da integração poderá continuar, ou não, para a união monetária (que já existe na Zona Euro), união económica (cuos primeiros passos estarão a ser dados agora) e união política. Não iremos debruçar-nos sobre estes pontos neste trabalho pois extravasam o âmbito do mesmo.

4.2 Experiência histórica²⁹

O mercado comum é a pedra angular da UE desde a sua fundação – então como Comunidade Económica Europeia –, pelo Tratado de Roma, em 1957. Este documento previa não só a eliminação de direitos aduaneiros e quaisquer encargos de efeito equivalente relativamente a bens em circulação entre os vários EMS, mas também a criação de uma pauta aduaneira comum. Estabelecia também mecanismos legislativos para alcançar a livre circulação de pessoas, serviços e capital, através da harmonização das várias regras nacionais. Por último, fixavam-se igualmente regras tendo em vista a eliminação das distorções na concorrência, ficando a CE responsável pela aplicação das mesmas neste âmbito e no dos auxílios de Estado. Apesar de a integração dos vários mercados nacionais ter inicialmente conhecido resultados promissores, foi muito difícil avançar nas áreas dependentes de harmonização, dada a exigência de unanimidade. Mesmo no que à livre circulação de bens dizia respeito, a manutenção de barreiras não pautais revelou-se problemática.

Colocado perante esta situação, o TJUE assumiu a iniciativa nos anos 70, decidindo que as liberdades fundamentais previstas nos Tratados – com exceção da circulação de capitais – tinham efeito direto, isto é, podiam ser invocadas pelos agentes económicos mesmo na ausência das medidas legislativas previstas nos Tratados. Foi por esta altura que o Tribunal criou o princípio do reconhecimento mútuo, o qual exige que o Estado de destino dos bens, serviços ou pessoas – estas últimas desde que atuando como agentes económicos – aceite os mesmos, se estes tiverem cumprido os requisitos legais de que depende a sua introdução/atuação no mercado no Estado de origem. Este princípio só poderia ser afastado se o Estado de destino dispusesse de uma razão imperiosa de interesse geral – relacionada com a proteção da segurança ou saúde públicas, por exemplo –, devendo essa restrição ser aplicada proporcionalmente.

No entanto, em meados da década de 80, o projeto europeu – de que o mercado único era então a componente central – sofria daquilo que habitualmente se designava por *euroesclerose*. Para combater essa *maleita*, a CE aprovou o Livro Branco sobre a Realização do Mercado Interno,³⁰ no qual foram identificados os três seguintes obstáculos à realização do mesmo: (i) barreiras físicas, como os controlos fronteiriços e aduaneiros; (ii) barreiras técnicas, derivadas ora da existência de regras nacionais divergentes relacionadas com a saúde, segurança, proteção do consumidor ou do ambiente, ora da existência de mercados protegidos, como o da contratação pública; (iii) barreiras fiscais, em especial taxas de IVA e de impostos especiais sobre o consumo divergentes. Este Livro Branco identificou também cerca de 300 medidas necessárias para completar o mercado comum, tendo o Ato Único Europeu de 1986, que representou a primeira grande alteração ao Tratado de Roma, introduzido os

²⁹ Neste ponto, baseamo-nos em Snell, pp. 317-322.

³⁰ COM(85)310 final de 14/06/1985.

mecanismos legais necessários para atingir aquele desiderato, entre os quais se encontrava o que viria a tornar-se no atual art. 114.º do TFUE. Esta norma instituiu a maioria qualificada – em substituição da unanimidade – para a aprovação de medidas destinadas a aproximar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos vários EMs, tendo em vista o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno.³¹

Estes mecanismos legais, associados à alteração da posição da CE face à questão da harmonização³² e ao apoio político dos EMs ao aprofundamento do mercado interno, permitem-nos dizer que a UE é uma união aduaneira consolidada,³³ com um mercado interno pujante e integrado mas ainda não completamente realizado, como não poderia deixar de ser, pois a criação do mercado interno não é uma tarefa cristalizada no tempo mas sim um processo contínuo, que necessita de constante reavaliação. É, aliás, esta natureza dinâmica e aparentemente desprovida de limites imanescentes que nos impede de dar uma definição apriorística do que é o mercado interno e nos obriga a debruçar sobre a jurisprudência do TJUE, na tentativa de fixarmos os limites e características do mesmo.³⁴ Antes de o fazermos, porém, vamos efetuar uma pequena digressão pelos vários tipos de harmonização, fixando conceitos que nos irão ser úteis mais adiante.

4.3 Os vários tipos de harmonização³⁵

A harmonização corresponde à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos vários EMs, podendo ser classificada como exaustiva ou mínima/parcial. No entanto, estas são categorias doutrinárias nem sempre claramente seguidas na prática legislativa, competindo então ao TJUE interpretar a legislação em causa, de modo a verificar qual o tipo de harmonização presente.³⁶ Esta classificação prévia é relevante pelas diversas consequências jurídicas – nomeadamente, ao nível das competências dos EMs – associadas a cada tipo de harmonização.

Harmonização exaustiva

Neste tipo de harmonização, as diferentes regras nacionais são substituídas por uma regulamentação europeia única, que impede qualquer divergência regulamentar ao nível nacional. Em termos técnico-jurídicos, existirá uma cláusula de livre circulação – que garanta

³¹ Barnard, 2016, pp. 10-12.

³² Craig & De Búrca, 2015, pp. 620-627.

³³ Nas palavras do art. 28.º do TFUE, “[a] União compreende uma união aduaneira que abrange a totalidade do comércio de mercadorias e implica a proibição, entre os Estados-Membros, de direitos aduaneiros de importação e de exportação e de quaisquer encargos de efeito equivalente, bem como a adoção de uma pauta aduaneira comum nas suas relações com países terceiros”.

³⁴ Para a natureza fluida do conceito de *mercado interno* vide Weatherill, 2017, *passim*, onde o autor chama a atenção para a natureza ambígua do conceito logo no primeiro capítulo.

³⁵ Barnard, 2016, pp. 580-590.

³⁶ Vide, p. ex., *Centre d'insémination de la Crespelle c. Coopérative de la Mayenne* (§§ 33-40).

que os bens que respeitem as regras da regulamentação europeia possam ser livremente comercializados nos vários EMs – e uma cláusula de exclusividade – que proíba que os bens que não cumpram tais requisitos sejam comercializados em qualquer EM, mesmo que não exista uma qualquer situação transfronteiriça.

Este é o tipo de harmonização que mais contribui para aprofundar o funcionamento do mercado interno, embora seja também o mais difícil de alcançar – como não têm margem para a adaptação futura das regras europeias, é mais custoso alcançar o compromisso entre os vários EMs – e possa levar a uma maior inflexibilidade e anquilosamento das regras adotadas – o processo de adaptação das regras sofre dos mesmos problemas que o processo inicial para a sua adoção –, o que pode dificultar a experimentação por parte dos agentes económicos.

Harmonização mínima/parcial

É um dos mais habituais tipos de harmonização utilizados, estabelecendo apenas requisitos mínimos que podem ser reforçados pelos EMs aquando da transposição das disposições europeias para a legislação nacional.³⁷ Numa expressão que capta o que aqui está em causa, os requisitos mínimos são o patamar abaixo do qual a legislação nacional de transposição não pode descer, sendo os Tratados o limiar acima do qual os requisitos mais reforçados não podem subir.³⁸

Este tipo de harmonização permite reconciliar a necessidade de estabelecer condições equitativas no funcionamento do mercado interno – os requisitos mínimos – com a diversidade regulamentar nacional – os requisitos reforçados. Apesar de tal não se encontrar expressamente previsto nos arts. 114.º e 115.º do TFUE,³⁹ a técnica da harmonização mínima também pode aqui ser utilizada, desde que tal não conflitue nem com os objetivos que a medida visa prosseguir, nem com os Tratados.⁴⁰

5. O mercado interno na jurisprudência do TJUE

O art. 115.º do TFUE refere que as instituições europeias deverão adotar as diretivas necessárias à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos EMs tendo em vista o *estabelecimento ou funcionamento do mercado interno*.

Em nosso entender, a jurisprudência desenvolvida pelo Tribunal no âmbito do art. 114.º do TFUE permitir-nos-á encontrar uma definição capaz de fixar as características essenciais

³⁷ Assim, se o objetivo da (re)regulamentação levada a cabo pela norma europeia for a proteção da saúde pública, os EMs podem agravar os requisitos no sentido do reforço daquela proteção. A título de exemplo, se uma diretiva exigir que um aviso relativo ao perigo que o consumo de tabaco implica para saúde ocupe, pelo menos, 4% da superfície do maço de tabaco, então um EM pode optar por exigir que tal aviso ocupe 5% ou mais do referido maço.

³⁸ Podemos encontrar esta feliz expressão em de Cecco, 2006. Para uma análise aprofundada de várias questões relacionadas com a harmonização mínima, vide Dougan, 2000.

³⁹ Ao contrário de outras disposições, como o art. 153.º, n.º 3.

⁴⁰ Conclusões do Conselho Europeu de Edimburgo de 1992, p. 20.

deste conceito.⁴¹ Iremos, assim, recorrer à jurisprudência fixada pelo TJUE no âmbito deste preceito, por entendermos que a mesma é transponível para o art. 115.º do TFUE.⁴²

5.1 Competência funcionalizada à construção ou aprofundamento do mercado interno

Como já atrás referimos, de acordo com o princípio da atribuição de competências, a UE apenas dispõe daquelas que se encontrem previstas nos Tratados. Ora, o art. 26.º, n.º 1 do TFUE refere que “[a] União adota as medidas destinadas a estabelecer o mercado interno ou a assegurar o seu funcionamento”, compreendendo este “um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados” (n.º 2). Por outras palavras, as medidas aprovadas ao abrigo dos arts. 114.º e 115.º do TFUE deverão ter por fundamento e objetivo últimos a criação de um espaço sem fronteiras no qual se possam exercer as quatro liberdades fundamentais.

Isto mesmo ficou claro no acórdão *Sobre a publicidade ao tabaco I*, no qual se decidiu que:

o mercado interno é caracterizado pela abolição, entre os EMs, dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais [pelo que] resulta da conjugação destas disposições [as antecessoras do art. 26.º do TFUE] que as medidas previstas no art. 100.º-A, n.º 1 do Tratado [antecessor do art. 114.º, n.º 1 do TFUE] se destinam a melhorar as condições do estabelecimento e do funcionamento do mercado interno. Interpretar este art. no sentido de que o mesmo atribui ao legislador comunitário uma competência geral para regulamentar o mercado interno seria não só contrário ao próprio teor das referidas disposições, mas igualmente incompatível com o princípio consagrado no

⁴¹ Não ignoramos que o carácter dinâmico do conceito de mercado interno e da jurisprudência relativa ao mesmo dificulta esta nossa análise, sendo esta busca, para alguns, um exercício fútil de fixação de limites que se esfumam e, como tal, não podem servir de fundamento a um qualquer controlo jurisprudencial. Nesse sentido, *vide* Weatherill, 2011. Conscientes destas reservas, entendemos que esta é a única possibilidade de fixação de um conceito capaz de ser operacionalizado para efeitos do controlo jurisdicional da validade da ATAD.

⁴² Relativamente à articulação entre estas duas normas, gostaríamos apenas de deixar duas notas: primeiro, entendemos que a referência do art. 115.º ao 114.º (“sem prejuízo do disposto no art. 114.º”) visa não apenas fixar o carácter residual da primeira disposição face à segunda, no sentido de que aquela base jurídica só pode ser utilizada nas situações em que esta o não possa ser (como é o caso das disposições fiscais, excetuadas no n.º 2 do art. 114.º), mas também esclarecer que o art. 115.º deverá igualmente ser utilizado para realizar os objetivos enunciados no art. 26.º do TFUE (a realização do mercado interno), como vem referido no n.º 1 do art. 114.º; em segundo lugar, a ligeira diferença de redação nos dois preceitos – o 114.º, n.º 1 refere as medidas que tenham *por objeto* o mercado interno, ao passo que o 115.º menciona as diretivas que tenham *incidência direta* no mesmo – não tem subjacente qualquer diferença substancial no posicionamento de ambos face ao conceito de mercado interno. Cremos ser esta a posição de Lenaerts, et al., 2011, n.º 9-114, embora tal não se encontre expressamente referido. Lazarov & Govind, 2019, p. 860, são da mesma opinião, procedendo também à análise da jurisprudência do TJUE ao abrigo do art. 114.º. Assim sendo, as referências que neste capítulo se façam ao art. 114.º deverão considerar-se igualmente aplicáveis ao art. 115.º.

[atual art. 5.º do TUE] segundo o qual as competências da Comunidade são competências de atribuição.⁴³

Chegados aqui, podemos com segurança afirmar que não foi atribuído à UE um qualquer *poder regulamentar geral* – como aquele de que os Estados normalmente gozam –, que lhe permita regular a atividade económica independentemente de qualquer consideração adicional. Mas quais serão então estas considerações adicionais a ter em conta no processo de regulamentação? Como veremos de seguida, as medidas aprovadas ao abrigo do 114.º do TFUE deverão contribuir para: (i) facilitar o exercício das quatro liberdades; ou (ii) homogeneizar as condições de concorrência.

Posto isto, antes de chegarmos ao desenho das medidas a tomar pela UE, é necessário analisar os pressupostos de que depende a atuação da mesma, que são, inversamente, a existência de: (i) disparidades entre as regulamentações nacionais; ou (ii) distorções de concorrência.

5.2 Disparidades entre as regulamentações nacionais

Seguindo uma jurisprudência constante,⁴⁴ no acórdão *República Checa c. Parlamento e Conselho*, o TJUE reiterou que “embora a simples constatação de disparidades entre as regulamentações nacionais não seja suficiente para justificar o recurso ao art. 114.º do TFUE, o mesmo não acontece no caso de divergências entre as disposições legislativas, regulamentares ou administrativas dos EMs suscetíveis de colocar entraves às liberdades fundamentais e de ter, assim, influência direta no funcionamento do mercado interno”, sendo que pese “embora o recurso ao art. 114.º do TFUE como base jurídica seja possível a fim de prevenir obstáculos futuros às trocas comerciais resultantes da evolução heterogénea das legislações nacionais, o aparecimento desses obstáculos deve ser verosímil e a medida em causa deve ter por objeto a sua prevenção”.⁴⁵ Estas palavras quase sacramentais poderão ser resumidas nos seguintes termos: as disparidades entre as várias regulamentações nacionais só poderão dar azo à harmonização ao nível da UE se colocarem *entraves ao exercício das liberdades fundamentais*, podendo aquela ocorrer preventivamente se for *verosímil* o aparecimento de obstáculos futuros.

Acontece, porém, que o TJUE raramente faz uma análise exaustiva do preenchimento deste requisito. Com efeito, não nos foi possível encontrar qualquer caso em que o Tribunal tivesse considerado existir uma disparidade regulamentar inapta a colocar obstáculos ao exercício das liberdades fundamentais e que, conseqüentemente, levasse à anulação da intervenção harmonizadora da UE.

⁴³ §§ 82-83.

⁴⁴ Que já vem, pelo menos, do acórdão *Sobre a publicidade ao tabaco I*.

⁴⁵ *República Checa c. Parlamento e Conselho* (§§ 34-35).

Habitualmente, o TJUE basta-se com a constatação de divergências ao nível da legislação dos diferentes EMs, o que muitas vezes dá por comprovado por recurso a afirmações mais ou menos genéricas constantes dos considerandos dos atos legislativos europeus sob exame.⁴⁶ As declarações dos EMs – que podem ser aqueles que votaram em sentido favorável à aprovação dos atos no seio do Conselho – de que tencionam adotar regulamentações díspares é também critério para verificar a existência de uma divergência relevante.⁴⁷

O Tribunal comprovou igualmente a existência de divergências sobre determinado tema pela quantidade de processos de reenvio prejudicial que recebeu e pelas queixas que os agentes económicos fizeram chegar à CE.⁴⁸ Por vezes, nomeadamente na jurisprudência relativa às diretivas do tabaco, o Tribunal menciona que as divergências têm impacto no mercado interno pois ocorrem num setor em que o comércio intracomunitário assume uma importância muito relevante.⁴⁹

A existência de organismos internacionais cujas diretrizes – vinculativas ou não – têm impacto na legislação dos vários EMs também foi apreciada por diversas vezes a este nível. Assim, o facto de as legislações domésticas se terem baseado num mesmo instrumento internacional – no caso, a Convenção sobre as Patentes Europeias, de 1973 – não foi suficiente para afastar a possibilidade de existirem divergências relevantes entre as legislações nacionais, na medida em que podem ser efetuadas interpretações jurisprudenciais ou administrativas divergentes ao abrigo das disposições do mesmo, capazes de criar diferenças na aplicação das diferentes normas nacionais, as quais seriam nefastas ao bom funcionamento do mercado interno.⁵⁰

Por sua vez, a participação numa convenção internacional com o mesmo objetivo do instrumento legislativo europeu em análise – no caso, a Convenção-Quadro da OMS para a Luta Antitabaco – não seria de molde a reduzir as disparidades regulamentares, pois nem todos os EMs a haviam ratificado e, relativamente àqueles que o haviam feito, as medidas a que se obrigavam podiam ser diversas.⁵¹ A necessidade de posteriormente adaptar a regulamentação nacional na sequência das diretrizes emanadas pela OMS também poderia causar divergências relevantes.⁵²

⁴⁶ *Sobre a publicidade ao tabaco I* (§ 90); *Países Baixos c. Parlamento e Conselho* (§ 16); *British American Tobacco* (§§ 72-73); *Arnold André* (§ 38); *Sobre a publicidade ao tabaco II* (§ 46). Encontramos uma referência à análise de impacto feita pela CE, na qual se elencaram as “grandes divergências” existentes nas regulamentações nacionais na matéria em causa; suspeitamos, todavia, que o TJUE entenderia que o requisito se encontrava preenchido mesmo na ausência de tal estudo, como se pode ver no acórdão *Philip Morris* (§ 98).

⁴⁷ *British American Tobacco* (§ 69).

⁴⁸ *Alliance for Natural Health* (§§ 36-37).

⁴⁹ *Arnold André* (§ 40).

⁵⁰ *Países Baixos c. Parlamento e Conselho* (§ 16).

⁵¹ *Sobre a publicidade ao tabaco II* (§§ 48-50).

⁵² *Philip Morris* (§ 99).

Uma anterior harmonização europeia não exaustiva pode originar igualmente soluções nacionais não apenas divergentes – é essa, aliás, a essência de tal harmonização –, mas cuja divergência é suscetível de causar entraves ao desenvolvimento do mercado interno.⁵³

Por último, a probabilidade do surgimento de uma divergência futura pode encontrar-se na “crescente tomada de consciência do público quanto ao carácter nocivo dos produtos do tabaco para a saúde”, que poderá levar os EMs a adotar “novas regras, que reflectam essa evolução, destinadas a desencorajar de forma mais eficaz o consumo desses produtos”.⁵⁴

A análise do TJUE a este nível pode revelar-se perfunctória ao ponto de ignorar dúvidas relevantes colocadas pelo próprio AG. Com efeito, no processo *Vodafone* o Tribunal entendeu ser verosímil o risco de uma evolução heterogénea das legislações nacionais, fundamentando tal decisão na simples remissão para os considerandos do regulamento em análise, que referiam uma competência residual dos EMs na matéria em causa, sem cuidar de verificar se as medidas tomadas ao abrigo daquela competência poderiam dar origem a uma divergência regulamentar com impacto no mercado interno.⁵⁵ Tal superficialidade torna-se ainda mais clamorosa se analisarmos as conclusões do AG, nas quais este, primeiro, defendeu não ter ficado demonstrada a probabilidade do surgimento de obstáculos futuros ao exercício das liberdades fundamentais e, perante esta conclusão, desenvolveu uma nova teoria capaz de sustentar a validade do regulamento em causa.⁵⁶ Embora não tendo de partilhar da posição do AG sobre a matéria analisada, exigia-se do TJUE que tivesse fundamentado melhor a sua posição, sob pena de tornar este requisito inoperante.⁵⁷

Concluindo, em nenhum dos acórdãos por nós analisados considerou o Tribunal não estar preenchido este requisito, limitando-se habitualmente a constatar – por remissão para os considerandos do ato em análise – existirem regulamentações divergentes sobre a matéria em causa e assumindo que essas divergências seriam suficientes para justificar uma intervenção harmonizadora da UE. Ora, decorrendo naturalmente estas divergências do facto de a UE ser composta por EMs que têm ordens jurídicas autónomas, este requisito corre o risco de se tornar inoperante no que ao controlo da intervenção do legislador europeu respeita.⁵⁸

⁵³ *British American Tobacco* (§ 66).

⁵⁴ *Arnold André* (§ 40); *British American Tobacco* (§ 67).

⁵⁵ *Vodafone* (§§ 43-45).

⁵⁶ *AG Vodafone* (§§ 15-24).

⁵⁷ Esta superficialidade na análise também perpassa o acórdão *República Checa c. Parlamento e Conselho* – referente à Diretiva (UE) 2017/853, relativa ao controlo da aquisição e da detenção de armas – no qual o TJUE não foi claro na demonstração da existência de obstáculos efetivos ou futuros às liberdades fundamentais, fazendo antes um apelo ao reforço do peso das considerações securitárias na sequência dos ataques terroristas de 2015 em Paris. Há, no entanto, – e ao contrário do que sucede no processo *Vodafone* – uma referência a disparidades normativas efetivas entre os EMs (§ 52); todavia, não é feita qualquer análise quanto ao impacto dessas disparidades no mercado interno.

⁵⁸ Neste sentido, *vide* Weatherill, 2011, pp. 831-843.

5.3 Distorções sensíveis na concorrência

Nos termos da jurisprudência do TJUE, a existência de obstáculos às trocas comerciais e a existência de distorções da concorrência são requisitos alternativos e não cumulativos,⁵⁹ razão pela qual o Tribunal não faz, habitualmente, uma análise exaustiva deste último requisito.

Posto isto, no acórdão *Vodafone* o Tribunal decidiu – em nossa opinião, após uma análise pouco aturada dos argumentos em causa – que a possível existência de divergências nas regras ao abrigo das quais os agentes económicos atuam representa uma distorção sensível da concorrência capaz de legitimar uma intervenção por parte do legislador europeu. Uma vez mais, o AG chegou à conclusão oposta.⁶⁰ A decisão do Tribunal neste caso é especialmente relevante, pois o requisito legitimador da intervenção europeia foi precisamente a existência de distorções significativas de concorrência.

Do que referimos parece decorrer que a mera existência de uma evolução heterogénea das legislações nacionais pode provocar distorções significativas da concorrência. Ora, em nosso entender, tal vai contra o que o TJUE decidiu no acórdão *Sobre a publicidade ao tabaco I*, onde se escreveu que:

[s]e não houvesse tal exigência [de que as distorções sejam sensíveis], a competência do legislador comunitário não teria praticamente limites. Com efeito, as regulamentações nacionais diferem muitas vezes quanto às condições de exercício das atividades em causa, o que se repercute direta ou indiretamente sobre as condições de concorrência das empresas envolvidas. Daqui resulta que interpretar o [atual art. 114.º do TFUE] no sentido de que o legislador comunitário podia fundar-se nestes artigos para suprimir distorções mínimas de concorrência seria incompatível com o princípio (...) de que as competências da Comunidade são competências de atribuição.⁶¹

5.4 Objetivo: eliminação de obstáculos ao mercado interno

Como já vimos atrás, a competência regulamentar europeia ao abrigo dos arts. 114.º e 115.º é funcionalizada ao estabelecimento e funcionamento do mercado interno. Veremos de seguida como o TJUE tem interpretado este requisito. Para tal, analisaremos a jurisprudência do Tribunal no âmbito da discussão da validade de vários instrumentos jurídicos europeus.

⁵⁹ *Sobre a publicidade ao tabaco II* (§ 67) e conclusões do AG (§ 81-90), onde se explica a evolução da jurisprudência do TJUE no que respeita a este requisito. A jurisprudência mais recente também segue esta posição (cf. conclusões do AG nos acórdãos *Philip Morris* – § 61 – e *República Checa c. Parlamento e Conselho* – § 44).

⁶⁰ *Vodafone* (§ 47) e conclusões do AG (§ 31).

⁶¹ *Sobre a publicidade ao tabaco I* (§ 107).

Diretiva 98/43, de 6 de julho

Esta diretiva destinava-se a harmonizar determinados aspetos relativos à publicidade e patrocínio dos produtos do tabaco, tendo sido a única, até à data, a ser anulada pelo TJUE com fundamento na violação do princípio da atribuição de competências por parte das instituições europeias, no conhecido acórdão *Sobre a publicidade ao tabaco I*.

Esta diretiva impunha a proibição total de todas as formas de publicidade ou de patrocínio aos produtos do tabaco,⁶² com exceção da ocorrida em determinadas áreas – como as comunicações destinadas unicamente aos profissionais do ramo do comércio do tabaco⁶³ –, que caíam fora do âmbito da mesma. Esta proibição, defendia o considerando 1 da diretiva, era necessária para garantir a livre circulação dos meios de comunicação em que a publicidade aos produtos do tabaco tinha lugar, pois as diferentes disposições nacionais aplicáveis em matéria de publicidade a este tipo de produtos podiam criar obstáculos à circulação dos referidos meios de comunicação. Porém, a diretiva não concedia qualquer proteção à publicidade não proibida – a que se encontrava fora do âmbito de aplicação da mesma –, na medida em que a cláusula de salvaguarda contida no art. 5.º permitia aos EMs “fixarem exigências mais rigorosas que considerem necessárias para assegurar a proteção da saúde das pessoas em matéria de publicidade ou de patrocínio de produtos do tabaco”.

Na sua análise, o Tribunal referiu que apesar de naquela data não existirem entraves nacionais à importação de revistas, periódicos e jornais que contivessem publicidade aos produtos do tabaco, era crível que a evolução das legislações nacionais fosse num sentido cada vez mais restritivo, levando ao surgimento futuro de obstáculos à livre circulação dos produtos da imprensa.⁶⁴ No entanto, as regras nacionais relativas a grande parte das formas de publicidade àquele tipo de produtos – cartazes, guarda-sóis, cinzeiros, cinema – não tinham qualquer impacto ao nível do funcionamento do mercado interno pois, acrescentamos nós, não implicavam qualquer atividade transfronteiriça.⁶⁵ Acresce que, e este é o ponto fulcral, a existência de uma cláusula de salvaguarda, acima transcrita, aliada à inexistência de uma cláusula de livre circulação, que impedisse quaisquer obstáculos à circulação dos produtos conformes às disposições da diretiva – o que seria logicamente impossível, na medida em que, nos termos desta, toda e qualquer publicidade e patrocínio eram proibidos –, não permite que se afirme estarmos perante um ato legislativo capaz de eliminar obstáculos ao mercado interno.⁶⁶ Nas impressivas palavras do AG, “[o] único efeito da diretiva, no seio do seu largo campo de aplicação, é proibir o comércio dos serviços em questão. Não existe qualquer

⁶² Art. 1.º.

⁶³ Art. 3.º, n.º 5 para as várias exclusões de aplicação.

⁶⁴ § 97.

⁶⁵ § 99.

⁶⁶ §§ 103 e 104 e conclusões do AG (§§ 109-113).

benefício compensatório desta proibição para as empresas que operem na produção ou prestação destes serviços”.⁶⁷

Diretiva 2001/37, de 5 de junho

Esta diretiva também está relacionada com o setor do tabaco, tendo sido analisada pelo TJUE no acórdão *British American Tobacco*. A diretiva contém uma cláusula de livre circulação destinada a impedir quaisquer restrições à comercialização e consumo dos produtos do tabaco que cumpram as regras constantes da mesma, à qual se encontra associada uma cláusula de salvaguarda – que permite aos EMs adotarem medidas mais restritivas tendo em vista garantir a proteção da saúde pública – que apenas se aplica às matérias não harmonizadas pela diretiva.⁶⁸

O Tribunal começa por afirmar que o mercado dos cigarros tem uma forte componente intracomunitária, razão pela qual a existência de regras nacionais divergentes pode gerar, *ipso facto*, obstáculos à livre circulação de mercadorias.⁶⁹ A tal acresce o facto de que as diretivas a substituir pela Diretiva 2001/37, sendo de harmonização parcial, deixavam aos EMs, por definição, margem de adaptação das normas em causa, a qual poderia dar origem a divergências regulamentares, que certamente aumentariam em consequência da pressão da opinião pública relativamente a esta matéria.⁷⁰ Estava assim fixada a existência de divergências regulamentares capazes de criar obstáculos à circulação de mercadorias, em concreto, de cigarros. Chegados aqui, o TJUE considera que a legislação em causa é válida pois

ao contrário da diretiva em causa no processo que deu origem ao acórdão *Sobre a publicidade ao tabaco I*, a diretiva contém, no art. 13.º, n.º 1, uma disposição que assegura a livre circulação dos produtos que respeitem as suas exigências. Esta disposição, ao proibir os EMs de se oporem, por considerações relativas aos aspetos que harmoniza, à importação, à venda e ao consumo de produtos do tabaco conformes com a directiva, confere a esta pleno efeito face ao seu objectivo de melhoria das condições de funcionamento do mercado interno.⁷¹

Confirma-se assim a importância capital das cláusulas de livre circulação na validação dos instrumentos jurídicos europeus que contenham restrições às liberdades fundamentais.

⁶⁷ § 113.

⁶⁸ Art. 13.º n.º 1 para a cláusula de livre circulação e n.º 2 para a cláusula de salvaguarda.

⁶⁹ § 64.

⁷⁰ §§ 66-67.

⁷¹ § 74.

Diretiva 2003/33, de 26 de maio

Esta diretiva vem substituir a Diretiva 98/43/CE, anulada pelo TJUE no acórdão *Sobre a publicidade ao tabaco I*. A Diretiva 2003/33 não teve a mesma sorte pois, nas palavras do Tribunal no processo *Sobre a publicidade ao tabaco II*:

contrariamente à Directiva 98/43, o art. 8.º da directiva prevê que os EMs não podem proibir ou restringir a livre circulação dos produtos que sejam conformes com esta directiva. Consequentemente, este art. 8.º opõe-se a que os EMs coloquem obstáculos à circulação intracomunitária de publicações exclusivamente destinadas aos profissionais do comércio do tabaco, nomeadamente através de disposições mais restritivas, que considerem necessárias para assegurar a protecção da saúde das pessoas, em matéria de publicidade ou de patrocínio dos produtos do tabaco.

Ao proibir, assim, os EMs de se oporem à disponibilização de espaços publicitários em publicações exclusivamente destinadas aos profissionais do tabaco, o art. 8.º da directiva expressa o objectivo, enunciado no seu art. 1.º, n.º 2, de melhorar as condições de funcionamento do mercado interno.⁷²

A importância capital da cláusula de livre circulação é-nos também confirmada pelo AG nas suas conclusões, onde se escreve que:

a falta de uma cláusula de livre circulação, conjugada com a existência de uma cláusula de salvaguarda, teve, sem dúvida, grande importância na decisão do Tribunal de Justiça de anular a Directiva 98/3.

A importância que o Tribunal de Justiça reservou à existência de uma cláusula de livre circulação foi confirmada posteriormente no acórdão *British American Tobacco* (...)

Deve concluir-se da mesma forma a propósito da directiva impugnada. O art. 8.º da mesma confere-lhe pleno efeito à luz do seu objectivo, enunciado no art. 1.º, n.º 2, de melhorar as condições de funcionamento do mercado interno.⁷³

Diretiva 2014/40/UE

Esta diretiva regula igualmente vários aspetos relativos aos produtos do tabaco. No que às regras relativas à rotulagem e embalagem dos produtos do tabaco respeita, a harmonização não é exaustiva, mas sim meramente parcial. Com efeito, e seguindo aqui a análise da AG no

⁷² §§ 73-74.

⁷³ §§ 143-145.

processo *Philip Morris*,⁷⁴ apesar do desenvolvimento do regime da diretiva nesta matéria, este deixa ainda margem para regras nacionais divergentes em vários aspetos, podendo os EMs, nomeadamente, impor os seus próprios requisitos quanto às cores e exigir a normalização das embalagens.

Por sua vez, a cláusula de livre circulação prevê que “[o]s EMs não podem, por considerações relativas aos aspetos regulados pela presente diretiva, e sob reserva dos n.ºs 2 e 3 do presente artigo, proibir ou restringir a comercialização de produtos do tabaco ou de produtos afins que cumpram o disposto na presente diretiva”,⁷⁵ estabelecendo o referido n.º 2 que a diretiva “não afeta o direito dos EMs de manterem ou introduzirem novos requisitos, aplicáveis a todos os produtos comercializados no seu mercado, em matéria de normalização do acondicionamento dos produtos do tabaco, quando tal se justifique por razões de saúde pública”.

Perante esta redação – que o TJUE classificou de ambígua –, coloca-se a questão da articulação entre a harmonização parcial prosseguida pela diretiva e a cláusula de livre circulação contida na mesma, da qual dependerá o alcance daquela e a sua validade ao abrigo do art. 114.º. Segundo o Tribunal, seriam teoricamente possíveis duas interpretações relativamente à possibilidade de introdução de novos requisitos referentes ao acondicionamento dos produtos do tabaco: ou a introdução de novos requisitos é admissível relativamente a qualquer aspeto desse acondicionamento, esteja ou não regulado pela diretiva; ou, ao invés, essa faculdade só se estende aos aspetos que não tenham sido harmonizados.

Ora, transcrevendo a argumentação do TJUE relativa a este tema, uma solução que permitisse aos “EMs manterem ou introduzirem novos requisitos relativos a qualquer aspeto do acondicionamento dos produtos do tabaco, incluindo os que foram harmonizados por essa diretiva, equivaleria, em substância, a pôr em causa a harmonização por ela feita em matéria de acondicionamento desses produtos”, sendo incompatível com o art. 114.º, por violação da regras dos n.ºs 4 a 10, relativas à manutenção e introdução de disposições nacionais derogatórias.⁷⁶ Prosseguindo com o Tribunal:

[é] certo que, ao autorizar os EMs a manter ou introduzir novos requisitos relativos aos aspetos do acondicionamento não harmonizados pela Diretiva 2014/40, o seu art. 24.º, n.º 2, não garante que os produtos cujo acondicionamento esteja em conformidade com os requisitos dessa diretiva possam circular livremente no mercado interno. Contudo, isso é a consequência inevitável da técnica de harmonização escolhida (...) Ora (...) uma medida de harmonização parcial (...) não beneficia menos o

⁷⁴ Em particular, §§ 112-113.

⁷⁵ Art. 24.º, n.ºs 1 e 2.

⁷⁶ §§ 71-72.

funcionamento do mercado interno, pois elimina, se não todos os obstáculos às trocas, pelo menos um certo número deles.⁷⁷

Assim, e segundo o TJUE, a diretiva é conforme com o art. 114.º pois impede os EMs de vedarem a importação, venda e consumo dos produtos do tabaco que respeitem os requisitos harmonizados pela diretiva, *mas valendo esse impedimento apenas quanto a estes*.

Nas palavras da AG:

[s]ó para o caso de o legislador da União não pretender, de modo algum, a livre circulação dos produtos abrangidos por uma diretiva e conformes com ela é que lhe fica excluído o recurso ao art. 114.º do TFUE. Além disso, o legislador da União não deve permitir aos EMs que se oponham, por considerações relativas aos aspetos que a diretiva harmoniza, à importação, à venda e ao consumo de produtos do tabaco conformes com a diretiva.⁷⁸

Concluindo, a harmonização parcial é admissível na medida em que elimina alguns obstáculos à livre circulação de mercadorias, em concreto, aqueles com origem nos aspetos objeto da regulamentação europeia, a qual não pode ser derogada pelos EMs. Os aspetos não harmonizados poderão ser objeto de regulamentação nacional diversa, podendo esta dar origem ao surgimento de obstáculos ao mercado interno, cuja legalidade deverá ser aferida tendo por referência as disposições dos Tratados. Neste tipo de harmonização, as cláusulas de livre circulação são relevantes na medida em que garantem que os EMs não estabelecem obstáculos por referência aos aspetos que já foram harmonizados, o que só poderá acontecer se, acrescentamos nós, as cláusulas de salvaguarda – que funcionam como espelho das cláusulas de livre circulação – não permitirem aos EMs efetuarem derrogações aos aspetos harmonizados.

Chegados aqui, a análise do TJUE à validade dos vários instrumentos jurídicos prossegue para a verificação da correta aplicação dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade.⁷⁹ Não nos iremos debruçar sobre os mesmos, dada a ausência de impacto efetivo no problema que estamos a analisar.

⁷⁷ §§ 79-81.

⁷⁸ § 117.

⁷⁹ Para uma análise dos problemas práticos e conceptuais com a aplicação destes princípios neste âmbito, *vide* Weatherill, 2017, pp. 175-186 e, focado apenas no princípio da subsidiariedade, Chalmers et al., 2006, pp. 219-225. Para o exame da intervenção dos parlamentos europeus nesta matéria, *vide* Heleno Terrinha, 2017.

6. Será a ATAD inválida?

Neste capítulo iremos, por fim, examinar a validade da Diretiva à luz do direito primário europeu, com base nos pontos analisados anteriormente. Iremos utilizar o caso específico da regra relativa às SECs sempre que se revele necessário recorrer a algum dos mecanismos previstos na ATAD.

Posto isto, deixaremos primeiro algumas notas sobre o caminho a seguir na interpretação do direito europeu derivado.

6.1 Princípios interpretativos da lei europeia⁸⁰

Um traço distintivo do direito europeu é o facto de as suas normas estarem escritas em várias línguas – todas elas com valor autêntico –, devendo ser aplicadas a várias ordens jurídicas de maneira uniforme, o que exige o desenvolvimento de conceitos europeus autónomos – que poderão não ter o mesmo alcance que os conceitos similares usados pelas legislações dos EMs – sempre que o direito europeu não remeta para as legislações dos EMs.⁸¹

Tal como acontece na interpretação das legislações nacionais – mas de modo ainda mais intenso dada a diversidade linguística – o elemento literal da interpretação deve ser complementado com os elementos sistemático e teleológico.⁸²

Na interpretação do direito europeu derivado, o TJUE aplica os mesmos cânones interpretativos aplicados ao direito nacional. Assim, se uma regra de direito europeu derivado tiver mais do que uma interpretação possível, deverá ser dada preferência àquela que torna tal norma conforme com o direito primário, seguindo o princípio geral segundo o qual as disposições devem ser interpretadas, na medida do possível, de forma a não pôr em causa a sua legalidade.⁸³ Havendo várias interpretações possíveis, também deverá ser privilegiada aquela que assegure o efeito útil da norma interpretada.⁸⁴

Posto isto, o Tribunal tem entendido que o dever de interpretação consistente do direito nacional face ao direito europeu – que impende sobre o juiz nacional – é limitado pelos princípios gerais de direito e não pode servir de fundamento a uma interpretação *contra legem* do direito nacional em causa,⁸⁵ podendo esta ser entendida como a que vai contra o texto da lei – uma “interpretação artificial ou forçada da legislação nacional”⁸⁶ –, por oposição a uma interpretação *praeter legem* que, embora não esteja claramente prefigurada no texto, não se opõe ao mesmo. Ora, entendemos que este princípio também deverá ser aplicado à

⁸⁰ Seguimos de perto Lenaerts et al., 2011, n.ºs 21-060 a 21-062.

⁸¹ *CILFIT* (§§ 18-20); Rocha, 2014.

⁸² *Jyske Finans* (§ 31).

⁸³ *Parlamento c. Conselho* (§ 39); *Ordre des barreaux francophones e germanophone* (§ 28). Para uma aplicação prática do princípio da interpretação conforme, que levou o TJUE a optar por uma interpretação restritiva ao invés de uma interpretação extensiva, ver processo *Philip Morris* (§§ 66-83).

⁸⁴ *Comissão c. França* (§ 21).

⁸⁵ *Impact* (§§ 97-103).

⁸⁶ Conclusões do AG em *Unibet* (§ 55).

interpretação das disposições de direito europeu derivado em face do direito europeu primário. Com efeito, para além de não existir, a nosso ver, uma razão válida para haver uma divergência interpretativa nos cânones a aplicar nas duas situações, aceitar que o TJUE pudesse efetuar uma interpretação *contra legem* do direito europeu derivado poderia implicar a invasão do domínio de competência do legislador europeu, colocando assim em causa o sistema de separação de poderes definido pelos Tratados, pois obrigaria o Tribunal a reescrever a norma em causa por *fiat* interpretativo.

Por último, de maneira a prosseguir a interpretação sistemática e teleológica da norma, poderá recorrer-se aos trabalhos preparatórios⁸⁷ – como sejam, por exemplo, as exposições de motivos que acompanham as propostas da CE⁸⁸ – e ao preâmbulo do ato a interpretar, embora o mesmo não tenha força jurídica vinculativa e não possa levar nem à derrogação das disposições constantes do ato jurídico, nem à sua interpretação de um modo que seja manifestamente contrário à sua redação.⁸⁹

6.2 As SECs

i. Algumas notas introdutórias sobre o regime e a jurisprudência do TJUE⁹⁰

Num sistema clássico de tributação, as sociedades são entendidas como entes jurídicos distintos dos respetivos sócios, sendo o rendimento de uns e outros tributado de maneira autónoma: os lucros apurados pela sociedade são tributados na sua esfera, ocorrendo a tributação na esfera do sócio apenas e na medida em que tais lucros lhe sejam distribuídos.

Esta situação pode dar azo não apenas ao diferimento da tributação do sócio para o momento da distribuição dos lucros, da liquidação da sociedade ou venda da participação, mas também à transferência abusiva de resultados no seio de um mesmo grupo económico.

De modo a obviar a esta situação, em 1962 os EUA implementaram medidas relativas às denominadas SECs, tendo desde então sido seguidos por outras jurisdições um pouco por todo o mundo.⁹¹ É a este movimento que agora se vem juntar a ATAD.

O funcionamento deste tipo de normas – cujo desenho legal específico diverge muito de regime para regime – assenta na imputação do lucro apurado na esfera da SEC ao respetivo sócio, independentemente da distribuição do mesmo, impedindo assim o diferimento da

⁸⁷ Teixeira (§ 58).

⁸⁸ *NCC Construction Danmark* (§ 30).

⁸⁹ *Deutsches Milch-Kontor* (§ 32).

⁹⁰ Para uma análise aprofundada dos princípios subjacentes ao regime das SECs e do regime legal então vigente em Portugal, vide Moraes, 2005.

⁹¹ Em Portugal, esse regime foi introduzido pelo DL 37/95, de 14 de fevereiro.

tributação. A aplicação desta regra apenas terá lugar se o Estado de residência do sócio considerar que a SEC está, na sua jurisdição, sujeita a uma tributação demasiado baixa.

No entanto, convém não ignorar que as regras relativas às SECs podem violar o direito europeu. Isso mesmo ficou claro no acórdão de referência *Cadbury Schweppes*, no qual o TJUE decidiu que a legislação britânica relativa às SECs violava a liberdade de estabelecimento de maneira injustificada, na medida em que era aplicável mesmo quando a entidade em causa se encontrava efetivamente estabelecida noutro EM e aí desenvolvia uma atividade económica genuína.⁹²

Esta jurisprudência é a prova de que esta legislação deve ser redigida com cuidado, de modo a não colocar em causa as liberdades fundamentais e, deste modo, tornar-se incompatível com o direito europeu.

ii. A transposição da regra da ATAD

As várias possibilidades

Começando pelo âmbito subjetivo da norma,⁹³ aspeto central de qualquer regime legal, verificamos que os dois requisitos cumulativos são, aparentemente, claros. Assim, a norma das SECs apenas seria aplicável quando:

- o sócio – e empresas associadas – detenham, direta ou indiretamente, pelo menos, metade dos direitos de voto, do capital ou do direito aos lucros da SEC; e
- o imposto sobre as sociedades efetivamente pago pela SEC seja inferior a metade do que seria pago se a mesma fosse tributada nos termos da legislação vigente no Estado de residência do respetivo sócio.

No entanto, esta clareza é enganadora pois, nos termos do considerando 12, os EMs poderão reduzir o limiar de controlo ou aumentar o nível de tributação mínimo exigido no Estado da SEC, tendo em vista a instituição de um nível de proteção mais elevado da matéria coletável do imposto sobre as sociedades.

Por sua vez, as regras relativas à delimitação negativa de incidência também podem ser alteradas pelos EMs. Assim, no modelo de imputação por categorias dos rendimentos da SEC, os EMs poderão optar pela não aplicação do regime das SECs se apenas um terço (ou menos) do rendimento obtido pelas mesmas se inserir numa das categorias identificadas naquela

⁹² Em traços gerais, e de acordo com o acórdão do TJUE, a legislação britânica relativa ao imposto sobre o rendimento seguia o princípio da tributação numa base mundial, não tributando os rendimentos das subsidiárias à medida que estes iam sendo gerados, mas apenas aquando da distribuição dos mesmos. Os dividendos distribuídos por uma subsidiária residente no Reino Unido não eram tributados, sendo os dividendos oriundos de entidades residentes em países terceiros tributados apenas aquando da sua distribuição. A tributação das SECs, que ocorria quando uma entidade residente no Reino Unido detinha mais de 50% do capital social da entidade não residente e esta se encontrava sujeita a um baixo nível de tributação, era, assim, uma exceção à regra de que os rendimentos das subsidiárias apenas são tributados aquando da respetiva distribuição.

O Tribunal já teve oportunidade de posteriormente aplicar esta jurisprudência, por exemplo, no processo *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*.

⁹³ Art. 7.º, n.º 1.

norma. Existe também uma regra semelhante direcionada para as empresas financeiras, cuja qualificação como SECs pode ser afastada pelos EMs se apenas um terço (ou menos) do rendimento das referidas categorias for proveniente de operações com o contribuinte ou com empresas suas associadas. Por último, este modelo de imputação não é aplicável se a SEC prosseguir uma atividade económica substantiva. No entanto, esta regra de exclusão de âmbito pode ser afastada pelos EMs – sendo este modelo de imputação aplicável – relativamente a países terceiros que não sejam parte no Acordo do Espaço Económico Europeu. Ainda no âmbito desta matéria, mas agora no que ao segundo modelo de imputação diz respeito – ao abrigo do qual se imputa a totalidade dos rendimentos resultantes de montagens não genuínas postas em prática com a finalidade de obter uma vantagem fiscal – existe uma norma de exclusão *de minimis* que também é de aplicação facultativa por parte dos EMs.⁹⁴

Por último, o regime do reporte das perdas das SECs também se encontra na disponibilidade dos EMs.⁹⁵

Chegados aqui, poderíamos assumir que as possibilidades de divergência das legislações nacionais no que ao regime das SECs respeita ficariam, embora de modo demasiado lato, balizadas. Todavia, fruto do art. 3.º, tal não é assim. Com efeito, e como veremos *infra*, na transposição da ATAD os EMs podem divergir das soluções previstas em qualquer norma da diretiva, desde que tal ocorra no sentido de proteger ainda mais as bases tributáveis das entidades residentes. Como veremos de seguida, os EMs tomaram boa nota desta possibilidade.

*A transposição efetiva: problemas presentes e futuros*⁹⁶

No que ao limiar de controlo e ao nível mínimo de tributação na jurisdição da SEC respeita, 17 EMs optaram por aplicar requisitos mais restritivos, tendo os 10 remanescentes decidido seguir os limiares fixados na ATAD.⁹⁷ No caso de Portugal, o limiar de controlo foi fixado em apenas 25%. A Áustria optou por fixar uma taxa mínima de tributação de 12,5%, tendo a Suécia fixado 55% da sua taxa de imposto e a França optado por 3/5. Os Países Baixos decidiram-se por uma taxa nominal – e não efetiva – de apenas 9%.

Relativamente ao momento em que se afere a existência de controlo, a Irlanda parece ter optado por uma análise contínua ao longo de todo o ano, o que faz com que a entidade seja ou deixe de ser uma SEC quando haja uma alteração na detenção do seu capital, direitos de voto ou direito aos resultados. O regime português – como a generalidade dos regimes dos demais EMs – não faz qualquer referência específica a este ponto, o que parece indiciar que a aferição do cumprimento do requisito ocorre no termo de cada período de tributação.

⁹⁴ Art. 7.º, n.º 2, al. a) e n.ºs 3 e 4.

⁹⁵ Art. 8.º, n.º 1.

⁹⁶ Baseámo-nos na análise de Groot, 2019.

⁹⁷ COM(2020)383 final de 19/08/2020.

A definição do que é o controlo indireto para efeitos da fixação do limiar de controlo não se encontra fixada na ATAD. Assim, os Países Baixos e o Luxemburgo consideram a totalidade das participações detidas através das entidades associadas,⁹⁸ ao passo que o regime português, na ausência de qualquer referência expressa a este tema, parece remeter para o método da multiplicação sucessiva constante do art. 69.º, n.º 6 do CIRC.

No que ao modelo de imputação respeita, os Países Baixos adotaram ambos, tendo a Suécia optado pelo modelo da categoria de rendimentos, incluindo embora a totalidade do rendimento da SEC, independentemente de o mesmo ter ou não origem numa das categorias identificadas na diretiva.

Em matéria de delimitação negativa de incidência, os Países Baixos aplicam a isenção decorrente do exercício de uma atividade económica substantiva por parte da SEC a todos os países terceiros e a Finlândia faz depender a aplicação dessa isenção da existência adicional de um acordo de troca de informações e do facto de a SEC desenvolver uma atividade produtiva.

Relativamente ao crédito para evitar a dupla tributação, os Países Baixos seguiram de perto as regras contidas na ATAD, limitando-se a excluir da base tributável dos sócios os rendimentos que já lhes tenham sido previamente imputados. No entanto, a Irlanda atribui um crédito de imposto ao sócio que tem em conta não apenas o montante que lhe tenha sido imputado, mas também qualquer imposto autonomamente suportado pela SEC relativamente ao rendimento imputado.

Posto isto, não poderíamos deixar de referir com mais detalhe uma norma nacional polaca que, a nosso ver, está potencialmente em desacordo com o direito primário europeu.⁹⁹ Ao abrigo da mesma, uma SEC residente numa jurisdição que conste da lista de paraísos fiscais aprovada pelo Governo polaco encontra-se abrangida por aquele regime independentemente do controlo exercido sobre a mesma pela entidade residente na Polónia, do nível de tributação a que se encontra sujeita ou do tipo de rendimento gerado. Acresce que, caso os demais acionistas não sejam residentes na Polónia, é imputada à entidade residente neste país a totalidade do rendimento, independentemente da sua real percentagem de detenção. Estas presunções são absolutas, não admitindo assim prova em contrário. Este regime poderá colocar em causa a liberdade de circulação de capitais, aplicável também a países terceiros, dada a desproporcionalidade do mesmo.

⁹⁸ Se a Sociedade A detiver 40% da Sociedade B e esta detiver 80% da Sociedade C, então considera-se que a Sociedade A detém 80% da Sociedade C.

⁹⁹ Neste ponto, baseámo-nos na análise efetuada por Kuzniacki, 2018.

6.3 Da invalidade da ATAD

O art. 3.º e a harmonização parcial

Em nosso entender, a validade da Diretiva dependerá da interpretação que se fizer do seu art. 3.º, dada a abertura que o mesmo proporciona aos EMs no desenho das medidas nacionais de transposição.

Começando pelo elemento literal da norma, ponto de partida para qualquer interpretação, fica absolutamente claro que os EMs podem alterar todas as normas da ATAD, no pressuposto de que tal alteração é necessária para “garantir um nível de proteção mais elevado da matéria coletável do imposto sobre as sociedades a nível nacional”, não havendo necessidade, ou possibilidade, de fundamentar tal desvio com recurso a qualquer outra razão.

Esta interpretação tem suporte no elemento teleológico, pois a diretiva foi aprovada no seguimento do estudo desenvolvido pela OCDE que visa precisamente lutar contra o BEPS. Este mesmo objetivo é reconhecido nos considerandos da diretiva, de onde constam múltiplas alusões aos trabalhos da OCDE¹⁰⁰ e se refere uma e outra vez que a luta contra a erosão da base tributável ou o combate ao planeamento fiscal agressivo¹⁰¹ são dois dos objetivos essenciais da mesma. Por outro lado, nesses mesmos considerandos é reforçada a abertura dada aos EMs para introduzirem normas mais restritivas do que as previstas na diretiva.¹⁰² Deste modo, qualquer outra interpretação que tivesse por objetivo reduzir a margem de atuação dos EMs na transposição das normas da diretiva seria *contra legem* e, portanto, proibida.¹⁰³

Este artigo deixa assim claro que a harmonização prosseguida pela ATAD, que não substitui as várias regulamentações nacionais por uma regulamentação única europeia, é mínima e não exaustiva. Ora, como veremos de seguida, este tipo de harmonização necessita de cumprir um conjunto de requisitos para que se possa considerar ter sido validamente adotada ao abrigo do art. 115.º do TFUE.

Breve recapitulação dos pressupostos da utilização do art. 115.º como base jurídica; divergências regulamentares ou repartição equilibrada do poder tributário

Como vimos acima, o recurso ao art. 115.º só é admissível se tiver por objetivo a eliminação de obstáculos ao exercício das liberdades fundamentais que coloquem em causa o funcionamento do mercado interno. Na ausência do cumprimento de tal requisito não é

¹⁰⁰ Considerandos 1, 2 e 3.

¹⁰¹ Considerandos 2, 3, 5.

¹⁰² Os considerandos 6 e 8 – relativos à regra da limitação de juros – permitem, por exemplo, que os EMs reduzam o rácio do EBITDA ou o limiar financeiro e alterem a própria regra relativa ao cálculo daquele rácio, desde que, com isso, garantam uma proteção mais elevada da base tributável nacional.

¹⁰³ Lazarov & Govind, 2019, p. 863, parecem partilhar da nossa posição, embora aludam à possibilidade de se interpretar o art. 3.º como tendo uma cláusula de livre circulação implícita.

possível recorrer àquela norma habilitante pois ela não atribui um qualquer poder regulamentar geral à UE.

Em nossa opinião, os obstáculos que a ATAD visa remover não podem deixar de corresponder às divergências regulamentares entre as diferentes normas nacionais relativas aos mecanismos constantes da Diretiva. No entanto, iremos também analisar a perspetiva segundo a qual a simples existência destes mecanismos é benéfica para o mercado interno, na medida em que eles permitem uma repartição equilibrada do poder tributário entre os EMs.¹⁰⁴

Se assumirmos a posição de que a existência de divergências regulamentares – ou a verosimilhança do seu surgimento – é um obstáculo para o mercado interno, como já foi por diversas vezes aceite pelo TJUE,¹⁰⁵ então é necessário que a legislação europeia contribua para harmonizar as normas em causa. Não sendo possível, ou desejável, a harmonização exaustiva, poderá ter lugar uma harmonização parcial. No entanto, esta harmonização só poderá ser validamente prosseguida ao abrigo do art. 115.º se contiver uma cláusula de livre circulação associada, que garanta o exercício das liberdades fundamentais nos aspetos harmonizados pela diretiva. A comparação da ATAD com a jurisprudência dos acórdãos *Sobre a publicidade do tabaco I e II* permite-nos lançar alguma luz sobre este ponto.

Como já vimos acima, a Diretiva 98/43 – que visava eliminar obstáculos à livre circulação da imprensa escrita – continha uma proibição genérica de todas as formas de publicidade aos produtos do tabaco, com exceção daquelas que caíam fora do seu âmbito como, por exemplo, a publicidade destinada aos profissionais do comércio do tabaco. A regulação destas últimas continuava na esfera dos EMs, que podiam assim fazer o que entendessem, desde proibi-las por completo a não prever qualquer tipo de regulamentação. Por sua vez, a Diretiva 2003/33 continha igualmente uma proibição abrangente da publicidade aos produtos do tabaco, mas garantia que a publicidade não proibida, como a direcionada aos profissionais do comércio do tabaco, não podia ser colocada em causa através de regulamentação mais restritiva criada pelos EMs. Este objetivo era alcançado através de uma cláusula de livre circulação, que impedia os EMs de imporem condições mais restritivas aos produtos de imprensa oriundos de outros EMs. Esta cláusula respondia, assim, à necessidade de assegurar que o cumprimento dos requisitos harmonizados pela legislação europeia é garantia bastante de que não existirão entraves adicionais ao exercício das liberdades fundamentais. Como vimos, a primeira das referidas diretivas foi anulada também por não dispor de uma cláusula de livre circulação, tendo a segunda passado no teste do TJUE, em grande parte por dispor da referida cláusula.

¹⁰⁴ Lazarov & Govind, 2019, p. 860, referem a possibilidade de a ATAD se fundamentar no combate ao planeamento fiscal agressivo e defendem que, por causa da harmonização mínima prevista no art. 3.º, se torna difícil defender que a Diretiva contribui para melhorar o funcionamento do mercado interno.

¹⁰⁵ Ver Capítulo 5, 1.2 e jurisprudência aí citada.

Este aspeto volta a ser sublinhado no acórdão *Philip Morris*,¹⁰⁶ no qual o Tribunal, colocado perante uma situação de harmonização parcial, deixou claro que uma diretiva que permitisse aos EMs introduzirem novos requisitos relativamente aos aspetos que haviam sido harmonizados seria ilegal pois colocaria em causa a harmonização pretendida e, com ela, o fundamento para o recurso ao art. 114.º.

Transpondo esta análise para o caso da norma relativa às SECs prevista na ATAD, podemos começar pela constatação de que uma regra deste tipo constitui uma restrição – que pode ser justificada – às liberdades de estabelecimento ou de circulação de capitais.

Pegando de seguida num dos requisitos para a aplicação daquela regra – o limiar mínimo de tributação na jurisdição da SEC –, antes da aprovação da Diretiva, o regime legal dos vários EMs era muito díspar, indo da ausência de regra¹⁰⁷ à sua aplicação nos casos em que o imposto a pagar na jurisdição da SEC era inferior a 75% do imposto que seria pago na jurisdição do sócio.¹⁰⁸ Ora, após a aprovação da ATAD ficou assegurado que a regra relativa às SECs será aplicada se o imposto na jurisdição da SEC for inferior a 50% do devido na jurisdição do sócio, mas não se garante que a regra não será aplicada se, por exemplo, o imposto da jurisdição da SEC corresponder a 95% do da jurisdição do sócio.

Em nosso entender, a situação acabada de descrever viola a jurisprudência do TJUE relativamente às cláusulas de livre circulação. Com efeito, sempre que uma diretiva visa harmonizar determinado aspeto introduzindo obstáculos ao exercício das liberdades fundamentais, esteja em causa a livre circulação de bens – no caso das diretivas sobre a publicidade dos produtos do tabaco – ou o direito de estabelecimento – no caso das regras relativas às SECs –, a mesma tem de garantir o livre exercício dessas liberdades fundamentais *sempre que e na medida em que* os operadores económicos cumpram os requisitos harmonizados. Os EMs não podem alterar estes requisitos, sob pena de colocarem em causa o objetivo harmonizador da diretiva. A cláusula de livre circulação visa precisamente atingir esse desiderato.

Ora, como é bom de ver, não há nenhum requisito da diretiva cujo cumprimento garanta a não aplicação da regra relativa às SECs, pois todos e cada um deles podem ser alterados pelos EMs ao abrigo do art. 3.º. Nesse sentido, não existe qualquer cláusula de livre circulação, a qual já foi considerada essencial pelo TJUE por diversas vezes.

Acresce que, ao fomentar a divergência regulamentar numa matéria como esta – através da faculdade de que os EMs gozam para moldar as regras relativas às SECs ao abrigo do art. 3.º –, pode também defender-se que a ATAD está a tornar verosímil o surgimento de regras potencialmente violadoras do direito europeu primário, como é o caso das normas polacas

¹⁰⁶ Ver pp. 32-34.

¹⁰⁷ A Bulgária.

¹⁰⁸ Legislação do Reino Unido, tal como referido no processo *Cadbury Schweppes* (§ 7).

acima analisadas, situação que o Tribunal já entendeu ser justificadora da intervenção legislativa harmonizadora europeia.¹⁰⁹

Concluindo, ao não proceder à harmonização total da matéria em análise, a Diretiva não pôs fim à divergência das várias regulamentações nacionais relativamente aos mecanismos em causa. Este estado de coisas não leva em si mesmo à invalidade da ATAD, na medida em que a harmonização parcial também é legalmente admissível, embora sob condição de existir uma cláusula de livre circulação associada à mesma. No entanto, a Diretiva não contém qualquer cláusula deste tipo, pelo que a conclusão não pode ser outra que não a invalidade da ATAD.¹¹⁰

Em alternativa à divergência regulamentar, poderia argumentar-se que a intervenção europeia consubstanciada na Diretiva poderia ser fundamentada na circunstância de a simples existência das normas previstas naquela ser benéfica para o mercado interno, na medida em que visam garantir que a tributação ocorre no local em que a atividade económica tem lugar, combatendo assim a transferência de lucros entre jurisdições.

Como nota prévia, gostaríamos de referir que a proteção dos interesses fiscais dos EMs não só não se encontra prevista nos Tratados como um dos objetivos a prosseguir pela UE – ao contrário, por exemplo, da proteção da saúde ou dos consumidores –, como não é, segundo a jurisprudência do TJUE, uma das razões imperiosas de interesse geral capazes de justificar as restrições às liberdades fundamentais implementadas pelos EMs.¹¹¹

Assim sendo, estas normas teriam de ter um outro fundamento, a saber, a preservação da repartição equilibrada do poder de tributação entre os EMs, justificação que já foi aceite pelo Tribunal como uma das razões imperiosas de interesse geral ao abrigo da qual pode ser fundamentada uma restrição às liberdades fundamentais.¹¹² No entanto, em nosso entender, essa justificação só foi aceite porque se encontrava associada a uma outra, em concreto, a prevenção do planeamento fiscal agressivo nas situações em que esta não ocorra com recurso a expedientes puramente artificiais.¹¹³

No entanto, o art. 3.º não contém qualquer referência ao combate a comportamentos abusivos levados a cabo pelos contribuintes. Deste modo, e seguindo uma interpretação literal desta norma, os EMs apenas poderiam adotar regras distintas com base numa visão maximalista dos seus respetivos poderes de tributação, o que certamente levantaria questões adicionais ao nível da coordenação dos vários sistemas fiscais nacionais, dando eventualmente azo a situações de dupla tributação. Com esta interpretação, é duvidoso que este preceito

¹⁰⁹ Como já vimos acima, no acórdão *British American Tobacco* (§§ 66-67) o TJUE considerou que a intervenção europeia harmonizadora estava justificada pois a harmonização parcial deixava margem para os EMs adotarem regulamentações divergentes, especialmente numa área em que a pressão da opinião pública era elevada (naquele caso, a proteção da saúde em face do consumo do tabaco, no caso da ATAD, o combate ao planeamento fiscal efetuado pelas multinacionais).

¹¹⁰ No mesmo sentido, *vide* Lazarov & Govind, 2019, pp. 862-863.

¹¹¹ *Danner* (§ 56); *Skandia* (§ 53); *de Lasteyrie du Saillant* (§ 60); *Meilicke* (§ 30); e *Cadbury Schweppes* (§ 49).

¹¹² *SGL* (§§ 65-69).

¹¹³ Neste sentido, *vide* Kuzniacki, 2018, pp. 167-168. Existindo tais expedientes, a justificação da restrição basta-se com o princípio geral de combate a práticas abusivas, aceite pelo direito europeu.

cumpra com um dos requisitos cumulativos de que depende a utilização do critério da repartição equilibrada do poder de tributação como justificação para restrições às liberdades fundamentais – a existência de abuso –, pelo que seria inválido.

Acresce que, mesmo que se aceite que a repartição equilibrada do poder de tributação pode servir como justificação autónoma das restrições às liberdades fundamentais, daqui não decorre que possa servir de fundamento a um conjunto de normas europeias com essa finalidade, pelo menos não do modo como essa regulamentação foi efetuada pela ATAD.

Em primeiro lugar, e tal como sucede com a proteção dos interesses fiscais dos EMs, a repartição equilibrada do poder de tributação não é um objetivo previsto nos Tratados, sendo apenas uma das razões imperiosas de interesse geral capazes de justificar uma restrição às liberdades fundamentais, cuja aplicação deve ser escrutinada casuisticamente pelo TJUE. A sua codificação representaria, de certo modo, a inversão da jurisprudência do Tribunal nesta matéria.

Depois, mesmo que se entenda que a repartição equilibrada do poder de tributação é um objetivo a prosseguir pelas instituições europeias, não se pode perder de vista que o recurso ao art. 115.º implica que uma regulamentação com tal objetivo deva, antes de qualquer consideração adicional, contribuir para o bom funcionamento do mercado interno. Ora, tal só acontecerá, em nosso entender, se forem cumpridos os requisitos jurisprudenciais respeitantes às divergências regulamentares, que embora não prescrevam a harmonização exaustiva, exigem a previsão de uma cláusula de livre circulação quando estivermos perante uma harmonização parcial, o que não se nos afigura possível perante a redação do art. 3.º.¹¹⁴ Terminamos, assim, como começámos: a existência do art. 3.º invalida a ATAD, ainda que se considere que o fundamento para a mesma é a repartição do poder de tributação e não a divergência regulamentar existente nos vários EMs relativamente aos vários mecanismos da Diretiva.

Chegados aqui, a conclusão não pode ser outra senão a invalidade da ATAD,¹¹⁵ pelo incumprimento dos requisitos de que depende o recurso ao art. 115.º.

¹¹⁴ A ausência de uma cláusula de livre circulação também é a circunstância que nos leva a defender que o art. 3.º é inválido mesmo que se entenda que visa a repartição equilibrada do poder de tributação simultaneamente com o combate ao planeamento fiscal agressivo. Este objetivo, que não está expressamente previsto nos Tratados, não pode ter um tratamento diverso do concedido à proteção da saúde, que se encontra prevista expressamente nos Tratados como sendo um objetivo a prosseguir pela UE e exige uma cláusula de livre circulação para que a intervenção harmonizadora europeia seja válida.

¹¹⁵ Não vamos analisar a questão da invalidade parcial, que poderia redundar na anulação do art. 3.º e manutenção das restantes provisões da ATAD. Posto isto, gostaríamos de referir que o TJUE apenas aceita invalidar parcialmente um ato europeu se os elementos cuja anulação é pedida forem destacáveis do resto do ato e desde que a respetiva anulação não tenha por efeito alterar a substância daquele (*Comissão c. Parlamento e Conselho*, §§ 16-20). A alteração da substância é uma análise objetiva, que depende da lógica interna do ato analisado e da teleologia do mesmo e não da vontade política das instituições que o adotaram (*Alemanha c. Comissão*, §§ 34-37).

Conclusões

I. A ATAD surgiu no contexto do combate ao BEPS, o que perpassa pela escolha e recorte legal das figuras jurídicas que disciplina, as quais, em abstrato, podem colocar obstáculos ao exercício das liberdades fundamentais, como já foi decidido pelo TJUE no passado.

II. A UE não dispõe de um poder regulamentar geral, estando as suas competências limitadas pelo princípio da atribuição e dependendo o seu concreto exercício da base jurídica escolhida. As diretivas adotadas ao abrigo do art. 115.º do TFUE têm de contribuir para o funcionamento do mercado interno através da harmonização das legislações nacionais, sob pena de serem inválidas. O mercado interno é, no entanto, um conceito dinâmico e de difícil apreensão.

III. A jurisprudência do TJUE permite-nos afirmar que as divergências regulamentares existentes entre as legislações dos vários EMs são um requisito suficiente para a intervenção europeia ao abrigo daquela norma. Esta intervenção tem, no entanto, de ser efetivamente harmonizadora. Tal consegue-se, sem mais, através de uma harmonização exaustiva; todavia, em nosso entender, a harmonização parcial só será válida se contiver uma cláusula de livre circulação.

IV. A ATAD não contém esta cláusula. Aliás, o seu art. 3.º praticamente garante a ausência de qualquer harmonização substancial, como já se pode verificar pela transposição da regra relativa às SECs efetuada pelos vários EMs. Acresce ainda que a Diretiva também servirá de cobertura inicial a transposições potencialmente desconformes com o direito primário europeu.

V. Por tudo isto, entendemos que a ATAD é inválida, pois não contribui para um melhor funcionamento do mercado interno, como é exigido pelo art. 115.º do TFUE. Não desenvolvemos a questão da possível invalidade parcial da Diretiva.

Bibliografia

- BARNARD, C. (2016). *The substantive law of the EU: The four freedoms*, 5.^a Edição. Oxford University Press.
- BIZIOLI, G. (2017). Taking EU fundamental freedoms seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive take precedence over the single market? *EC Tax Review*, vol. 26, n.º 3, pp. 167-175.
- BRADLEY, K. ST. C. (2017). Legislating in the European Union. In Barnard, C. & Peers, S. *European Union law*, 2.^a Edição, pp. 101-153. Oxford University Press
- DE CECCO, F. (2006). Room to move? Minimum harmonization and fundamental rights. *Common Market Law Review*, vol. 43, n.º 1, pp. 9-30.
- CHALMERS, D. [et al.] (2006). *European Union law: Text and materials*. Cambridge University Press.
- CRAIG, P. & DE BÚRCA, G. (2015). *EU law: Text, cases, and materials*, 6.^a Edição. Oxford Univ. Press.
- DOUGAN, M. (2000). Minimum harmonization and the internal market. *Common Market Law Review*, vol. 37, n.º 4, pp. 853-885.
- GROOT, I. & LARKING, B. (2019). Implementation of controlled foreign company rules under the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164). *European Taxation*, n.º 6.
- HARTLEY, T.C. (2014). *The foundations of European Union law*, 8.^a Edição. Oxford University Press.
- KUZNIACKI, B. (2018). Implementing the ATAD's CFC rules by Poland contrary to EU primary law: A solitary example or the beginning of infamous trend?, *EC Tax Review*, vol. 27, n.º 3, pp. 160-176.
- LAZAROV, I. & SRIRAM, G. (2019). Carpet-bombing tax avoidance in Europe: Examining the validity of the ATAD under EU law. *Intertax*, vol. 47, n.º 10.
- LENAERTS, K.; VAN NUFFEL, P. [et al.] (2011). *European Union law*, 3.^a Edição. Sweet and Maxwell.
- LETIZIA, G. (2020). The recent restrictive ECJ approach to exit tax and the ATAD implementation. *EC Tax Review*, vol. 29, n.º 1, pp. 33-37.
- MORAIS, R.D. (2005). *Imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado*. Publicações Universidade Católica.
- ROTT, P. (2003). Minimum harmonization for the completion of the internal market? The examples of consumer sales law. *Common Market Law Review*, vol. 40, n.º 5, pp. 1107-1135.
- ROCHA, A.G. (2014). *Conceitos de direito europeu em matéria societária e fiscal*. Col. Cadernos do IDEFF, vol. 17.
- SNELL, J. The internal market and the philosophies of market integration. In Barnard, C. & Peers, S. *European Union Law*, pp. 300-324.
- TERRINHA, L.T. (2017). *The legisprudential role of national parliaments in the European Union*. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/583133/IPOL_BRI\(2017\)583133_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/583133/IPOL_BRI(2017)583133_EN.pdf).
- WEATHERILL, S. (2011). The limits of legislative harmonization ten years after Tobacco advertising: How the Court's case law has become a "drafting guide". *German Law Journal*, vol. 12, n.º 3, pp. 827-864.
- WEATHERILL, S. (2017). *The internal market as a legal concept*. Oxford University Press.

Jurisprudência

C-283/81 – CILFIT c. Ministero della Sanità
C-323/93 – Centre d'insémination de la Crespelle c. Coopérative de la Mayenne
C-434/97 – Comissão c. França
C-376/98 – Sobre a publicidade ao tabaco I
C-377/98 – Países Baixos c. Parlamento e Conselho
C-110/99 – Emsland-Stärke
C-136/00 – Danner
C-239/01 – Alemanha c. Comissão
C-338/01 – Comissão c. Conselho
C-422/01 – Skandia e o.
C-491/01 – British American Tobacco e o.
C-9/02 – de Lasteyrie du Saillant
C-255/02 – Halifax e o.
C-434/02 – Arnold André
C-380/03 – Sobre a publicidade ao tabaco II
C-136/04 – Deutsches Milch-Kontor
C-154/04 – Alliance for Natural Health e o.
C-196/04 – Cadbury Schweppes
C-280/04 – Jyske Finans
C-292/04 – Meilicke e o.
C-524/04 – Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation
C-201/05 – Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation
C-305/05 – Ordre des barreaux francophones e germanophone e o.
C-432/05 – Unibet
C-268/06 – Impact
C-58/08 – Vodafone e o.
C-174/08 – NCC Construction Danmark
C-311/08 – SGI
C-480/08 – Teixeira
C-38/10 – Comissão c. Portugal
C-371/10 – National Grid Indus
C-427/12 – Comissão c. Parlamento e Conselho
C-540/13 – Parlamento c. Conselho
C-547/14 – Philip Morris e o.
C-116/16 (processos apensos C-116/16 e C-117/16) – T Danmark (e apenso Y Denmark)
C-482/17 – República Checa c. Parlamento e Conselho

COM(85)310 final de 14/06/1985
COM(2001) de 23/10/2001

COM(2015)302 de 17/06/2015

COM(2016)23 de 28/01/2016

COM(2016)26 final de 28/01/2016

COM(2020)383 final de 19/08/2020

Perda não baseada numa condenação:
à luz da transposição da Diretiva 2014/42/UE
pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio

Raúl António da Silva Araújo

Sob a orientação do Professor
Doutor José Manuel Damião da Cunha

Aos meus pais, sempre.

“Fight for the things that you care about, but do it in a way
that will lead others to join you”.

Ruth Bader Ginsburg

Agradecimentos

Em primeiro lugar, aos meus pais. Por fazerem de tudo para que nunca me falte nada. Pelo incentivo e motivação que sempre me dão, mas também pela responsabilidade e humildade que me inculcem. Acima de tudo, pelo amor incondicional.

Ao Prof. Doutor José Manuel Damião da Cunha, pela valiosa partilha de conhecimento e pelo brio e profissionalismo na sua orientação.

À Dr.^a Andreia, pela compreensão ao longo desta jornada. Pela palavra amiga e pelo companheirismo.

Aos meus amigos e familiares, pelo seu contributo decisivo nas minhas conquistas e pelo entusiasmo com que as celebram.

Àqueles que lá de cima me protegem e me empurram para a frente, cada vez mais.

Resumo

O interesse particular no aumento das possibilidades de confisco – seja pela perigosidade inerente aos bens em questão, seja pela cumulação de riqueza ilícita que pode ser reinvestida – tem levado a que, nos últimos anos, a ideia da perda não baseada numa condenação tenha adquirido especial destaque na política europeia de combate à criminalidade organizada.

O exponencial crescimento do crime organizado, a utilização de métodos mais sofisticados e difíceis de serem percebidos, bem como a intensificação do crime altamente lucrativo para os seus agentes, forçaram uma regulamentação mais criteriosa da União Europeia sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime – a Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014 – na qual passou a configurar, como muitos já desejavam, um exemplo de PNBC (perda não baseada numa condenação).

Se tivéssemos de contar a história de vida de uma figura como esta, julgamos que esta Dissertação seria um ponto de partida bem interessante. Num primeiro momento, porque procura nas suas raízes históricas a explicação do seu surgimento. Em segundo lugar, porque explora a sua verdadeira caracterização, não obstante as dificuldades associadas à sua ampla terminologia. Depois, porque relata os avanços e recuos da sua consagração legislativa na União Europeia. E, por fim, porque à luz da transposição da Diretiva comunitária (realizada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio) procura dar a conhecer a sua consagração no sistema jurídico nacional, refletindo sobre a sua regulação material e processual.

Por ser um mecanismo facilmente reconfigurável e com capacidade para enfrentar os desafios do contexto criminal onde tem de intervir, não pensar no seu futuro torna-se um pecado demasiado tentador. Ainda assim, a tentação nunca poderá desconsiderar a proteção de direitos humanos e das garantias processuais dos visados. Encontrar equilíbrio e proporcionalidade entre essas duas realidades é, sem dúvida, o maior desafio.

Palavras-chave: confisco; perigosidade; riqueza ilícita; perda não baseada numa condenação; União Europeia; Diretiva 2014/42/EU; desafios; direitos humanos; garantias processuais.

Abstract

The particular interest in increasing the possibilities of confiscation – due to the inherent danger of the assets in question, or to the accumulation of illicit wealth that can be reinvested – has led, in recent years, to a non-conviction based confiscation to combat organized crime. The exponential growth of organized crime, the use of more sophisticated methods, and the intensification of highly profitable crime has led to a more careful regulation of the European Union on the freezing and confiscation of crime-related instrumentalities and proceedings – Directive 2014/42/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 – which started to be considered, as wished, an example of NCBC.

If we had to tell the story of a subject like this, this Dissertation would be an interesting starting point. Firstly, because it seeks the explanation for its emergence in its historical roots. Secondly, because it explores its true characterization, despite the difficulties associated with its broad terminology. Then, because it addresses both the breakthroughs and setbacks of its legislative consecration in the European Union. And, lastly, because in the light of the transposition of the Directive (carried out by Law no. 30/2017, of 30 May), it seeks to demonstrate its consecration in the national legal system, reflecting on its material and procedural regulation.

As it is an easily reconfigurable mechanism with the capacity to face the challenges of the criminal context in which it must intervene, not thinking about its future becomes a too tempting sin. Yet, the protection of human rights and the procedural guarantees of those targeted cannot be disregarded. Thus, finding balance and proportionality between these two realities is undoubtedly the biggest challenge.

Keywords: confiscation; danger; illicit wealth; non-conviction based confiscation; European Union, Directive 2014/42/EU; challenges; human rights; procedural guarantees.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
AR	Assembleia da República
art(s).	artigo(s)
Cap.	capítulo
Cf.	confrontar
CP	Código Penal
CP95	Código Penal de 1995
CPP	Código de Processo Penal
EM	Estado(s)-Membro(s)
N. ^o (s)	número(s)
NCBC	<i>Non-Conviction Based Confiscation</i>
p(p).	página(s)
PE	Parlamento Europeu
PNBC	perda não baseada numa condenação
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
UE	União Europeia

Índice

Considerações iniciais	9
1. Das raízes históricas à conceção de 4 modelos teóricos	11
1.1. Primórdios da PNBC	11
1.2. O encorajamento à sua consagração	12
1.3. A dificuldade na conceção dos diferentes tipos de PNBC. Os quatro modelos sugeridos pela rede CARIN	14
2. A PNBC no ordenamento jurídico português e a influência da Diretiva 2014/42/UE	16
2.1. Breve alusão histórica	16
2.2. A influência da Diretiva 2014/42/UE	17
2.3. A atual configuração	23
3. Morte do agente, declaração de contumácia (e a incapacidade de participação no processo penal por doença grave?)	26
3.1. Morte do agente	26
3.2. Declaração de contumácia	27
3.3. A incapacidade de participação no processo penal por doença grave	34
4. Reflexão (a)crítica e futuros desafios	36
4.1. As tendências nos Estados-Membros da UE	36
4.2. A legitimidade de intervenção da UE e o perigo das confusões terminológicas	37
4.3. Regulamento (UE) 2018/1805, de 14 de novembro de 2018 – mantém-se tudo igual?	39
4.4. Futuros desafios	39
Referências bibliográficas	41

Considerações iniciais

Nesta Dissertação de Mestrado propomo-nos realizar um estudo em torno da figura da perda não baseada numa condenação (PNBC), comumente designada por *non-conviction based confiscation*.

Os mecanismos de PNBC possuem um carácter lato e representam todas as formas de confisco sem condenação diretamente aplicáveis contra o património de origem ilícita. A sua natureza jurídica ou recorte dogmático varia em função do contexto em que se inserem – assim como acontece com o próprio confisco (baseado em condenação) nos seus diferentes regimes (instrumentos, produtos e vantagens).¹

O interesse por este assunto surge a partir do momento em que percebemos toda a potencialidade e alcance que uma figura como esta – que foge às matrizes naturais dos sistemas de confisco tradicional² – pode ter. A PNBC pode (e deve) ser encarada como um passo em frente no combate ao património de origem ilícita pois surge quando chegamos à conclusão de que tudo o resto pode não ser suficiente ou, pelo menos, tão eficaz. Mesmo o confisco alargado ou o confisco de bens de terceiros – que como veremos, até poderão ser classificados como mecanismos de PNBC em sentido lato – pressupõem um procedimento penal que culmine numa condenação.³

A intensificação do crime internacional organizado, a existência de novos mecanismos sofisticados para a consumação do crime, bem como a ocultação de elementos que permitem a prova da sua natureza ilícita, contribuem (e muito) para a dificuldade em se associar os factos ilícitos praticados, os instrumentos, produtos ou vantagens que lhes deram origem ou que deles derivam e, como está claro, o próprio agente. Acresce a tudo isto a morosidade processual e o infindável arrastar dos processos em tribunal, que fazem com que esse marco (diga-se, relativamente à sentença condenatória) tarde em acontecer e a riqueza ilícita continue intocável e disponível.

Se já é preocupante, em termos de segurança comunitária e confiança depositada a todo o aparelho de justiça, não conseguir condenar alguém “iminentemente culpado” (*e.g.* porque o crime prescreveu), mais difícil se torna a situação se, junto dos agentes do crime, continuarem a perpetuar os lucros obtidos através da atividade ilícita. A superação ideológica que vê na aplicação de uma pena o remédio para toda a doença tarda em ser conseguida.

O caminho tem sido percorrido paulatinamente e, fruto da evolução da realidade e das exigências a que a mesma nos submete, tem-se procurado saber separar a responsabilidade penal do agente pela prática de um crime da questão patrimonial. É preciso notar que este tipo

¹ Cada Estado adota diferentes abordagens em função da própria natureza do confisco, dos requisitos substantivos, do método processual utilizado, dos meios e ónus de prova, e também das garantias individuais aplicáveis.

² Pelo menos ao nível dos sistemas da *civil law*.

³ Seja por um crime diferente que levou à emissão da ordem de confisco, seja contra uma pessoa diferente da proprietária do património confiscado.

de crime tem uma motivação económica subjacente muito forte. A “máquina criminosa” não para pelo simples motivo de algum dos seus operários ser condenado. E quando assim é, o raciocínio político-criminal inverte-se: há que enfrentar os agentes do crime através daquilo que eles mais temem – a perda/restituição da riqueza ilícita acumulada.

Portugal, enquanto Estado-Membro da União Europeia, vê-se pela primeira vez vinculado⁴ por disposições comunitárias sobre o confisco não baseado numa condenação. O mote foi dado pela Diretiva 2014/42/UE e culminou com a sua transposição para o ordenamento nacional pela Lei n.º 30/2017, de 30 de junho. Apesar da presença deste mecanismo já não ser estranha em alguns Estados (entre os quais nos incluímos), era necessário, face à crescente integração europeia e à livre circulação de bens e capitais, que a União Europeia interviesse neste domínio de forma a agilizar o confisco europeu na resposta aos seus novos desafios.

Por enquanto, não revelamos se esta iniciativa se traduziu num sucesso ou num fracasso. Ainda assim, há algo que nem no final desta dissertação poderá ser possível de negar: foi um ato de coragem. O incipiente direito penal europeu vê-se vinculado, por um lado, ao reconhecimento mútuo das decisões em matéria penal e, por outro, à harmonização das leis penais. Só assim poderá ser, de forma a que se consiga combater eficazmente crimes que não conhecem fronteira. Fazê-lo implica um grande esforço legislativo para que se não descure a realidade própria e a cultura enraizada em cada ordenamento jurídico.

Terminamos esta introdução com um princípio que queremos que esteja presente ao longo da leitura: fazer justiça, mas não a todo o custo, e demonstrar que o “crime não compensa”, não têm de ser necessariamente dois predicados incompatíveis.

⁴ Ainda que por normas de carácter mínimo.

1. Das raízes históricas à conceção de 4 modelos teóricos

1.1. Primórdios da PNBC

A verdadeira origem da PNBC mergulha nos antigos sistemas da *common law*. No direito inglês, durante a Idade Média, já se admitia o confisco no caso dos crimes capitais (*felony*) que tinham por base o incumprimento das obrigações perante os senhores feudais.⁵ Além disso, também vigorava o entendimento de que um simples objeto podia ser culpado do “mal” e, por isso, confiscado.⁶ Se um determinado objeto fosse utilizado no cometimento de um crime e não se conseguisse, por incapacidade ou impossibilidade, identificar o responsável do ato, entendia-se a necessidade da sua perda como *deo dandum (deondand)*⁷ porque também sobre esse objeto recaía uma certa censura comunitária relativa à culpabilidade do ato ilícito.

No ordenamento jurídico norte-americano, por força do antigo fenómeno marítimo da pirataria, havia a possibilidade de se confiscar barcos e mercadorias mesmo que não estivessem presentes, não fossem conhecidos ou não pudessem sequer ser identificados os responsáveis. Nas palavras de João Conde Correia⁸, “o navio era tratado como arguido, como o instrumento ou a coisa suscetível de censura e merecedora do confisco”.

A pouco e pouco, a possibilidade de demandar as próprias coisas (procedimento *in rem*), ao invés das pessoas responsáveis (procedimento *in persona*), tornou-se cada vez mais frequente entre os sistemas da *common law*, sendo atualmente preponderante na sua estratégia de combate aos lucros do crime.

Sucedem que, com o crescimento exponencial do fenómeno do crime organizado, essencialmente através do tráfico de droga que explodiu nos anos oitenta, começou a ficar evidente a insuficiência de mecanismos legais por parte dos Estados – especialmente nos sistemas da *civil law*⁹ – para fazer face a esta nova vértebra da criminalidade internacional.¹⁰ Observou-se que as medidas de confisco tradicionais ficavam muito aquém da eficácia que se pretendia e, conjugando-as com a dificuldade inerente a qualquer processo penal, comprometia-se o objetivo primordial: a rápida e efetiva recuperação dos instrumentos, produtos e vantagens associados à prática de factos ilícitos. Assim, o confisco passou também a dirigir-se contra as próprias coisas, deixando de ter natureza exclusivamente penal para passar a ter também natureza real.

⁵ Neste sentido, Correia, 2017, p. 73.

⁶ *Ibid.*, pp. 72 e 73.

⁷ Segundo a *law of deodand*, um objeto inanimado que causasse a morte de alguém seria considerado “culpado” pelo crime e, posteriormente, oferecido a Deus por intermédio do rei e do respetivo mecanismo do confisco. Para melhor desenvolvimento da ideia, cf. Berman, 1999, p. 2.

⁸ Correia, 2017, p. 73.

⁹ Nestes sistemas, o confisco estava intrinsecamente associado a uma condenação penal.

¹⁰ Cf. Rui & Sieber, 2015, p. 1; Correia, 2014, p. 100.

Hoje em dia, como veremos, a condenação pela prática de um facto ilícito-típico é cada vez menos uma exigência absoluta e intransigente para a possibilidade de se decretar o confisco.

1.2 O encorajamento à sua consagração

No início do século XXI, dá-se a verdadeira ascensão do fenómeno da PNBC no plano normativo internacional. Primeiramente, a 5 de maio de 2003, numa reunião dos Ministros da Justiça e da Administração Interna, o G-8 adotou um documento (*G8 Best Principles on tracing, freezing and confiscation of assets*) segundo o qual se incentivava os Estados que ainda não o tivessem feito a preverem a possibilidade de confisco não baseado numa condenação.¹¹ No mesmo ano, surge também a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), adotada pela Assembleia Geral em 31 de outubro de 2003¹², onde se estabeleceu no art. 54.º, n.º 1, al. c) que os Estados Partes deveriam:

Considerar a adoção de medidas que se revelem necessárias para permitir a declaração de perda desses bens *na ausência de sentença criminal*¹³ quando contra o autor da infracção não possa ser instaurado um procedimento criminal em razão de falecimento, fuga, ausência ou noutros casos apropriados.

Já na Convenção de Varsóvia¹⁴, adotada a 16 de maio de 2005, reforçou-se – no seu art. 23.º, n.º 5 – a necessidade de as Partes cooperarem entre si, mesmo quanto a pedidos de “execução de medidas equivalentes à perda e que conduzam à privação da propriedade, mas que não constituam sanções penais”.

Ao nível da UE, este fenómeno também não passava despercebido – aliás, pelo seu contexto único, a realidade era ainda mais desafiante. A capacidade de se perceber que a medida era uma mais-valia no combate à criminalidade económico-financeira, a insuficiência dos mecanismos clássicos de confisco, o surgimento de métodos inovadores e a necessidade de harmonização dessas mesmas previsões lançavam novos desafios no plano comunitário. Assim, a 20 de novembro de 2008, surge uma comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, denominada “Produto da criminalidade organizada: garantir que o ‘crime não compensa’”¹⁵, acautelando a necessidade de se adotarem novas disposições legislativas (embora alertando para a obrigação de respeito pelos direitos fundamentais).

¹¹ Princípio 26.º do referido documento, https://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2004/06/03/G8_Best_Practices_on_Tracing.pdf.

¹² Aprovada em Portugal pela Resolução da AR n.º 47/2007, de 21 de setembro, <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-contra-corruptcao-o>.

¹³ Realce nosso.

¹⁴ Convenção do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, deteção, apreensão e perda dos produtos do crime e ao financiamento do terrorismo. <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-do-conselho-da-europa-relativa-ao-branqueamento-deteccao-apreensao-e-perda-d-o>.

¹⁵ COM(2008) 766 final. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2008/PT/1-2008-766-PT-F1-1.Pdf>.

Entre elas, encontrávamos o confisco sem uma condenação prévia no âmbito de um processo penal¹⁶ nos seguintes casos: i) quando há suspeita da origem ilícita dos bens em função à sua desproporção aos rendimentos declarados¹⁷; ii) quando o agente ou suspeito tiver falecido, estiver em fuga há algum tempo ou não puder ser objeto de um processo; iii) para controlo aduaneiro das somas em dinheiro líquido que entram e saem da UE – numa vertente mais ligada ao procedimento administrativo.

Por fim, realçamos ainda alguns preceitos similares constantes em documentos de organizações/grupos de trabalho que versaram a matéria: também em 2005, *Commonwealth Model Legislative Provisions on the Civil Recovery of Criminal Assets including Terrorist Property*¹⁸, regra geral 2 (1), *Report of the Commonwealth Working Group on Asset Repatriation*, Recomendação 36 do Anexo VI¹⁹; as Recomendações 4²⁰ e 38 da *Financial Action Task Force (FATF)*²¹, que é um órgão intergovernamental especializado no estudo de formas de prevenção e resposta aos crimes de branqueamento de capitais e financiamento de terrorismo a nível global; e, por fim, as Recomendações da CARIN (*Camden Asset Recovery Inter-Agency Network*) entre 2005 e 2015, especialmente as promovidas no encontro anual ocorrido em 2007, no Reino Unido. Além disso, a CARIN é também responsável pela elaboração de um documento de apoio relativo aos diferentes tipos de PNBC que já de seguida analisaremos.

De tudo isto resultava um entendimento unânime: a PNBC tinha de ser encarada como um projeto de presente e futuro no seio dos diferentes ordenamentos jurídicos. Apesar das importantes diferenças entre si e o regime regra (confisco dependente de condenação), as duas partilhavam também objetivos comuns: a recuperação dos instrumentos, produtos e vantagens de um facto ilícito-típico, bem como a dissuasão da atividade criminosa. Uma não substituíra a outra²²; aliás, as duas eram importantes e tinham espaço para conviver em perfeita harmonia no mesmo sistema jurídico.

¹⁶ Ponto 3.3.1 da referida comunicação.

¹⁷ Esta abordagem, inspirada nos modelos civilísticos de confisco, sugere a possibilidade de a discussão da matéria poder ocorrer num tribunal civil, com base num cálculo de probabilidade de que esses bens podem provir de atividade criminosa e com uma inversão do ónus da prova (passaria a ser o presumível criminoso quem teria de provar a origem lícita dos ativos).

¹⁸ Cf. Commonwealth Secretariat (Legal and Constitutional Affairs Division, Criminal Law Section), 2005, p. 2.

¹⁹ Cf. Commonwealth Secretariat (Legal and Constitutional Affairs Division, Criminal Law Section), 2005, p. 66.

²⁰ Correspondia à Recomendação 3 na antiga numeração das Recomendações da FATF de 2003.

²¹ Cf. Financial Action Task Force, 2012-2020, pp. 12 e 28.

²² Greenberg (*et al.*), 2009, p. 29; Brun (*et al.*), 2021, p. 189.

1.3 A dificuldade na conceção dos diferentes tipos de PNBC. Os quatro modelos sugeridos pela rede CARIN

A PNBC convoca dificuldades que podem não ser facilmente supridas sem um importante esforço interpretativo prévio. Saber, por exemplo, se a PNBC é ou não uma medida de natureza penal exige considerar-se um conjunto de fatores, entre os quais a classificação adotada pelos diferentes ordenamentos jurídicos por força do tipo de legislação que a prevê.²³

As *non-conviction based confiscations* não apresentam todas a mesma estirpe. Variam entre procedimentos completamente autónomos do processo penal, de natureza administrativa ou civil, até aos procedimentos inseridos no próprio processo penal.²⁴ Por um lado, se – como já tivemos oportunidade de explicar – a PNBC acaba por ter a sua origem vincadamente marcada pela *civil confiscation/recovery* ou *civil asset forfeiture* (CAF) dos sistemas da *common law*, por outro, não se pode confundir com a mesma. A PNBC tem um alcance mais amplo, representando todas as formas de confisco sem condenação (mesmo as que estejam no âmbito do processo penal). Como realça João Conde Correia²⁵, “o confisco sem condenação já não é uma característica exclusiva dos procedimentos totalmente desligados do processo penal”.

Em suma, este tipo de confisco pode verificar-se de duas formas: em contexto de procedimento penal sem que haja necessidade de condenação ou de se apurar a culpa do agente, e, ainda, em contexto de procedimento autónomo, que pode ocorrer paralela ou independentemente, regendo-se por regras processuais civis ou administrativas.²⁶ Nestas últimas, inserem-se as CAF que têm por base um estilo de prova mais ténue (*balance of probabilities or preponderance of the evidence*), facilitando assim a demonstração da sua origem ilícita para efeitos de confisco.²⁷ Dessa forma, os Estados que as preveem conseguem que haja lugar a um julgamento para discussão do confisco mesmo que não haja prova clara que legitime uma condenação criminal do suspeito ou arguido.

Embora exista toda esta diversidade teórica e prática quanto aos tipos de PNBC, segundo uma tipologia estabelecida pela rede CARIN²⁸ podemos encontrar quatro modelos de confisco não baseado em condenação organizados em duas áreas diferentes: penal e civil.

²³ Cf. Rui & Sieber, 2015, p. 247. A este respeito importa também salientar que o TEDH, tendo presente a necessidade de clarificar o que se devia entender por sanção penal ou infração, estabeleceu os chamados critérios *Engel*, cf. Rodrigues, 2018, Cap. II, ponto 1.2; Rui & Sieber (dir.), 2015, p. 164.

²⁴ Mesmo os modelos de PNBC que sejam idênticos na natureza do processo a que estão sujeitos acabam sempre por apresentar variações de sistema para sistema.

²⁵ Correia, 2017, p. 77.

²⁶ Cf. Greenberg (*et al.*), 2009, p. 187.

²⁷ Na maior parte dos sistemas da *common law*, a prova é menos exigente para o confisco dos bens do que para a condenação penal do suspeito ou arguido (*beyond a reasonable doubt*). Em sentido oposto, na maior parte dos sistemas da *civil law*, as duas têm o mesmo grau de dificuldade (*intimate conviction of the truth*), o que nos leva a refletir se efetivamente uma abordagem é, ou não, mais apetecível do que a outra. Cf. *Ibid.*, pp. 60 e 187.

²⁸ Disponível em: https://6205d188-5e8e-4e98-976e-ob39bbb814e3.filesusr.com/ugd/d54f05_4ccdfc507cb44d3588354132a68af289.pdf.

Na primeira, podemos ter a *perda sem condenação clássica* e o *confisco alargado*. A perda sem condenação clássica surge no âmbito de um procedimento penal quando não é possível a condenação do suspeito ou arguido (por diversas razões, entre as quais morte, doença, fuga, prescrição, etc.). Não sendo possível obter uma condenação do infrator, sempre se poderá continuar a discussão para efeitos de confisco do património ilícito. Este parece ser claramente o tipo de confisco previsto pela Diretiva 2014/42/UE, no art. 4.º, n.º 2, que teremos oportunidade de analisar mais à frente²⁹. O *confisco alargado* permite a perda de ativos que não estão relacionados com o crime pelo qual o arguido está acusado. Em boa verdade, o que acontece neste tipo de confisco é um alargamento deste a bens do réu que não estão originalmente relacionados com a acusação.

Na segunda, inserem-se a *civil confiscation or forfeiture* e a *riqueza incongruente*. A *civil confiscation* é comum nos países da *common law* (e.g. Inglaterra ou EUA) e tem por base procedimentos *in rem*, ou seja, traduz-se numa ação contra os ativos e não contra as pessoas. É um modelo civilístico (ou administrativo)³⁰ por natureza, com uma relação indireta a determinado facto ilícito-típico. Em causa está apenas a própria coisa confiscável, por meio de um processo simples e eficaz dirigido contra a “propriedade contaminada”.³¹ Por sua vez, a riqueza incongruente, apesar de usualmente aplicada em contexto de processo civil (ou administrativo), pode também sê-lo em processo criminal (é menos comum). Tem por base a comparação do património real de uma pessoa com aquilo que é verdadeiramente declarado, no sentido de encontrar um eventual desfasamento inexplicável entre os dois. Além disso, não é necessário estabelecer-se uma conexão direta ou indireta com determinada ofensa e o ónus da prova passa a ser do próprio visado, cabendo-lhe demonstrar a licitude dos bens confiscados.

Por fim, o *confisco do valor* e o *confisco de bens de terceiros* não representam “novos modelos de confisco, cuja verdadeira essência deva ser discutida, mas um mero alargamento das tipologias já existentes, de quem são completamente dependentes”³², ou seja, sendo estes dois mecanismos acessórios do instrumento processual inicial, sempre poderá (por maioria de razão) haver confisco do valor ou de bens de terceiros baseados, ou não, numa condenação penal.

²⁹ A Diretiva não pretendeu uniformizar qualquer mecanismo de confisco que deva ocorrer fora do processo penal. Cf. Rodrigues, 2018, Cap. II, ponto 3.

³⁰ Daí que grande parte das garantias constitucionais associadas ao processo penal não sejam possíveis de aplicar (e.g. *ne bis in idem*, presunção de inocência, *nulla poena sine culpa*, etc.).

³¹ Correia, 2017, p. 78.

³² *Ibid.*, p. 84.

2. A PNBC no ordenamento jurídico português e a influência da Diretiva 2014/42/UE

2.1. Breve alusão histórica

Se é verdade que é possível encontrar vestígios de um regime de perda a favor do Estado no antigo Código Penal de 1886, relativamente à PNBC, só os encontramos cerca de um século depois, no Código Penal de 1982. Este desfasamento temporal, ao contrário do que possa parecer, não significou que a PNBC no sistema português veio a “tarde e más horas” – pelo contrário, tratando-se de uma figura que ainda hoje é estranha a alguns, o legislador português demonstrou enorme audácia e uma visão moderna face aos tempos que corriam.

O artigo 107.º do DL n.º 400/82, de 23 de setembro, previa no seu artigo 107.º, denominado por “perda”, o confisco dos objetos (instrumentos e produtos) relacionados com um crime. No n.º 2 desse preceito vinha estabelecida a possibilidade de se decretar a perda a favor do Estado “ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser criminalmente perseguida ou condenada”. A perda – enquanto figura que intercala funções preventivas com finalidades punitivas – tinha lugar mesmo sem condenação.³³ Correspondentemente, à luz do consagrado ao nível do direito material, o CPP atribuía competência ao JIC para declarar perdidos os objetos apreendidos nos casos de arquivamento do inquérito pelo MP.

Com a reforma protagonizada pelo Código de Penal de 1995³⁴, afinaram-se algumas pontas soltas e resolveram-se outros tantos quesitos. Por um lado, o legislador aperfeiçoou e harmonizou os conceitos de instrumentos, produtos, recompensas e vantagens e, por outro, alterou o vocábulo crime pela expressão “facto ilícito típico”. Com esta modificação pretendia-se afastar a ideia de culpa, valendo também a medida para os inimputáveis.³⁵ Por sua vez, a cláusula geral de PNBC manteve-se relativamente à perda dos instrumentos e produtos (art. 109.º, n.º 2).

Realçamos ainda que na perda de vantagens (art. 111.º) não vinha consagrada (expressamente) a possibilidade de confisco nos casos em que nenhuma pessoa pudesse ser punida pelo facto. Ainda assim, existe quem entenda³⁶ que, por força do afastamento do pressuposto “culpa”, na hipótese de o agente ser inimputável ou ser absolvido por falta de culpa, a perda das recompensas e das vantagens continuaria a vigorar.

Mais uma vez, a pretensão de um eficaz combate à criminalidade organizada e a constatação da insuficiência dos mecanismos que até então existiam foram fatores

³³ *Ibid.*, p. 86.

³⁴ DL n.º 48/95, de 15 de março, de agora em diante denominado por “CP95”.

³⁵ Cf. Correia, 2014, p. 103; Correia, 2017, p. 86; Dias, 1993, p. 635.

³⁶ Neste sentido, Correia, 2017, p. 86.

determinantes para o surgimento da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro³⁷. O legislador, conhecedor das insuficiências que a perda clássica apresentava, estabeleceu um regime especial de recolha de prova, de quebra de sigilo profissional e perda de bens (alargado) a favor do Estado. Nos artigos 7.º e ss. desta legislação especial introduziu-se um sistema de presunção de riqueza ilícita, afastando a ideia de necessidade de prova direta da relação entre o facto ilícito praticado e os instrumentos, produtos ou vantagens, conforme se prevê no Código Penal.

Embora possa parecer – à partida – que, à luz dos critérios estabelecidos pela rede CARIN, estamos perante a modalidade de confisco alargado, a verdade é que a solução não é assim tão óbvia; isto porque continua, ainda hoje, a dizer-se que o legislador português não transpôs, para o ordenamento jurídico nacional, o “verdadeiro” regime da perda alargada previsto no art. 5.º da Diretiva 2014/42/UE³⁸ – alguns defendem que se trata mais de um modelo de “perda do património incongruente” que, ao nível dos tipos de PNBC, se assemelharia mais com a riqueza incongruente (cf. tipologia da rede CARIN).³⁹

2.2. A influência da Diretiva 2014/42/UE

Compreender as atuais previsões normativas de PNBC vertidas nos nossos diplomas legais pressupõe estarmos cientes da importância que a Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril de 2014⁴⁰ teve, não só no nosso país, mas na maior parte dos EM da UE.

Os constantes debates de foro internacional ocorridos no início do século XXI davam como necessidade imperativa uma maior e mais eficaz cooperação internacional em matéria de recuperação de ativos e de auxílio judiciário mútuo. O seu fruto mais visível foi o surgimento da Diretiva. A pouca utilização dos procedimentos de perda, aliada às diferenças existentes entre os direitos do Estados-Membros na matéria, levavam a crer que os regimes vigentes de perda alargada e de reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de perda não eram plenamente eficazes.⁴¹ Além disso, a Diretiva serviu para clarificar alguma confusão entre conceitos atinentes à definição de instrumentos, produtos e vantagens da atividade criminosa.

Relativamente à transposição da Diretiva, ficava a sensação de que não haveria necessidade de grandes alterações no ordenamento jurídico português.⁴² Não obstante, a Lei

³⁷ Como podemos ler na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 94/VIII, o objetivo era impedir “que as fortunas de origem ilícita continu[e]m nas mãos dos criminosos, não sendo estes atingidos naquilo que constituiu, por um lado, o móbil do crime, e que pode constituir, por outro, o meio de retomar essa atividade criminosa”.

³⁸ Sobre esta problemática recomendamos a leitura de Dias, 2018, Cap. III, pontos 3, 3.1 e 4.

³⁹ Cf. Correia, 2017, p. 92.; e Ac. n.º 392/2015, de 12 de agosto, do Tribunal Constitucional.

⁴⁰ Diretiva sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia (“Diretiva”), que apenas foi transposta pelo Estado Português a 30 de maio de 2017 (a data inicial de transposição era até ao dia 4 de outubro de 2015, tendo sido ainda prorrogada por mais um ano).

⁴¹ Cf. considerandos (4), (5) e (8).

⁴² Os aspetos que poderiam suscitar maior apreensão eram os conceitos de “congelamento” e a conceção ampla de “produtos do crime”. Cf. Correia, 2014, pp. 89-94.

n.º 30/2017 de 30 de maio operou a diversos níveis, alterando vários diplomas, entre os quais o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei 5/2002, de 11 de janeiro, e a Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, no sentido do reforço da atividade do GRA e do GAB⁴³.

Todo o processo e debate em torno do seu texto normativo não foi nada fácil e muito menos unânime.⁴⁴ Além disso, foram surgindo opiniões mais e menos favoráveis sobre a adoção de mecanismos de PNBC. Em sentido favorável, as Conclusões do Conselho da União Europeia aprovadas em junho de 2010⁴⁵ apelavam à consideração de novas formas de reconhecimento e sistemas de confisco não baseado em condenação, bem como a execução dessas decisões no âmbito do reconhecimento mútuo. Em sentido contrário, o Parecer do Comité das Regiões sobre o Pacote de Proteção da Economia Legal realçava a dificuldade em conciliar-se tal medida com as tradições jurídicas de muitos Estados.⁴⁶ Não obstante estas divergências, a Diretiva 2014/42/UE veio introduzir um conjunto de regras mínimas para a perda sem condenação. É verdade que não criou um regime amplo e inovador (como muitos ansiavam⁴⁷) mas, ainda assim, teve o mérito de estabelecer um regime legal capaz de promover a cooperação dos EM da UE.

Começando pela Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o congelamento e o confisco do produto do crime na União Europeia⁴⁸, percebemos que existia uma vontade e uma crença em algo mais ambicioso para a figura da PNBC. O seu art. 5.º (“confisco não baseado numa condenação”) consagrava um regime autónomo e distinto.

A possibilidade do confisco dos instrumentos e dos produtos do crime na ausência de uma condenação penal aparecia adstrita ao seguinte elenco taxativo de situações: o falecimento e a doença crónica do suspeito ou arguido que impedisse o prosseguimento da ação judicial; e as situações que representassem um risco sério para a prescrição do crime, fosse por doença do suspeito ou arguido, fosse por ele se subtrair à ação penal ou à pena, impedindo assim o “exercício efetivo da ação penal num prazo razoável”.

Apesar de entendermos, como dissemos, ambiciosa a abordagem e previsão deste elenco, consideramos que desta forma o legislador não previa a possibilidade de alargar aquelas regras mínimas a outros casos dignos de igual tutela jurídica. A verdade é que esta

⁴³ Figuras criadas pela Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, em cumprimento da Decisão 2007/845/JAI do Conselho, de 6 de dezembro de 2007.

⁴⁴ Questões como saber se a UE tinha competência para legislar em matéria de PNBC, ou ainda, se uma legislação deste tipo seria compatível com o respeito pelos direitos fundamentais.

⁴⁵ Council of the European Union, Doc. 7769/3/10 REV 3 CRIMORG 64, <https://anabi.just.ro/en/docs/pagini/23/20%20Council%20Conclusions%20on%20Confiscation%20and%20Asset%20Recovery%20-%202010.pdf>.

⁴⁶ In Jornal Oficial da União Europeia, C 391, ISSN 1977-1010, 55.º ano, 18 de dezembro de 2012, pp. 136 e ss., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2012:391:FULL&from=PT>.

⁴⁷ Especialmente que se traduzisse num regime inspirado pela *civil asset forfeiture*, que permitisse aos tribunais civis procederem ao confisco de bens ou ativos que derivassem de prática criminal, mesmo na ausência de uma condenação no processo criminal, tendo por base procedimentos *in rem*. Ao invés, adotou um sucedâneo do exercício da ação penal nos casos em que não é possível de ser concretizada por alguma razão.

⁴⁸ “Proposta”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52012PC0085>.

disposição normativa sobre a PNBC não vingou na versão final da Diretiva – o que revela que terá sido um dos pontos específicos que gerou elevada controvérsia durante as negociações.⁴⁹

Posto isto, focando agora no documento final, cabe-nos refletir sobre, por um lado, as diferenças apresentadas face ao art. 5.º da Proposta e, por outro, perceber os motivos e o alcance das disposições que vigoraram.

Dentro daquilo que são os requisitos mínimos a serem observados pelos EM na transposição da Diretiva, existe margem para cada qual regular e desencadear os procedimentos de perda que estejam ligados a um processo penal instaurado perante um qualquer tribunal competente.⁵⁰ O considerando (15) parece-nos um bom ponto de partida para esta reflexão. Da sua leitura é possível retirar duas ilações: como regra geral, a perda pode/deve ser decretada com a condição de haver uma condenação penal; e só subsidiariamente poderá ser decidida a perda não baseada em condenação penal, pelo menos nos casos de doença ou fuga do suspeito ou arguido. A expressão “pelo menos”⁵¹ abre todo um leque de possibilidades para os EM consagrarem opções que melhor vão ao encontro das suas políticas criminais nacionais.

No mesmo sentido vai o art. 4.º da Diretiva relativo à perda clássica. Este preceito obriga os EM a adotarem as medidas necessárias para permitir a perda com base na condenação por um facto ilícito (n.º 1) e esclarece que a perda deverá prevalecer mesmo nos casos em que o infrator não esteja presente (n.º 2). Quanto a este último – que se reporta à possibilidade de PNBC – merecerá a nossa especial atenção, em virtude da sua maior complexidade. A compreensão necessária para a sua integral verificação vai muito para lá da simples doença ou fuga do suspeito ou arguido que o impossibilita de ser condenado por uma infração penal.

Como ponto de partida é importante ter presente que o preceito só ganha autonomia e aplicabilidade nos casos em que “não for possível a perda com base no n.º 1”. O art. 4.º, que trata a perda clássica, corresponderá abstratamente, em termos nacionais, à regulação presente nos artigos 109.º a 111.º do CP. O seu regime implica a prova da prática de um facto ilícito típico que resulte na condenação do suspeito ou arguido. Se, em primeira instância, poderíamos pensar que nos estávamos a afastar da tese relativa aos procedimentos *in persona* quando o art. 4.º, n.º 2 dispõe sobre as situações que ficam fora do âmbito do n.º 1, talvez fiquemos confusos quando cumula a esse requisito que a perda não baseada em condenação terá lugar quando em “tal processo possa conduzir a uma condenação penal se o suspeito ou

⁴⁹ Cf. Rui & Sieber, 2015, pp. 276-277.

⁵⁰ Considerando (10) e (22) da Diretiva 2014/42/UE, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0042>.

⁵¹ Ao contrário do que estava previsto no art. 5.º da Proposta, que cingia o âmbito da PNBC a um número taxativo de situações, a versão final da Diretiva tem a virtude de não restringir os EM a poderem considerar outros casos que legitimem este regime.

arguido tivesse podido comparecer em juízo”.⁵² O nexos causal exigido entre o sujeito que pratica o crime e o crime *per se* levam a crer que este art. 4.º, n.º 2 nada tem a ver com uma decisão de “PNBC típica” –, sob pena de cairmos nas divergências (que as há) sobre o que deve ser “típico” de perda *in rem*.⁵³

Para além disso, não conseguimos perceber – por manifesta insuficiência do texto legal – que medidas têm os EM de tomar para permitir a perda dos instrumentos ou produtos. É verdade que a presente Diretiva veio prever e clarificar as definições do que é “produto” (art. 2.º, n.º 1), do que são “bens” (art. 2.º, n.º 2) e do que são “instrumentos” (art. 2.º, n.º 3); contudo, isso não basta para entendermos a relação inerente, bem como os procedimentos a adotar, tendo em conta o crime praticado e o objeto de perda a favor do Estado.

Questão diversa é a da configuração que este mecanismo deve adotar. Entendemos que têm sempre de ser tomados em conta os princípios gerais que constam dos considerandos. A forma como a matéria da perda a favor do Estado está construída neste diploma acaba por influenciar – inevitavelmente – as conclusões que retiramos da norma atinente à PNBC. Não nos podemos esquecer que esta é “uma parte do todo”.

O considerando (10) refere que “os Estados-Membros são livres de desencadear os procedimentos de perda que estejam ligados a um processo penal instaurado perante qualquer tribunal competente”. Quem observe esta cláusula sem ter em conta tudo o resto, dirá – sem qualquer hesitação – que nada impossibilita que a PNBC seja discutida num processo de âmbito diferente do penal, não obstante partir deste. Contudo, observamos que a estreita ligação com o processo penal acaba por ser frequente ao longo de todo o clausulado: “(...), as decisões de perda sejam fundamentadas, a não ser que, em processos penais (...)” [cons. (39)]; “(...) relativamente a direitos processuais em processo penal” [cons. (40)]; “(...), facilitar a perda de bens em matéria penal” [cons. (41)].

Parece-nos que o legislador não foi claro em dizer se os procedimentos atinentes ao confisco não baseado numa condenação poderiam seguir trâmites diversos dos de natureza penal (*e. g.* os previstos nos sistemas da *common law*).⁵⁴

Passemos agora a analisar as situações impeditivas que podem originar a continuação do processo para efeitos de confisco. Segundo a cláusula do art. 4.º, n.º 2, a perda terá lugar se não for possível com base no n.º 1 do mesmo artigo “(...), e pelo menos se tal impossibilidade resultar de doença ou de fuga do suspeito ou arguido”. Esta formulação, em comparação com o art. 5.º da Proposta, traduz uma redução do âmbito de aplicação da figura. Contudo, o

⁵² Os autores Jon Petter Rui e Ulrich Sieber são da opinião de que a Diretiva limita a medida de PNBC da sua maior virtude, que é a da possibilidade de confisco através das evidências da origem ilícita dos bens em questão, sem necessidade de prova da culpa do acusado. Cf. Rui & Sieber, 2015, p. 282.

⁵³ *Ibid.*, p. 278.

⁵⁴ Na opinião de Hélio Rigor, “o confisco sem condenação previsto na Diretiva não é o confisco civil. A Diretiva não pretendeu uniformizar qualquer mecanismo de confisco que deva ocorrer fora do processo penal”. Cfr. Rodrigues, 2018, Cap. II, ponto 3.

legislador, ao utilizar a expressão “pelo menos”, abre a possibilidade de os EM preverem outro tipo de situações que se lhes afigure por conveniente, sem descurar – aquilo que parecem ser exigências mínimas – os casos de doença⁵⁵ ou de fuga do suspeito ou arguido.

A doença do suspeito ou arguido não é suficiente – por si só – para dar origem a um procedimento *in absentia*.⁵⁶ Através da formulação apresentada pela Diretiva conseguimos perceber que o “tipo de doença” que se quer retratar é a de carácter prolongado, que verdadeiramente impossibilita a participação ativa do suspeito ou arguido no processo. Ainda assim, não se distinguem os casos em que o suspeito ou arguido se coloca ou não propositadamente nessa situação. Isto releva porquê?

No considerando (38) afirma-se que “a presente diretiva deverá ser executada em conformidade com esses direitos e princípios” – nomeadamente os consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (“Carta”) e na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH).⁵⁷ Como será facilmente perceptível, a hipótese de existência de um julgamento na ausência (para efeitos de confisco) entra em conflito com alguns direitos fundamentais. E é aqui que haverá que realizar um raciocínio ponderoso sobre se se justifica, e em que situações, a prevalência de uns em relação aos outros.

Em termos práticos, é diferente a situação em que um arguido ou suspeito se coloca propositadamente doente para dessa forma se furtar à responsabilidade e tentar estagnar os procedimentos judiciais, e uma outra, em que o arguido ou suspeito fica naquele estado sem deliberadamente ter contribuído para tal e que, por isso, fica privado de alguns direitos que tinha por adquirido (*e.g.* o de estar presente na audiência de julgamento). Além do mais, a expressão “fuga” poderá incluir o tipo de situação em que alguém se coloca deliberadamente doente, mente sobre o seu estado de saúde ou simula-o. Nestas situações, o art. 6.º da CEDH, não será um obstáculo à possibilidade de realização de um julgamento na ausência (seria estar a compensar os infratores). A questão é que aqui, o motivo que possibilita a aplicação da figura da PNBC não é a “doença”, mas antes a mentira e a atuação deliberada para se impedir o decurso normal dos procedimentos judiciais. Estamos em crer que a utilização da expressão “doença” pela Diretiva não foi a mais correta.⁵⁸

Em sentido inverso, teremos os casos em que o arguido não fica naquele estado débil intencionalmente e, passado certo tempo, consegue recuperar. Ora, aí, terá o direito à interrupção do processo de confisco e de nova realização das diligências processuais. Por

⁵⁵ À luz da definição dada pelo considerando (16).

⁵⁶ Rui & Sieber, 2015, p. 279.

⁵⁷ Ao nível da PNBC, surge na maior parte das vezes como garantia fundamental a ser tida em conta o art. 6.º da CEDH, o direito a um processo equitativo. Este artigo abrange não só o princípio da presunção da inocência, como o direito a uma causa justa e equitativa, o direito à informação, o direito à defesa própria ou à atribuição de defensor, entre outros.

⁵⁸ Também neste sentido, Rui & Sieber, 2015, p. 280.

outras palavras, se a possibilidade da PNBC, nos termos do art. 4.º, n.º 2, estava subordinada ao estado de doença do suspeito ou arguido e essa não mais se mantém, então os requisitos necessários para a aplicação da figura deixaram de existir.

Outro dos aspetos importantes a reter contende com a consequência legal da aplicação do preceito. O art. 4.º, n.º 2, estabelece que “os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda dos instrumentos ou produtos”, configurando uma cláusula que apenas diz respeito a uma decisão de confisco nos casos de procedimentos *in absentia* (na ausência do suspeito ou arguido). A decisão de confisco não surge cumulada com a condenação penal do criminoso; surge com carácter autónomo e com a individualidade necessária para merecer um regime próprio. Por sua vez, o art. 4.º, n.º 1, reporta-se ao confisco baseado numa condenação penal (mesmo que na presença ou ausência da pessoa acusada). Face à distinção poderemos perspetivar duas consequências.

Em primeira linha, o Estados-Membros que já preveem nos seus ordenamentos jurídicos a possibilidade de realização de procedimentos *in absentia*, em que a correspondente condenação penal pode incluir uma decisão de confisco, acabam por preencher o art. 4.º, n.º 2 da Diretiva – já que a decisão de confisco pode surgir cumulada ou em alternativa à pena aplicada.⁵⁹ Em sentido contrário, e tendo em conta o alcance do considerando (15), que refere que “em tais casos de doença ou de fuga, a existência de processo à revelia nos Estados-Membros é suficiente para dar cumprimento a essa obrigação”, aqueles países que não preveem no seu ordenamento jurídico procedimentos *in absentia*, e que podem até não pretender a criação de um mecanismo geral que leve à condenação penal do suspeito ou arguido, têm a opção (e obrigação) de criarem procedimentos daquele tipo que levem, pelo menos, a uma decisão de confisco.

⁵⁹ São, por exemplo, as situações específicas previstas nos artigos 333.º e 334.º do CPP.

2.3 A atual configuração

A tão aguardada transposição da Diretiva 2014/42/UE surgiu pela Lei n.º 30/2017, de 3 de abril, que alterou vários diplomas, entre os quais o nosso Código Penal, o Código de Processo Penal e, também, a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro.⁶⁰ De maior importância para o que aqui nos traz será perceber como passou a configurar o nosso sistema de confisco sem condenação com a transposição da Diretiva.

A nova organização sistemática dos artigos sobre o confisco no CP trouxe também consigo alterações no que diz respeito à PNBC. Se, previamente à transposição, apenas se observava a possibilidade de um procedimento *in absentia* para os casos de perda dos instrumentos e produtos, nos termos do preceituado no antigo art. 109.º, n.º 2 do CP⁶¹, com as alterações que operaram, passamos a ter, quer para a perda de instrumentos, quer para a perda de produtos e vantagens, a previsão da possibilidade de confisco não baseado numa condenação.

Ainda assim, o que se previa na Proposta de Lei n.º 51/XIII/2.^a(GOV) era bem diferente. Para a perda de instrumentos, a proposta original fazia manter a redação que até àquele tempo já existia; para a perda de produtos e vantagens, propunha-se – nos termos do seu art. 110.º, n.º 5, do CP – que o “o disposto nos números anteriores tem lugar ainda que o agente não possa ser punido pelo facto por ter sido declarado inimputável ou por ter ocorrido a sua morte”. Por conseguinte, esta formulação não ia ao encontro da Diretiva⁶² e, além disso, também não estava a ser cumprido o disposto no artigo 54.º, n.º 1, al. c), da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (diploma que está na génese da Diretiva), onde se previam as situações de “falecimento, fuga ou ausência, ou em outros casos apropriados”.

A discussão que imperava entre nós consistia em perceber da necessidade de se prever as situações de ausência do arguido ou da sua doença, já que, em certos casos, como os dos arts. 333.º e 334.º do CPP, isso não era impeditivo que o mesmo fosse a julgamento, pudesse ser condenado e, ainda, decretado o confisco. Contudo, essa possibilidade não era assim tão ampla e pressupunha associar-se sempre o confisco à condenação.

Face ao reconhecimento de que uma redação daquelas mantinha tudo igual, havia quem⁶³ alertasse para o facto de que, se o legislador quisesse cumprir a Diretiva, deveria “implementar um mecanismo processual que permita ao julgador separar o confisco da

⁶⁰ Em jeito de síntese, destacamos algumas das suas principais alterações: reformulação na sistematização dos conceitos de instrumentos, produtos e vantagens; manutenção do requisito de “perigosidade”, apenas e só, para os instrumentos de facto ilícito-típico (apesar de não constar na formulação correspondente da Lei n.º 5/2002, de 5 de janeiro); alteração sistemática ao nível do Cap. IV da Lei n.º 5/2002, de 5 de janeiro (apesar de não se continuar a prever um verdadeiro regime de “perda alargada”, que pode gerar problemas no futuro ao nível do reconhecimento mútuo de decisões de perda interna e externas, cf. Parecer do MP sobre a Proposta de Lei n.º 51/XIII/2.^a(GOV), de 20.02.2017).

⁶¹ Da sua redação constava: “O disposto no número anterior tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto”.

⁶² Recorde-se que as situações lá previstas são a de fuga ou doença do suspeito ou arguido (art. 4.º, n.º 2).

⁶³ Cf. Parecer do MP sobre a Proposta de Lei n.º 51/XIII/2.^a(GOV), de 20.02.2017.

condenação” nos casos de fuga impeditiva do julgamento e de doença.⁶⁴ Sintetizando sobre o que ali se observava, acrescentavam:

Em suma, em ambos os casos, a norma agora proposta, conjugada com as normas existentes no direito processual penal português, não resolvem totalmente o problema. Nos casos em que não obstante a fuga ou a ausência possa haver julgamento o problema está resolvido pela via tradicional, nos restantes casos (ao arrepio do espírito e da letra da Diretiva) continuará a existir a impossibilidade de decretar o confisco, que aquela justamente pretende ultrapassar. *Numa palavra, as alterações propostas são simbólicas, pois aparentemente transpõem a Diretiva, mas afinal deixam tudo como está* (realce nosso).

A inclusão dos casos de inimputabilidade também causava alguma estranheza, uma vez que, embora pudesse ser impeditiva de uma condenação nos termos do art. 376.º, n.º 3, não era impeditiva de uma medida de segurança e do confisco dos instrumentos, produtos e vantagens do crime.⁶⁵

Em síntese, a melhor solução que se retirava do conteúdo daquele parecer contendia com a criação de uma cláusula geral que esclarecesse que o obstáculo processual morte, bem como a própria contumácia, não impediam a continuação do processo para efeitos de confisco. Fruto dos diversos contributos prestados e dos pareceres recolhidos, a redação final no nosso CP ficou a constar de igual forma no art. 109.º, n.º 2, para a perda de instrumentos, e no art. 110.º, n.º 5, para a perda dos produtos e vantagens, possibilitando-se o confisco de um e de outro, “ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto, incluindo em caso de morte do agente ou quando o agente tenha sido declarado contumaz”.⁶⁶

Curiosamente, – parecendo-nos que a Diretiva pretendeu estabelecer como ponto de partida para a transposição daquele regime pelos EM a consagração das situações de doença ou de fuga – o Estado português acaba por consagrar de forma expressa duas situações (aparentemente) opostas. Se, por um lado, a expressão “pelo menos” que consta da Diretiva terá o significado de não limitar a consagração de situações diferentes (mas fixando como mínimo os casos de doença e de fuga), por outro, o legislador português mantém a receita original do CP95 na parte em que se refere ao “ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto”, mas elabora-a e realça o facto de nesse conjunto de casos possíveis estarem incluídas as situações de morte⁶⁷ do agente e de declaração de contumácia.

⁶⁴ Nos termos e para os efeitos do considerando (16) da Diretiva.

⁶⁵ Como tivemos oportunidade de ver, a consagração da expressão “facto ilícito típico” muito contribuiu para isso.

⁶⁶ Realce nosso.

⁶⁷ Foi também aditado o n.º 3 ao art. 127.º do CP, concretizando que “A extinção da responsabilidade criminal pela morte do agente não impede o prosseguimento do processo para efeitos da declaração da perda de instrumentos, produtos e vantagens a favor do Estado”.

Poder-se-á dizer que o legislador, da forma como transpôs a Diretiva, não se compromete e, além disso, menciona duas situações que (a seu ver) devem ser realçadas para que mais nenhuma dúvida reste. Situação diferente é tentarmos perceber se o precisava de fazer, e se terá perdido uma oportunidade de consagrar outras situações diferentes; mas também saber se, desta forma, se podem gerar “dificuldades relacionadas com o cumprimento de pedidos de cooperação não baseados em decisões de condenação (*non-conviction based confiscation*), nos Estados que não admitem essa solução”⁶⁸ – tanto ao nível da admissão da medida *per si*, mas também em função da admissão ou não do mesmo tipo de casos.

Já ao nível do Código Processo Penal, o art. 335.º, n.º 3, passou a ter nova redação, limitando-se o efeito suspensivo da declaração de contumácia não só quanto à realização de atos urgentes, nos termos do artigo 320.º, mas também nas situações de separação de processos conexos, para efeitos do n.º 4 do art. 335º. Ademais, foi aditado o n.º 5 ao art. 335.º: “A declaração de contumácia não impede o prosseguimento do processo para efeitos da declaração da perda de instrumentos, produtos e vantagens a favor do Estado”.

Mesmo assim, as alterações processuais ficaram muito a desejar.⁶⁹ O correto aproveitamento da oportunidade de transposição da Diretiva era crucial para se regular de uma forma mais clara e transparente sobre esta matéria, tanto circunscrevendo os casos incluídos na PNBC, como desenvolvendo a forma processual de os concretizar. Já em 2014, com a redação inovadora trazida pela Diretiva, João Conde Correia⁷⁰ alertava que só dessa forma “os direitos dos visados, a segurança e até a eficácia jurídica sairiam beneficiados. Confiar tanto na bondade da doutrina e no acerto da jurisprudência é demasiado arriscado quando está em causa uma matéria tão polémica”.

Em suma, a transposição protagonizada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, acabou por ficar muito aquém de todo o potencial legislativo relativo ao confisco sem condenação. Mas perceba-se que não foi um pecado solitário. A própria Diretiva acabou também por não consagrar uma verdadeira *non-conviction based confiscation*.

A necessidade de se permitir a perda ou o confisco de bens segundo um *standard* civilístico de prova, à margem do processo penal, independentemente de condenação penal e respetiva sentença; a atribuição de natureza exclusivamente patrimonial à perda de bens a favor do Estado; bem como a criação de condições para se poder dar execução a pedidos de perda ou confisco não baseado em condenações – conforme nos foi recomendado⁷¹ – leva a que pensemos que muito ainda pode ser feito.

⁶⁸ Projeto Fenix, 2012, ponto 5.5 (“Dificuldades Identificadas”).

⁶⁹ Cf. Procuradoria-Geral Distrital do Porto, 2017, p. 8, e também Bucho, 2018, Cap. VI, ponto 9.

⁷⁰ Correia, 2014, p. 106.

⁷¹ Projeto Fenix, 2012, Recomendações 9, 10 e 17.

3. Morte do agente, declaração de contumácia (e a incapacidade de participação no processo penal por doença grave?)

3.1. Morte do agente

Como tivemos já oportunidade de verificar, a morte do agente – enquanto caso legitimador de PNBC – não aparece contemplada na Diretiva⁷² e, como tal, não podemos também dizer que havia a necessidade de o legislador português a prever (como acontece nos arts. 109.º, n.º 2, 110.º, n.º 5, 127.º, n.º 3, e 128.º, n.º 1, do Código Penal). Ainda assim, sabemos que a Diretiva, ao utilizar a expressão “pelo menos”, dá essa liberdade de previsão de situações diversas aos EM e, além do mais, se pensarmos noutro diploma internacional já aqui mencionado – a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – verificamos que esta situação está lá prevista no art. 54.º, n.º 1, al. c).

A morte do agente é uma causa de exclusão de responsabilidade criminal, nos termos do art. 127.º CP. Já no Código Penal de 1982 se previa no art. 125.º que a morte do agente extinguia tanto o procedimento criminal, como a pena ou medida de segurança. Com a reforma de 1995, a ideia subjacente manteve-se, apenas se alterando a forma sistemática como era apresentada. Assim, o art. 127.º ficou a cuidar de estabelecer quais as causas de exclusão da responsabilidade criminal (morte, amnistia, perdão genérico, indulto e extinção de pessoa coletiva ou entidade equiparada), e o art. 128.º dos seus efeitos.

Com a transposição da Diretiva, a “morte do agente” passou a constar expressamente como uma situação que possibilita a PNBC e, como tal, não impede o prosseguimento do processo para esse efeito. Digamos que é quase consensual que se justificava este esclarecimento. Em primeiro lugar, segundo a *ratio* subjacente à PNBC, o procedimento tem em vista os próprios bens (seja qual for a sua espécie) e não a pessoa em causa que (eventualmente) os utilizou ou deu origem. Aliás, esta foi a forma de se colmatar a insuficiência reconhecida ao instituto da perda, que acabava por ter uma dependência “negativa”, em termos de prevenção e combate às riquezas injustificadas, da condenação penal definitiva. Em segundo lugar, não sendo os mecanismos de perda dos instrumentos, produtos ou vantagens, nem uma pena, nem uma medida da segurança, não havia qualquer fundamento para se confranger estes procedimentos que estão associados à ideia da perigosidade da própria coisa, devendo prevenir-se aqueles perigos e riscos, por um lado, e demonstrar-se que o crime não é título legítimo de aquisição, repondo-se a situação patrimonial existente antes da sua prática, por outro.⁷³

⁷² Embora o art. 5.º da Proposta a fizesse constar, acabou por desaparecer durante as negociações e não figurar na versão final do diploma.

⁷³ Relativamente à base dogmática subjacente à convocação das declarações de perda dos instrumentos, produtos e vantagens *vide* Correia, 2017, pp. 89 e 90; Rodrigues, 2018, Cap. II, “nota introdutória” e ponto 1.4; Dias, 2018, Cap. III, ponto 1.1.

Alguns inconformismos que existam em relação à previsão do falecimento do agente terão mais que ver com o não estabelecimento de outros casos em termos comparativos⁷⁴ do que propriamente com a concreta desconfiança da legitimidade da sua consagração.

3.2. Declaração de contumácia

A subtração do agente à justiça leva a que se gerem diferentes consequências a nível de direito adjetivo – uma delas pode ser a declaração de contumácia (artigos 335.º a 337.º do CPP). Da análise da letra do art. 335.º, n.º 1 do CPP verificamos que a sua aplicação não é automática e que precisa que se verifiquem algumas condições. Primeiramente, excluem-se as situações constantes dos n.ºs 1 e 2 do art. 334.º do CPP⁷⁵. Em segundo lugar, têm de ser realizadas as diligências necessárias à notificação do arguido a que se refere o art. 313.º, n.º 2 e n.º 3, primeira parte. Em terceiro lugar, terá de se verificar uma de três situações: a) a não notificação do arguido do despacho que designa o dia para a audiência; b) não se executar a detenção ou prisão preventiva referidas no n.º 2 do art. 116.º e no art. 254.º; c) a evasão do arguido. Por fim, além de tudo isto, o arguido ainda será “notificado por editais para se apresentar em juízo, num prazo até 30 dias”. Passados esses trinta dias sem se conseguir trazer o arguido ao processo, este será declarado contumaz.

Um dos seus efeitos é a “suspensão dos termos ulteriores do processo até à apresentação ou à detenção do arguido” (n.º 3 do art. 335.º do CPP), e apenas caduca quando o arguido se apresentar ou for detido (n.º 1 do art. 336.º do CPP). Nestas situações, o arguido será logo sujeito a termo de identidade e residência (n.º 2 do art. 336.º do CPP). O TIR é uma medida de coação prevista no art. 196.º do CPP aplicável – pelo JIC ou MP (art. 268.º, n.º 1, al. b) do CPP) – a todos os que são constituídos arguidos. Assim, tendo em conta a leitura do n.º 2 do art. 336.º do CPP, um agente poderá ser considerado contumaz mesmo que não tenha sido constituído arguido em virtude da sua fuga; e, além disso, também podemos ter situações em que uma determinada pessoa possui a qualidade de arguido, *e.g.* por força de um pedido de abertura de instrução (art. 57.º, n.º 1 do CPP), mas que nunca prestou TIR por, durante a fase de inquérito, ter participado no processo enquanto testemunha.

A dependência da perda a favor do Estado em relação à condenação do agente criava sérias dificuldades neste domínio (só poderia acontecer caducando a declaração de contumácia, logo que o arguido se apresentasse ou fosse detido). Nesse sentido, a consagração da possibilidade de confisco não baseado em condenação, nos casos de o agente ser declarado contumaz⁷⁶ (art. 109.º, n.º 2 e 110.º, n.º 5 do CP), teve enorme importância. Desta forma, não

⁷⁴ No *Colóquio sobre Recuperação de Ativos...*, sugere-se que “um legislador criterioso teria enunciado o maior número de casos admissíveis, nomeadamente a amnistia, a prescrição, as imunidades (...) assim satisfazendo as exigências de segurança legal”.

⁷⁵ Nestes casos recorreremos ao instituto do julgamento na ausência e não ao da contumácia.

⁷⁶ Não devemos/podemos confundir a contumácia, prevista nos arts. 335.º e ss. do CPP, com os casos de realização de julgamento na ausência, para efeitos dos arts. 333.º e 334.º do CPP. Enquanto a primeira se reporta àquele tipo

se prejudicou o confisco dos instrumentos, produtos e vantagens, pela não presença do agente do crime, arredando-se a questão da discussão sobre a perda de bens da questão da condenação penal do suspeito ou arguido.

Entre nós⁷⁷ já era conhecido que a ausência do arguido não era impeditiva, em certos casos (art. 333.º e 334.º do CPP), da realização da audiência de julgamento e, assim, a sua condenação, bem como a declaração de perda a favor do Estado.⁷⁸ Porém, essa solução era escassa porque continuava a fazer depender o confisco da condenação e, além do mais, era insuficiente para cumprir as imposições da Diretiva. Precisamente nos casos de impossibilidade de notificação do arguido e aplicação do respetivo regime processual da contumácia, fazendo com que o processo ficasse a aguardar até o agente se apresentar ou ser detido, é que existia a necessidade de se poder separar o tratamento da questão do confisco, do tratamento da matéria penal relativo à prática de determinado facto ilícito – aliás, essa é também uma das formas de se “desencorajar o contumaz”⁷⁹ e forçar a que compareça em juízo. Face à realidade cada vez mais comum que vivemos, a “probabilidade de termos os bens mas não termos o arguido será cada vez maior, gerando situações em que, por não podermos condená-los, iremos ficar eternamente a administrar o seu património”.⁸⁰

O legislador, conhecedor de que haveria de fazer constar ao nível do direito adjetivo a respetiva regulação desta situação, fez aditar ao art. 335.º do CPP o n.º 5. Com o devido respeito por opinião diversa, parece-nos que esta cláusula é manifestamente insuficiente, ficando à tona uma série de dúvidas e inquietações. O legislador utiliza a expressão “não impede o prosseguimento do processo”.⁸¹ Mas afinal o que será isto? Como é que efetivamente prossegue e em que circunstâncias?

Desde logo, não podemos descurar o âmbito sistemático e o momento processual em que surge a figura da contumácia. Os artigos 335.º e ss. pertencem ao Livro VII do nosso CPP, denominado “Do julgamento”. Ora, se o processo se encontra na fase de julgamento, terá de ser realizada uma audiência de julgamento para se poder verificar o “prosseguimento do processo para efeitos da declaração de perda de instrumentos, produtos e vantagens a favor do Estado”.⁸² Aliás, para efeitos de declaração de perda, com base no texto da Lei n.º 5/2002,

de situações em que todas as tentativas de se trazer o arguido ao processo são frustradas por desconhecimento do seu paradeiro e ficando aquele a aguardar a apresentação ou a detenção do arguido, as segundas referem-se às situações em que o arguido foi devidamente notificado para estar presente na audiência e mesmo assim não comparece.

⁷⁷ Cf. Parecer do MP sobre a Proposta de Lei n.º 51/XIII/2.^a(GOV), de 20.02.2017, p. 8.

⁷⁸ Para a antiga “perda de instrumentos e produtos” já existia uma verdadeira cláusula de PNBC, pelo que aí, nem isso se discutia.

⁷⁹ Nos termos do art. 337.º, n.º 3 do CPP, o tribunal pode ainda “decretar a proibição de obter determinados documentos, certidões ou registos juntos de autoridades públicas, bem como o arresto, na totalidade ou em parte, dos bens do arguido”.

⁸⁰ Cf. Parecer do MP sobre a Proposta de Lei n.º 51/XIII/2.^a(GOV), p. 9.

⁸¹ Realce nosso.

⁸² José Manuel Bucho realça que “é essa também a solução do legislador para a continuação do processo para conhecimento e decisão do pedido de indemnização civil, em caso de extinção do procedimento criminal por

de 11 de janeiro, é na sentença condenatória⁸³ que o tribunal declara o valor que deve ser perdido a favor do Estado (art. 12.º). Posto isto, um dos primeiros entendimentos possíveis seria pensar que o processo prosseguiria apenas para efeitos de discussão da parte relativa à perda dos instrumentos, produtos ou vantagens e, num momento final, o juiz teria de indicar, nos termos do art. 374.º, n.º 3, al. c), do CPP, o “destino a dar a coisas ou objetos relacionados com o crime, com expressa menção das disposições legais aplicadas”.⁸⁴

Ainda assim, o legislador utiliza a expressão “não impede”. Ora, “não impedir” não significa que seja obrigatório, pelo que numa segunda tese teríamos de tentar perceber quem decidiria – e em que circunstâncias – o prosseguimento do processo. Ao que tudo indica, “o prosseguimento do processo deve ser oficiosamente ordenado pelo juiz (...), depois de ouvidos a esse respeito o Ministério Público e o defensor do arguido declarado contumaz, bem como os demais sujeitos processuais”.⁸⁵ Não sendo automático, à luz da expressão “não impede”, estará sempre dependente de decisão judicial. A possibilidade de ter de ser requerida pelo MP⁸⁶, pelo assistente, ou pelas partes civis, não parece ter sido a opção do legislador nacional nas situações do prosseguimento do processo em caso de contumácia do arguido.

Não será também descabido pensar, tendo por base a letra dos arts. 109.º, n.º 2 e 110.º, n.º 5 do CP, que o processo prosseguirá sempre que existirem bens confiscáveis. E assim, desse ponto de vista, o “Ministério Público e o juiz não podem prescindir da questão patrimonial (do confisco) (...) também em caso de contumácia o juiz do julgamento não pode deixar de ordenar o prosseguimento do processo, desde que existam bens confiscáveis, ou seja, instrumentos, produtos ou vantagens que possam vir a ser declarados perdidos a favor do Estado”.⁸⁷

A tarefa de perceber o que o legislador pretendeu com a formulação que adotou não é fácil e abre a possibilidade a vários entendimentos. Quanto a nós, entendemos que a lei apenas se limita a possibilitar a discussão de uma questão de natureza diversa e com pressupostos diferentes aos da culpabilidade e respetiva condenação do agente. Esta possibilidade de que haja lugar ao confisco não tem de se traduzir numa obrigatoriedade da sua verificação. A questão do confisco poderá, se assim for o entendimento do juiz, continuar a ser apreciada junto da questão principal.⁸⁸

amnistia ou prescrição”, cf. Bucho, Cap. VI, ponto 9.6.; relativamente à extinção da ação penal por amnistia, art. 11.º da Lei n.º 29/99, de 12 de maio.

⁸³ Considera-se também “sentença condenatória” a que tiver decretado dispensa de pena (375.º, n.º 3, do CPP) e na que seja aplicada medida de segurança quando o crime seja praticado por inimputável (376.º, n.º 3, do CPP).

⁸⁴ Com as alterações protagonizadas pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, passou a exigir-se “a expressa menção das disposições legais aplicadas”.

⁸⁵ Cf. Bucho, 2018, Cap. VI, ponto 9.6.

⁸⁶ Esta concreta solução não seria de todo descabida, visto que caberia ao MP selecionar de imediato os meios de prova. É essa a solução do direito espanhol para a instauração do processo de “*decomiso autónomo*” – arts. 803 *ter* E y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁸⁷ *Ibid.*, Cap. VI, ponto 9.6.

⁸⁸ Este entendimento respeita a vontade da Diretiva quando no seu considerando (15) refere que “se não se puder decidir a perda com base numa condenação definitiva, deverá, todavia, continuar a ser possível, em determinadas circunstâncias, decidir a perda de instrumentos e de produtos, pelo menos em casos de doença ou de fuga do suspeito ou arguido”.

Contudo, qualquer que seja o entendimento defendido pelo leitor, o prosseguimento do processo (obrigatório ou não) acabará sempre por resvalar nas circunstâncias que podem (ou melhor, deveriam) determinar a sua continuidade. O legislador é omissivo nesse aspeto, pelo que se gera um vazio de regulação. Ademais, haverá sempre alguns aspetos que devem ser trazidos à colação para uma completa análise e decisão: a natureza e o valor dos bens em causa, se existem bens apreendidos ou arrestados, quais os custos associados à manutenção da gestão desse património, a sua deterioração/desvalorização com o passar do tempo, etc.⁸⁹

Ainda quanto ao prosseguimento do processo nos casos de contumácia, poderíamos identificar mais algumas questões⁹⁰ que suscitam imensas dificuldades nos planos teórico e prático: a regra do art. 335.º, n.º 5 do CPP aplica-se também aos processos pendentes? E nos casos de conexão de processos onde a declaração de contumácia implica a separação daqueles em que tiver sido proferida? Os bens de terceiros caem no âmbito subjetivo deste confisco sem condenação? O arguido deve também ser notificado (e em que moldes) da continuidade do processo para efeitos de confisco? Qual a relevância da cessação da contumácia? E quanto à responsabilidade tributária? Haverá algum tipo de impedimento por parte do juiz nos termos do art. 40.º CPP?

São muitas as dúvidas para que um regime com esta importância possa alcançar todo o potencial que lhe reconhecem. Nesta dissertação, por não ser possível abordar todas elas, apenas procuremos indagar uma ou outra questão.

Relativamente à *separação de processos*, estamos em crer que o procedimento de confisco prosseguirá no processo separado. Se a declaração de contumácia implica a separação daqueles em que tiver sido proferida (n.º 4 do art. 335.º CPP), será precisamente nesses processos que a contumácia surge como causa legitimadora de prosseguimento do processo, apenas e só, para discussão da perda dos instrumentos, produtos ou vantagens. Situação diferente será podermos perspetivar que se incorrerá muitas vezes numa sobreposição e repetição de prova com a duplicação das audiências.

Quanto à *PNBC para efeitos de terceiros*, entendemos serem defensáveis duas posições antagónicas. A primeira, com base no argumento literal, reitera que a PNBC não se aplicará nos casos de confisco de bens de terceiros. A nossa lei processual não faz a distinção da perda de instrumentos, produtos e vantagens referente a arguido ou a terceiro, e, como tal, haverá que recorrer às normas correspondentes do direito substantivo. Aqui, o art. 111.º do CP estabelece um regime próprio para os “instrumentos, produtos ou vantagens pertencentes a terceiro”, onde não se referem os casos de perda não baseada numa condenação.⁹¹ Numa

⁸⁹ *Ibid.*, Cap. VI, ponto 9.6.

⁹⁰ Neste sentido, observe-se as conclusões constantes do *Colóquio sobre Recuperação de Ativos...*, pp. 11-12, e, também, Bucho, 2018, Cap. VI, ponto 9.6.

⁹¹ Além disso, a Diretiva 2014/42/UE também prevê a perda (art. 4.º), a perda alargada (art. 5.º) e a perda de bens de terceiros (art. 6.º), e o confisco sem condenação só vem previsto para a primeira (art. 4.º, n.º 2).

segunda perspetiva, podemos entender que o legislador utiliza a expressão “perda de instrumentos, produtos e vantagens” de uma forma geral, não estando previstas quaisquer exceções. José Manuel Bucho⁹² realça a ideia de que “onde a lei não distingue não deve o legislador fazê-lo (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*)”, ou seja, enveredando pelo pensamento contrário estaríamos a distinguir entre bens do arguido e bens de terceiro, quando a lei não o faz. Com o devido respeito por opinião diversa, julgamos que não faria qualquer sentido nos casos de morte do agente ou de este ser declarado contumaz que um terceiro pudesse continuar a usufruir de um património ilícito. Não é esta a *ratio* da PNBC, nem nos parece que haja alguma razão pragmática para que o legislador quisesse ter um regime diverso para os terceiros.

Noutro prisma, colocando a tónica no problema das *notificações*, propomos a seguinte reflexão: o arguido declarado contumaz deixa de se poder defender das questões relacionadas com o confisco dos seus bens?

Na nossa opinião, nunca poderá ser esse o entendimento. A Diretiva, tanto no seu artigo 8.º, como no seu considerando (33), consagra um conjunto de direitos e garantias que os EM devem respeitar. Além disso, o considerando (15) acrescenta que “se o arguido ou o suspeito estiver em fuga, os Estados-Membros deverão tomar as medidas razoáveis e poderão exigir que a pessoa em causa seja notificada ou informada do processo de perda”. Contudo, a lei portuguesa também é omissa neste aspeto, nada se referindo quanto à necessidade de se notificar o arguido⁹³ do prosseguimento do processo, da data designada para a audiência e da decisão final.

Isto poderá levar a que se gerem alguns problemas: se interpretarmos que, por exemplo, a decisão final de declaração da perda será apenas notificada ao defensor do arguido, teremos de refletir se o prazo de interposição de recurso pelo arguido se considerará extemporâneo se realizado após os 30 dias da notificação da decisão ao seu defensor (art. 411.º do CPP). Se, segundo as regras comunitárias, a decisão de perda deve ser fundamentada e deve ser comunicada à pessoa em causa, pensamos que também aqui a transposição da Diretiva podia (devia) ter sido mais esclarecedora.

Por fim, duas últimas difíceis questões: 1) cessando a contumácia (se o arguido se apresentar ou for detido), qual a repercussão no processo que prosseguiu para efeitos de declaração de perda?; 2) havendo uma decisão no processo que prosseguiu para efeitos de declaração de perda, qual será o seu efeito na continuação do processo criminal?

A declaração de contumácia do agente é uma das duas situações que possibilitam o prosseguimento do processo para efeitos de declaração de perda. Se a declaração de

⁹² Bucho, 2018, Cap. VI, ponto 9.5.

⁹³ Diferente questão será a da dificuldade da notificação do arguido contumaz, pese embora entender-se que seja possível (cfr. Ac. STJ n.º 5/2014, de 21-05-2014).

contumácia caduca (art. 336.º, n.º 1 do CPP), deixa de existir o fundamento legal para continuação de um procedimento apenas para efeitos de declaração de perda. Assim, voltamos a ter uma discussão sobre a perda dos instrumentos, produtos ou vantagens enxertada num processo criminal para apuramento da responsabilidade do arguido. E isto gera um novo quesito: nos casos em que, por exemplo, o arguido se apresenta num momento em que já foi produzida prova no âmbito do processo de confisco sem condenação, será ela aproveitada no julgamento criminal? No ordenamento jurídico português, nada parece impedir que haja esse aproveitamento, uma vez que essa discussão em matéria de perda será reinserida junto da discussão para apuramento da responsabilidade e desde que essa prova seja produzida de acordo com as regras do processo penal (arts. 321.º, 327.º, 340.º e ss. do CPP), no âmbito do mesmo processo e com os mesmo sujeitos processuais.⁹⁴

Diferente é existir uma decisão final no processo que seguiu apenas para discussão da perda dos instrumentos, produtos ou vantagens, e saber se terá efeito na continuação do processo criminal. Por outras palavras, a decisão que vier a ser proferida no processo da PNBC gozará da eficácia do caso julgado?

Uma decisão considera-se transitada em julgado “logo que não seja suscetível de recurso ordinário ou de reclamação” (art. 629.º, n.º 1 do CPC *ex vi* art. 4.º do CPP). Assim, uma decisão de PNBC transitada em julgado “fica a ter força obrigatória dentro do processo e fora dele” (art. 619.º, n.º 1 do CPC *ex vi* art. 4.º do CPP) e, com isso, impede-se que se volte a apreciar a questão da perda dos instrumentos, produtos e vantagens. Contudo, enquanto o processo de confisco tem por base razões político-criminais baseadas na perigosidade dos bens e recuperação de património ilícito (não existe a perspetiva punitiva/retributiva), o julgamento do arguido contendrá com a discussão e prova de factos que induziram o cometimento de determinado facto ilícito.⁹⁵

A dificuldade está em se perceber a possibilidade de os fundamentos de determinada decisão de confisco de instrumentos, produtos ou vantagens serem ou não vinculativos para o tribunal que depois julgará a sua responsabilidade criminal.⁹⁶ Não o sendo, corremos o risco de ter julgados divergentes e que se contradizem. Aliás, no casos de absolvição do arguido no processo criminal, podemos pensar numa série de dificuldades práticas que surgiriam

⁹⁴ Esta solução será naturalmente diferente se pensarmos nos ordenamentos jurídicos que atribuam natureza processual diversa para o tratamento dessas duas questões. Nesses casos, com vista à salvaguarda da autoincriminação, não será possível aproveitar-se a prova produzida em processo de natureza não penal num outro processo penal que esteja a correr ao mesmo tempo.

⁹⁵ Daí não se poder invocar o princípio *ne bis in idem* (art. 29.º, n.º 5 da CRP e art. 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE).

⁹⁶ No Ac. STJ de 17-05-2018, Proc. n.º 3811/13.3TBPRD.P1.S1, Relator: Rosa Tching, esclarece-se que “o caso julgado resultante do trânsito em julgado da sentença proferida num primeiro processo não se estende aos factos aí dados como provados para efeito desses mesmo factos poderem ser invocados, isoladamente, da decisão a que serviram de base, num outro processo”. Ademais, “os fundamentos de facto não adquirem, quando autonomizados da decisão de que são pressuposto, valor de caso julgado, de molde a poderem impor-se extraprocessualmente”. A respeito de que os fundamentos de facto nunca formam caso julgado, a doutrina parece estar de acordo – cf. Marques, 2007, p. 447; Varela, 1984, pp. 695 e 697; Sousa, 1996, p. 340.

decorrentes da vontade do arguido querer fazer valer os factos dessa sentença para efeitos de revisão da decisão que decretou a perda dos instrumentos, produtos ou vantagens. Também aqui, o legislador não teve o cuidado de adaptar o regime de recurso de revisão às situações em que existe prosseguimento do processo – fruto da declaração da contumácia – para efeitos de confisco, possibilitando que no decurso desse processo se venham a ter duas sentenças transitadas em julgado incompatíveis.

A legitimidade para o condenado ou o seu defensor requererem a revisão prende-se apenas com sentenças condenatórias das quais resultem “graves dúvidas sobre a justiça da condenação”, nos termos dos arts. 449.º, n.º 1, al. c) e 450.º, n.º 1, al. c) do CPP. Contudo, o entendimento relativo aos “factos que servirem de fundamento à condenação”, para efeitos da alínea c) do art. 449.º, n.º 1, tem sido apenas quanto àqueles que digam respeito à imputação do crime e não quanto aos que respeitem à decisão de perda. Assim sendo, a admissibilidade da revisão para revogação daquela decisão de natureza patrimonial fica, desde logo, prejudicada.

A título de curiosidade, deixamos também aqui uma pequena menção ao pragmatismo e à forma perspicaz como o legislador espanhol enfrentou esta realidade: mandou aplicar ao *decomiso autónomo* (procedimento de confisco) as normas respeitantes ao instituto de revisão de sentença, esclarecendo que será motivo de revisão da decisão de perda a contradição dos factos provados na mesma em relação aos factos provados na sentença criminal.⁹⁷ Quanto a nós, pensamos que o futuro se encarregará de forçar uma alteração legislativa.

3.3. A incapacidade de participação no processo penal por doença grave

A Diretiva prevê a doença como uma das situações que possibilita a PNBC, nos termos do art. 4.º, n.º 2, e que, para efeitos desse diploma, deverá entender-se por doença a “incapacidade do suspeito ou arguido de comparecer no processo penal durante um período prolongado”. Também temos conhecimento de que o legislador português não estabeleceu expressamente essa possibilidade, antes fazendo-o em relação aos casos de morte do agente e de contumácia.

No amplo debate legislativo acerca da necessidade de se prever esta situação aquando da transposição da Diretiva, era defendido pela maioria que a doença, no ordenamento jurídico português, já não impedia a realização da audiência de julgamento na ausência do arguido em certos casos (333.º e 334.º do CPP).⁹⁸ Ainda assim, as diferentes normas do nosso CPP respeitantes às situações em que o nosso legislador permite a realização da audiência de

⁹⁷ Cf. arts. 803 ter r, e 954, n.º 2 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

⁹⁸ Todavia, essa possibilidade não faz corresponder a uma verdadeira PNBC, uma vez que a decisão de perda cumulará sempre com a discussão e julgamento da responsabilidade criminal do infrator.

juízo sem a presença do arguido apresentam todas um fundamento comum: a ausência do arguido “é, de algum modo, querida, ou consentida, de forma expressa ou implícita”.⁹⁹

Diferente disso é o caso de uma determinada pessoa – que comete um facto ilícito-típico – passar posteriormente a padecer de uma anomalia psíquica que a torna incapaz de participar no processo penal de forma livre, consciente e inteligível. Verdadeiramente, o que está em causa é a capacidade judiciária do arguido.

Primeiramente, incapacidade por anomalia psíquica não se pode confundir com inimputabilidade por anomalia psíquica.¹⁰⁰ Enquanto esta última se refere à questão material da culpa (ausente ou diminuída), nos termos do art. 20.º, n.ºs 1 e 2 do CP, a incapacidade por anomalia psíquica diz respeito à parte processual, no sentido de saber se o arguido está ou não em condições para participar no processo e suas vicissitudes. Recorrendo à observação sintética, mas esclarecedora, de Pedro Soares de Albergaria¹⁰¹, podemos inferir que “a inimputabilidade é uma ‘incapacidade’ dirigida ao facto, a incapacidade de que curamos é dirigida ao processo”. A capacidade de o arguido estar em juízo estará naturalmente associada a estarem (ou não) reunidas as condições de o arguido exercer pessoalmente a sua defesa. Nestes casos em que se conclua que o arguido é incapaz para o processo por razões que não lhe são imputáveis¹⁰², não se poderá prosseguir com a audiência¹⁰³. Mas e se a incapacidade surgir antes da audiência de julgamento ou até na fase de inquérito?¹⁰⁴

Pedro Soares de Albergaria¹⁰⁵ defende que, se a incapacidade surge antes da audiência de julgamento, então o juiz não deve designar a data de realização da mesma e deve sustentar os termos do processo. Se ocorrer na fase de inquérito, apenas deverão ser realizadas aquelas diligências que não exijam uma participação fundamental do arguido (*e.g.* quando este deva ser submetido a um reconhecimento pessoal ou, inversamente, ser sujeito a interrogatório ou acareação). Ainda assim, o autor sustenta que se for recolhida prova suficiente que permita a acusação do arguido, o processo ficará na mesma suspenso até melhoras deste e, em caso disso, ter-se-ão de cumprir as regras atinentes à notificação da acusação e conceder-se o respetivo prazo para a abertura da instrução (à semelhança do que acontece quando o arguido contumaz – que não foi notificado aquando da acusação – se apresenta ou é detido – art. 336.º, n.º 3 do CPP). Por último, na fase de audiência de julgamento teremos uma suspensão “total”,

⁹⁹ Cf. Albergaria, 2007, p. 178.

¹⁰⁰ Neste sentido, Cunha, 2011, pp. 89-90.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 175.

¹⁰² Esta solução difere dos casos “em que o arguido, por dolo ou negligência, se tiver colocado numa situação de incapacidade para continuar a participar na audiência” – n.º 6 do art. 332.º do CPP.

¹⁰³ Apesar de a lei não o prever expressamente, tem vindo a entender-se que – por razões teleológicas e da necessidade de preservar o núcleo essencial da autodefesa – a consequência será a suspensão do processo. Cf. Silva, 2010, pp. 309-310 e Osório, 1932, p. 364 *apud cit* Albergaria, 2007, p. 178; e ainda, Cunha, 2011, p. 109.

¹⁰⁴ Fruto de o nosso CPP partir de um conceito e de um estatuto material de arguido, Damião da Cunha alerta que o problema da capacidade processual pode ser colocado logo no momento da constituição de arguido, cf. Cunha, 2011, p. 110.

¹⁰⁵ Albergaria, 2007, pp. 179-180.

pois é quando “o arguido e a sua defesa expõem os seus argumentos aos perigos e virtudes do contraditório”.¹⁰⁶

Não se podendo prosseguir com o julgamento, e nada dizendo o legislador relativamente à possibilidade de continuação do processo para efeitos de declaração de perda, corremos o risco de estarmos perante um tipo de situação que compromete o combate aos instrumentos, produtos e vantagens do crime, apenas e só porque não fomos mais cuidadosos na sua prevenção.¹⁰⁷

Por último, deixamos uma breve nota relativa ao *internamento de imputáveis portadores de anomalia psíquica*. Os artigos 104.º a 107.º do Código Penal regulam a situação do agente que, não tendo sido considerado inimputável nos termos do artigo 20.º, for condenado em prisão, e se demonstre que sofria, ao tempo do crime, ou que passou a sofrer já depois do seu cometimento, de anomalia psíquica. Nesses casos, “o tribunal ordena o seu internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis pelo tempo correspondente à duração da pena”.

O que vem regulado nos arts. 104.º e ss. não contende com a incapacidade dirigida ao processo que visamos tratar, mas antes com uma “incapacidade” dirigida ao facto de que, considerada pelo tribunal após a condenação em pena de prisão, poderá relevar na alteração da mesma e subsequente substituição pela medida de internamento. Em suma, a anomalia psíquica (anterior ou posterior) é aqui considerada em termos processuais após a realização da audiência e da condenação do arguido, pelo que daí não decorre nenhum inconveniente relativamente à declaração de perda.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ O nosso CPP de 1929 previa no seu art. 130.º as consequências da falta de integridade mental do arguido posterior à prática de infração – a este respeito, cf. Antunes, 1993, p.64. Alguns países, com semelhanças culturais e jurídicas ao nosso, preveem e regulam esta figura da incapacidade processual. É o caso de Itália e da Alemanha – cf. Cunha, 2011, p. 106.

4. Reflexão (a)crítica e futuros desafios

4.1. As tendências nos Estados-Membros da UE

Existia uma curiosidade enorme em saber que efeitos, em termos objetivos e práticos, traria aquele conjunto de regras mínimas para a perda sem condenação. A Comissão, após ser interpelada pelo PE e pelo Conselho¹⁰⁸, apresentou dois documentos¹⁰⁹, complementares entre si, que podem muito bem ser um ponto de partida importante para a mudança do paradigma atual na UE.

Da análise realizada apurou-se que a maioria dos Estados-Membros foi além do exigido pela Diretiva. A tendência vai no sentido de criarem sistemas de maior alcance para a PNBC, seja por ampliação do modelo clássico (previsto no art. 4.º, n.º 2 da Diretiva), seja pela consagração de outros mecanismos de PNBC que permitem rigor, eficácia e, também muito importante, o respeito pelos direitos fundamentais. A Comissão considera particularmente promissores os modelos italiano e alemão pela sua polivalência e natureza híbrida. São modelos que partem do direito penal, mas que o conjugam com outros elementos de forma a fortalecer o regime de confisco.¹¹⁰

Apesar de a Comissão concluir pela necessidade de se introduzirem regras mais eficazes, que apresentem vantagens em termos de aumento das atividades de congelamento e de perda, também reitera que uma conclusão mais a fundo sobre o tema só poderá ser retirada com uma melhoria no tratamento de dados pelos EM e com uma base estatística mais sólida.

A possibilidade de alargamento das medidas de PNBC recorrendo a modelos híbridos e modernos de confisco é um problema antigo, defendido por uns e repudiado por outros. A notoriedade e o reconhecimento de novas formas que vêm sendo implementadas promete deixar em aberto o debate para os próximos anos.

4.2. A legitimidade de intervenção da UE e o perigo das confusões terminológicas

A Diretiva 2014/42/UE resulta de um processo legislativo que tem por base os artigos 82.º, n.º 2 e 83.º, n.º 1 do TFUE, relativos à cooperação judiciária em matéria penal. Assim sendo, por maioria de razão, a base legislativa de intervenção adjacente ao mecanismo de PNBC do seu art. 4.º, n.º 2, tem também natureza penal. Dessa forma, pensar-se na adoção de

¹⁰⁸ Documento 7329/1/14 REV 1 ADD 1, de 31 de março de 2014. Além disso, o artigo 13.º da Diretiva também previa a obrigação de a Comissão apresentar “um relatório no qual avalie o impacto do direito nacional em vigor na matéria de perda e de recuperação de bens, acompanhado de propostas adequadas se necessário”.

¹⁰⁹ SWD (2019) 1050 final, de 12 de abril de 2019, “Análise das medidas de perda não baseada numa condenação na União Europeia”; COM (2020) 217 final, de 02 de junho de 2020, “Recuperação e perda de bens: garantir que o crime não compensa”.

¹¹⁰ No relatório de 02.06.2020, a Comissão realça que ainda vai analisar a possibilidade de esses modelos consubstanciarem um eventual futuro regime europeu de PNBC.

modelos como a *civil recovery* inglesa, ou o próprio *confisco preventivo italiano*, alterando o paradigma atual, implicaria repensar-se a base legislativa de intervenção.

À primeira vista, pensamos que a solução poderia passar pelo art. 81.º do TFUE, respeitante à cooperação judiciária em matéria civil. De um outro prisma, num raciocínio um pouco mais elaborado, poder-se-ia procurar sustentar a ideia de que a perda, ainda que decretada fora do processo penal, pode – tendo em conta as suas finalidades preventivas – continuar a ser harmonizada com aquele¹¹¹, pelo que a base legislativa de intervenção não se alteraria.

Muito embora haja todo um leque inegável de vantagens na implementação de novos mecanismos que permitam uma maior agilização e efetividade do confisco, constatamos que a sua importação para o direito penal europeu necessitaria de elevado cuidado, sob pena de voltarmos a incorrer em mais algumas confusões terminológicas.

O maior exemplo disso é a equiparação infundada entre instrumentos, produtos e vantagens. Como refere Pedro Caeiro¹¹², “não é possível justificar o confisco dos instrumentos à luz da ideia de que o crime não compensa e da reposição do status quo ante – precisamente porque, à data da prática do crime, o agente possuía esses bens”. Ademais, segundo Figueiredo Dias¹¹³, os produtos do crime não se devem confundir com as vantagens. Os primeiros são, como o próprio nome indica, as coisas por ele produzidas; já as segundas, são os benefícios, diretos ou indiretos, que o arguido dele retira.

A definição ampla de produtos que a Diretiva consagrou no seu art. 2.º, n.º 1, acabou por “colocar tudo dentro do mesmo saco” (*producta sceleris* e vantagens), solução que fatalmente desvinculou o requisito de “perigosidade” inerente aos primeiros.¹¹⁴ Ora, esse mesmo requisito permitia-nos – à luz da antiga sistematização do CP – enveredar pela conclusão de que a perda dos instrumentos ou produtos “não é, assim, um mecanismo essencialmente criado para demonstrar que o crime não compensa”.¹¹⁵ Mais do que isso, a sua *ratio* alicerçava-se à “prevenção dos riscos decorrentes da disponibilidade de objetos que, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso concreto, são perigosos”.¹¹⁶ Não se tratava de defender o desígnio “a cada um aquilo que lhe pertence” (*suum cuique tribuere*) mas, tão somente, de simples prevenção.

Atualmente, no que concerne à PNBC, deixou de se prever uma cláusula geral respeitante aos instrumentos e produtos, passando antes a figurar o mesmo conjunto de casos

¹¹¹ Integrando um conceito amplo de “sanção” – cf. Correia, 2018, Cap. XI, ponto 2.5.4.

¹¹² Caeiro, 2018, Cap. I, ponto 5.

¹¹³ Dias, 1993, p. 618.

¹¹⁴ Antes da alteração sistemática operada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, e da consequente remoção do requisito de perigosidade em relação aos *producta sceleris*, esse confisco tinha subjacentes razões de natureza estritamente preventiva. O facto de oferecerem um sério risco de serem utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos-típicos (*e.g.* o exemplo clássico da moeda falsificada), legitimava a atuação do Estado de direito de forma a afastar esses potenciais perigos. – cf. Correia, 2012, pp. 68-69; Bucho, 2018, Cap. VI, ponto 2.

¹¹⁵ Cf. Correia, 2012, p. 70.

¹¹⁶ *Ibid.*

que legitimam a continuação do processo para efeitos da perda de vantagens. Na verdade, essa cláusula geral¹¹⁷ tinha forte razão de ser atendendo ao carácter de perigosidade imediata ou concreta, bem como à natureza preventiva conferida aos instrumentos e produtos (ao contrário das vantagens em que se tutela uma perigosidade abstrata).¹¹⁸ Precisamente porque o que estava em causa era remover um perigo, e não a aplicação de uma sanção. A condenação do arguido nunca era pressuposto exigível para a possibilidade do confisco.

A terminologia que, ao longo de séculos, distinguia instrumentos, produtos e vantagens acabou por ser atraída pela ânsia obsessiva em se demonstrar que o “crime não compensa”. Assim, alertamos para o facto de a “importação” de novos mecanismos de PNBC para a criação de um “novo modelo europeu” ter de ser acautelada com relutância e devido cuidado – sob pena de termos conceções desajustadas, um direito adjetivo inoperante, e consequentemente, uma legitimidade de intervenção enfraquecida.¹¹⁹

4.3. Regulamento (UE) 2018/1805, de 14 de novembro de 2018 – mantém-se tudo igual?

Recentemente, fruto da intensificação de debate em torno do confisco nos últimos anos, foi possível dar-se mais um passo importante ao nível da regulação comunitária¹²⁰ – estamos a falar do Regulamento (UE) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de novembro de 2018 relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda, que se considera aplicável desde 19 de dezembro de 2020.

A integração europeia vê na liberdade de circulação de bens e capitais um dos seus mais valiosos pilares contemporâneos. Basta pensarmos que determinados bens relacionados com a prática de crimes (mormente as vantagens) podem encontrar-se localizados sob a autoridade de uma jurisdição diferente daquela que decide a respetiva perda. Uma boa cooperação entre as autoridades dos países europeus é fundamental.

O art. 1.º, n.º 4, o Regulamento dispõe que caem fora do seu âmbito as “decisões de apreensão e decisões de perda emitidas no âmbito de processo em matéria civil ou administrativa”. Do exposto resulta que a questão controvertida relativa à adoção de novos mecanismos de PNBC continuará (apenas) a ser debatida no plano teórico e, além disso,

¹¹⁷ De realçar que ao nível do DL n.º 15/93, de 22 de janeiro, relativo à legislação de combate à droga, ainda se encontra prevista, no art. 35.º, n.º 3, uma disposição ampla de confisco não baseado numa condenação, à semelhança do que acontecia para os instrumentos e produtos do crime na versão original do CP95.

¹¹⁸ Cf. Dias, 1993, p. 632.

¹¹⁹ Sobre o perigo de transformar a “robustez em tirania”, cf. Caeiro, 2018, Cap. I, ponto 5.2.

¹²⁰ O legislador europeu, a fim de evitar a displicência dos legisladores nacionais, adotou pela primeira vez em matéria penal um Regulamento.

modelos de confisco híbridos como o italiano ou o alemão poderão não cair no âmbito deste Regulamento.¹²¹

Ainda assim, a regulação do confisco põe termo a uma importante lacuna e tem o potencial para melhorar consideravelmente a cooperação transfronteiriça.

4.4 Futuros desafios

Iniciando por uma reflexão introspectiva, entendemos que o maior desafio – mas também a maior necessidade – no plano normativo nacional será colmatar as lacunas processuais ao nível dos casos de perda sem condenação.¹²² Como tivemos oportunidade de verificar, a omissão da concretização de aspetos processuais essenciais para o prosseguimento da discussão da matéria da perda (nos casos em que não haja condenação) leva a que restem mais dúvidas do que certezas. Construir uma casa sem uns bons alicerces poderá significar dar um passo fatal para a ruína de um grande projeto. Esperemos que os próximos anos sejam promissores e acima de tudo frutíferos a este nível.

No plano europeu, a discussão em torno da introdução de verdadeiras *non-conviction based confiscations* parece-nos estar longe de ter fim. Apesar da enorme desconfiança por vários Estados-Membros quanto à sua viabilidade e compatibilidade com a necessária proteção de direitos fundamentais¹²³, a verdade é que começam a surgir, um pouco por todo o lado, estudos doutrinários¹²⁴ que demonstram que é possível encontrar soluções inovadoras que, sem limitarem em demasia as garantias individuais, são capazes de cumprir um melhor papel na recuperação dos lucros do crime.

Hoje em dia, julgamos que o confisco possui uma mensagem social intrínseca muito forte, conjugando efeitos preventivos, dissuasores e até, em certos casos, reparadores. Com isso, o desejo de que os seus mecanismos associados sejam de maior robustez e eficiência é comum a todos. Caberá ao legislador europeu, num futuro breve – seja pelo alargamento de casos de PNBC no seio do próprio processo penal (indo mais além do que a Diretiva já prevê), seja pela criação de um mecanismo novo, de natureza civil ou administrativa, independente do processo penal – ditar o rumo a tomar.

¹²¹ Há quem entenda que a alteração da expressão do art. 1.º – “no âmbito de um processo penal” – por “no âmbito de procedimentos em material penal” permitiria acautelar estes modelos híbridos de confisco preventivo. Cf. Cairo, 2018, Cap. I, ponto 4.3.2.

¹²² É este também o entendimento refletido na *Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024*, aprovada em Resolução de Conselho de Ministros n.º 37/2021, publicada no Diário da República n.º 66/2021, Série I, de 2021-04-06. <https://dre.pt/home/-/dre/160893669/details/maximized>.

¹²³ Este é um dos mais importantes desafios na introdução de legislação sobre a perda sem condenação. Os processos conduzidos sob a lei penal acabam por mais facilmente proporcionar essas salvaguardas, e daí que sejam mais bem aceites pela maioria dos Estados. Por sua vez, a inexigência (ou abrandamento da exigência) da demonstração do vínculo entre os bens ilícitos e a atividade criminosa acaba, por um lado, por tornar os procedimentos *in rem* apetecíveis, mas, por outro, suscita alguns desafios no que concerne ao devido respeito pelas garantias previstas na CEDH e na Carta.

¹²⁴ Cf. Simonato, 2015, pp. 213-228; Grandi, 2019, pp. 31-55; Boucht, 2019, pp. 67-93 e 205-231.

Referências bibliográficas

- AA. VV. (2011). *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ALBERGARIA, P.S. (2007). Anomalia psíquica e capacidade do arguido para estar em juízo. *Julgar*, n.º 1, pp. 173-182.
- ANTUNES, M.J. (1993). *O internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis (os arts. 103.º, 104.º e 105.º do Código Penal de 1982)*. Coimbra: Coimbra Editora.
- BERMAN, P.S. (2009, janeiro). An anthropological approach to modern forfeiture law: The symbolic of legal actions against objects. *SSRN Electronic Journal*. https://www.researchgate.net/publication/30504184_An_Anthropological_Approach_to_Modern_Forfeiture_Law_The_Symbolic_Function_of_Legal_Actions_Against_Objects/references.
- BOUCHT, J. (2019). *The limits of asset confiscation: On the legitimacy of extended appropriation of criminal proceedings*. Oxford: Hart.
- BRUN, J-P., et al. (2021). *Asset recovery handbook: A guide for practitioners*. Second Edition. The World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/34843>.
- BUCHO, J.M. (2018). A transposição da Diretiva 2014/42/UE. Notas à Lei n.º 30/2017, de 30 de maio (aspetos processuais penais). In *O novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs* (e-book). Lisboa: Imprensa-Nacional Casa da Moeda; Procuradoria-Geral da República.
- CAEIRO, P. (2018). O confisco numa perspetiva de política criminal europeia. In *O novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*, pp. 21-38. (e-book). Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda; Procuradoria-Geral da República.
- CORREIA, J.C. (2017). “Non-conviction based confiscations” no direito penal português vigente: “Quem tem medo do lobo mau?”. *Julgar*, n.º 32, pp. 71-95.
- CORREIA, J.C. (2018). Que futuro para a recuperação de ativos na União Europeia? In *O novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*, pp. 333 e ss. (e-book). Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda; Procuradoria-Geral da República.
- CORREIA, J.C. (2014). Reflexos da Diretiva 2014/42/EU (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia) no direito vigente. *Revista do CEJ*, vol. II, pp. 83 e ss.
- CORREIA, J.C. (2012). *Da proibição do confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional -Casa da Moeda; Procuradoria-Geral da República.
- CUNHA, J.M.D. (2011). Imputabilidade e incapacidade processual em razão de anomalia psíquica: algumas reflexões à luz das soluções do CPP. In *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*, pp. 89-11. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J.F. (1993). *Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas/Editorial Notícias.
- DIAS, M.C. (2018). “Perda alargada” prevista na Diretiva/2014/42/UE (artigo 5.º) e “Perda do valor de vantagem de atividade criminosa” prevista na Lei n.º 5/2002 (artigos 7.º a 12.º). In *O novo*

- regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*, pp. 85-117 (e-book). Lisboa: Imprensa-Nacional Casa da Moeda; Procuradoria-Geral da República.
- FERREIRA, M.R., CARDOSO, E.L & CORREIA, J.C. (coord.) (2018). *O novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs* (e-book). Lisboa: Imprensa-Nacional Casa da Moeda; Procuradoria-Geral da República.
- GRANDI, C. (2019). Non-conviction-based confiscation in the EU legal framework. In *Improving confiscation procedures in the European Union*, pp. 31-55. Nápoles: Jovene Editore.
- GREENBERG, T.S., et al. (2009). Stolen asset recovery: A good practices guide for non-conviction based asset forfeiture. The World Bank. <https://star.worldbank.org/sites/star/files/Non%20Conviction%20Based%20Asset%20Forfeiture.pdf>.
- MARQUES, J.P. (2007). *Acção declarativa à luz do novo código revisto (pelo Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 agosto)*. Coimbra: Coimbra Editora.
- OSÓRIO, L. (1932). *Comentário ao Código de Processo Penal Português*. Coimbra: Coimbra Editora.
- RODRIGUES, H.R. (2018). O confisco das vantagens do crime: Entre os direitos dos Homens e os deveres dos Estados a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de confisco. In *O novo regime de recuperação de ativos à luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a transpôs*, pp. 41 e ss. (e-book). Lisboa: Imprensa-Nacional Casa da Moeda; Procuradoria-Geral da República.
- ROSSI, F. (coord.) (2019). *Improving confiscation procedures in the European Union*. Nápoles: Jovene Editore.
- RUI, J.P. & SIEBER, U. (Dir.) (2015). *Non-conviction-based-confiscation in Europe: Possibilities and limitations on rules enabling confiscation without a criminal conviction*. Berlim: Duncker & Humblot.
- SILVA, G.M. (2010). *Curso de processo penal I – Noções gerais, elementos do processo penal*, 6.ª edição. Lisboa: Verbo.
- SIMONATO, M. (2015). Directive 2014/42/EU and non-conviction based confiscation: A step forward on asset recovery? *New Journal of European Criminal Law*, vol. 6, n.º 2, pp. 213-228
- SOUSA, M.T. (1997). *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex.
- VARELA, A., BEZERRA J.M. & NORA, S. (1984). *Manual de processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora.

Web Sites para Documentos de Organizações, Diplomas Legais e Iniciativas

- ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (2003). *Convenção contra a Corrupção*. <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2007/09/18300/0669706738.PDF>.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (2008). Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: Produto da criminalidade organizada, Garantir que o “crime não compensa”. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2008/PT/1-2008-766-PT-F1-1.Pdf>.

- COMISSÃO EUROPEIA (2019). Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2019/EN/SWD-2019-1050-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>.
- COMISSÃO EUROPEIA (2020). Asset recovery and confiscation: Ensuring that crime does not pay. https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/default/files/what-we-do/policies/european-agenda-security/20200602_com-2020-217-commission-report-annex_en.pdf.
- COMITÉ DAS REGIÕES (2012). Parecer do Comité das Regiões sobre o pacote sobre a proteção da economia legal. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2012:391:FULL&from=PT>.
- COMMONWEALTH SECRETARIAT (2005). Model Law on civil recovery: Commonwealth model legislative provisions on the civil recovery of criminal assets including terrorist property. <https://library.commonwealth.int/Portal/External/en-GB/RecordView/Index/26949>.
- COMMONWEALTH SECRETARIAT (2005). Report of the Commonwealth Working Group on asset repatriation. <https://library.commonwealth.int/Portal/External/en-GB/RecordView/Index/4128>.
- CONSELHO DA EUROPA (2005). Convenção do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, detecção, apreensão, e perda dos produtos do crime e ao financiamento do terrorismo. <https://dre.pt/application/dir/pdfsdip/2009/08/16600/0564705674.pdf>.
- CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA (2010). Council conclusions on confiscation and asset recovery. <https://anabi.just.ro/en/docs/pagini/23/20%20Council%20Conclusions%20on%20Confiscation%20and%20Asset%20Recovery%20-%202010.pdf>.
- CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA (2014). Statement by the European Parliament and the Council on an analysis to be carried out by the Commission. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7329-2014-REV-1-ADD-1/en/pdf>.
- CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO (2017). Parecer relativo ao projeto de Proposta de Lei n.º 201/2016, referente à transposição da Diretiva n.º 2014/42/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, relativa ao congelamento e à perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia. <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e686279396a593252694d54526c4d4330344d4463344c5452695a475174596a5a6b4d793035596d52694d7a4a6c4e6d4d32593245756347526d&fich=ccdb14e0-8078-4bdd-b6d3-9bdb32e6c6ca.pdf&Inline=true>.
- FINANCIAL ACTION TASK FORCE (2012-2020). International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation. <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>.
- G-8 BEST PRACTICES (2003). G-8 best practice principles on tracing, freezing, and confiscation of assets. https://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2004/06/03/G8_Best_Practices_on_Tracing.pdf.

GOVERNO (2017). Proposta de Lei 51/XIII (2.^a) que altera o regime de congelamento e de perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia, transpondo a Diretiva n.º 2014/42/UE. <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=40914>.

MINISTERIO DE GRACIA Y JUSTICIA (1882). Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&tn=2>.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO (2012). Proposta de Diretiva sobre o congelamento e o confisco do produto do crime na União Europeia. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52012PC0085>.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO (2014). Diretiva sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0042>.

PRESIDÊNCIA DO CONSELHO DE MINISTROS (2021). Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2021 que aprova a Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024. <https://dre.pt/application/conteudo/160893669>.

PROCURADORIA-GERAL DISTRITAL DO PORTO (2017). Colóquio sobre recuperação de ativos à luz da transposição da Diretiva 2014/42/UE. <https://www.trg.pt/ficheiros/estudos/concluses%20-%20recuperao%20de%20ativos%20pgd%20porto2.pdf>.

PROJETO FENIX (2012). Recuperação de activos. https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/livrorecuperaoactivos_final.pdf.

Jurisprudência

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA N.º 5/2014, de 21-05-2014, Proc. n.º 2911/09.9TDLSB-A.E1-A.S1. <https://dre.pt/home/-/dre/25345674/details/maximized>.

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA de 17-05-2018, Proc. n.º 3811/13.3TBPRD.P1.S1. <https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/116182404/details/normal?emissor=Supremo+Tribunal+de+Justi%C3%A7a&perPage=100&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 392/2015, de 23-09-2015, Proc. n.º 665/15. <https://dre.pt/home/-/dre/70361321/details/maximized>.

A substituição de trabalhadores grevistas por meios
tecnológicos*

Rita Marques Ferreira Nossa

Sob a orientação da Professora
Doutora Ana Teresa Ribeiro

* Dissertação publicada no n.º 58 da Revista Questões Laborais.

“Tudo em mim é a tendência para a seguir ser outra coisa; uma impaciência da alma consigo mesma, como uma criança inoportuna; um desassossego sempre crescente e sempre igual.”

Fernando Pessoa

Agradecimentos

À Senhora Doutora Ana Teresa Ribeiro por todo o apoio, dedicação e rigor com que me acompanhou. Pela compreensão, disponibilidade e amabilidade que manifestou desde o início desta jornada, um agradecimento não será suficiente.

Aos meus Pais, a quem devo tudo. Por acreditarem sempre em mim e me motivarem. As palavras nunca expressarão a gratidão e o carinho que lhes tenho.

Aos meus avós, Carlos, Isabel, Margarida e Salvador, por todo o amor. Tal como os pais, deveriam ser eternos.

Ao meu Tio Luís e à Tia Joana, por serem tão presentes e encorajadores.

Ao Luís, pelo apoio, motivação e paciência.

Às Amigas de sempre, em especial, à Beatriz e às Mafaldinhas. Sei que as levo comigo para a vida.

Ao Pedro e à Camila, pela amizade bonita que construímos.

Ao Dr. Manuel Maximino, à Dr.^a Helena Coutinho, à Dr.^a Fátima Fonseca, ao Alfredo e à Irene, pelo contributo que tiveram para que, ao longo desta caminhada, alcançasse um outro objetivo – ser Advogada.

Resumo

A emergência abrupta de fenómenos como a digitalização, a robótica ou a automação irá sentir-se, a cada passo, com maior intensidade no campo jslaboral. O direito à greve não escapará a esta tendência, que veio, definitivamente, para ficar. Por conseguinte, prevendo que a tecnologia se transforme num poderoso aliado do empregador, designadamente para minorar as consequências do exercício do direito à greve, pretendemos perceber se a substituição de grevistas por meios tecnológicos cairá no âmbito da proibição prevista no artigo 535.º do Código do Trabalho.

Inicialmente, analisaremos a consagração constitucional do direito à greve. De seguida, incidiremos sobre o seu escudo protetor, a proibição de substituição de grevistas. Ulteriormente, debruçar-nos-emos sobre a experiência espanhola relativamente ao *esquirolaje tecnológico*. Por fim, apresentaremos uma proposta interpretativa extensivo-teleológica da norma, concluindo pela inclusão da substituição tecnológica de grevistas no âmbito da predita proibição.

Palavras-chave: greve; direito à greve; proibição de substituição de grevistas; *esquirolaje tecnológico*; substituição de grevistas por meios tecnológicos.

Abstract

The abrupt emergence of phenomena such as digitalization, robotics, and automation will gradually be felt with greater intensity in the field of work. The right to strike will not escape this trend, which is definitely here to stay. Therefore, anticipating that technology will become a powerful ally of the employer, namely, to mitigate the consequences of the right to strike, we intend to understand whether the replacement of strikers by technological means falls within the scope of the ban on the replacement of strikers, enshrined in article 535 of the Labour Code.

First, we will analyse the constitutional consecration of the right to strike. Then, we will elaborate on its protective shield, the prohibition of substitution of striking workers. Subsequently, we will look at the Spanish experience on *esquirolaje tecnológico*. And, lastly, we will present a proposal for an extensive teleological interpretation of the law, concluding with the inclusion of the technological substitution of strikers within the scope of the aforementioned prohibition.

Keywords: strike; right to strike; prohibition of replacement of strikers; *esquirolaje tecnológico*; replacement of strikers by technological means.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Art.(s)	Artigo(s)
CC	Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei 47344/66, de 25 de novembro, na versão atualizada pela Lei n.º 65/2020, de 04 de novembro
CE	<i>Constitución Española</i>
Cfr.	Confrontar
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, na versão atualizada pela Lei n.º 18/2021, de 08 de abril
CT2003	Código do Trabalho de 2003, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto, revogado pela Lei 7/2009, de 12 de fevereiro
DL	Decreto-Lei
DLG	Direitos, Liberdades e Garantias
N.º(s)	Número(s)
OIT	Organização Internacional do Trabalho
PPGR	Parecer da Procuradoria-Geral da República
RDLRT	<i>Real Decreto-Ley Sobre Relaciones de Trabajo</i>
Ss.	Seguintes
STC/SSTC	<i>Sentencia(s) del Tribunal Constitucional</i>
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
STS/SSTS	<i>Sentencia(s) del Tribunal Supremo</i>
STSJ	<i>Sentencia del Tribunal Superior de Justicia</i>
TC	Tribunal Constitucional (português ou espanhol, consoante o contexto)
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da relação do Porto
TS	<i>Tribunal Supremo</i>
Vd.	<i>Vide</i>

Indicações de leitura

Todos os preceitos legais cuja origem não seja referida pertencem ao Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, com as sucessivas alterações, salvo se diferente indicação constar do texto.

As referências bibliográficas em nota de rodapé obedecem ao método de citação autor-data, sendo feitas indicando-se o nome do autor e, entre parêntesis retos, a data de publicação da edição da obra, seguida da página (ou páginas) a que nos reportamos. Caso o objetivo seja remeter o leitor para uma obra na sua totalidade, da referência apenas constará o nome do autor e o ano da publicação. As referências bibliográficas completas encontram-se no final do presente trabalho, ordenadas alfabeticamente pelo apelido do autor. Caso existam mais obras do mesmo autor serão ordenadas cronologicamente a partir da mais recente.

Citando-se, em nota de rodapé, mais do que uma obra, a indicação é feita da mais antiga para a mais recente, salvo se motivos expositivos impuserem ordem diversa.

No que respeita aos artigos consultados apenas na sua versão eletrónica, devidamente identificados na bibliografia, a página indicada corresponde, não à da edição, mas, antes, à dos documentos nesse formato.

As decisões judiciais provenientes dos tribunais nacionais são referenciadas no corpo da dissertação, indicando-se somente o tribunal de onde provêm e a respetiva data. Relativamente às decisões dos Tribunais Constitucionais Português e Espanhol, estas serão identificadas no corpo do texto pelo respetivo número de acórdão.

A final, na lista de jurisprudência, todas as decisões são identificadas de forma completa (tribunal, data de publicação, número de processo e relator). Estas poderão ainda ser consultadas em www.dgsi.pt, em www.jurisprudencia.csm.org.pt ou em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/.

Por seu turno, a jurisprudência estrangeira será referenciada nos mesmos moldes que a nacional. No que respeita ao ordenamento jurídico espanhol, as decisões judiciais estão disponíveis em www.poderjudicial.es ou em www.tribunalconstitucional.es.

Os textos estrangeiros foram traduzidos, exceto nos casos em que se justificou a manutenção da língua original, sendo que a Autora assume exclusiva responsabilidade pela tradução.

Índice

Considerações introdutórias	8
1. O direito fundamental à greve	9
2. O escudo protetor: a proibição da substituição de trabalhadores grevistas	11
2.1 Substituição interna	12
2.2 Substituição externa	16
3. Um olhar sobre o ordenamento jurídico espanhol: o esquiolaje tecnológico	19
3.1 Do direito à greve ao alcance da proibição do esquiolaje	19
3.2 Os vaivéns jurisprudenciais	21
3.3. A recente posição do Tribunal Constitucional Espanhol	25
4. Revisitando o art. 535.º do Código do Trabalho	28
4.1 Reflexões preliminares	28
4.2 Proposta interpretativa	30
Notas conclusivas	36
Bibliografia	38
Jurisprudência	43

Considerações introdutórias

O Direito do Trabalho é um dos ramos do direito mais permeáveis às transformações económicas, políticas, sociais e tecnológicas, tendo estas inevitáveis repercussões nas relações laborais¹. A Indústria 4.0 (ou 4.^a Revolução Industrial) veio alterar “a feição da empresa e o modo de viver e trabalhar”², colocando, a cada passo, desafios no campo juslaboral.

A introdução das novas tecnologias da informação e comunicação no seio empresarial e o avanço da robótica e da inteligência artificial alteraram o processo produtivo tradicional, automatizando-o em massa³. Acontece que a velocidade a que os instrumentos tecnológicos se vão *apoderando* da esfera laboral é, em alguns casos, proporcional à da fragilização da posição do trabalhador e dos seus direitos enquanto tal⁴. O direito à greve não é exceção a esta tendência⁵. E, embora se admita que a inovação tecnológica possa ter um impacto positivo na ação coletiva, potenciando a atividade sindical⁶, consubstancia também uma ameaça à efetividade da greve, por permitir uma substituição técnica, virtual ou tecnológica.

Apesar de a discussão (no âmbito da doutrina nacional) sobre o tema ser praticamente inexistente, principalmente por ainda não ter sido suscitado nos nossos tribunais, tentaremos responder à seguinte questão: será permitida, à luz do art. 535.º, a substituição de grevistas por meios tecnológicos?

Para tal, analisaremos a consagração constitucional do direito à greve e a proibição de substituição de grevistas, determinando o seu alcance e expondo os problemas que esta levanta, de modo a averiguar se a questão da substituição tecnológica se enquadra, ou não, no espectro da proibição. Iremos também atender à experiência espanhola quanto ao *esquirolaje tecnológico*, ordenamento onde a jurisprudência e a doutrina se têm debruçado sobre o tema. De facto, embora não pretendamos importar – nem o poderíamos fazer – acriticamente as soluções aí encontradas, é interessante analisar a forma como este problema tem sido visto no país vizinho e as soluções aventadas para o efeito. Até porque as mesmas questões aí suscitadas, pela sua natureza e contornos, poderão em breve surgir entre nós.

¹ Vd. Moreira, 2020, p. 153.

² Cfr. Redinha, 2002, p. 115.

³ Sobre a distinção entre robótica e inteligência artificial, vd. Sousa, 2019, 3.

⁴ Embora não se insira no objeto do nosso estudo, não podemos ignorar o impacto causado pela internet e pelo *cloud computing* nas novas formas de prestar trabalho. Sobre este tema, bem como sobre o direito à desconexão e os limites ao tempo de trabalho associados à digitalização da relação laboral, vd. Moreira, 2019 e Alemán Páez, 2017.

⁵ Cfr. Ruiz, 2019, p. 162.

⁶ Designadamente, facilitando a comunicação entre os trabalhadores e as respetivas estruturas representativas, vd. Ramalho, 2019b, pp. 78-79. No mesmo sentido, Cordero Gordillo, 2019, p. 340, assinalando ainda a importância da adaptação das estruturas de representação coletiva ao atual contexto tecnológico.

1. O direito fundamental à greve

A CRP consagra o direito à greve no art. 57.^o, concebendo-o “não apenas como uma liberdade tolerada, mas como um verdadeiro direito fundamental garantido aos trabalhadores”⁷. Já na legislação ordinária, a regulação e exercício deste direito encontram-se inscritos nos arts. 530.^o e ss. do CT⁸.

A integração do direito à greve na categoria dos DLG⁹ implica a aceção do mesmo enquanto direito subjetivo negativo, com aplicabilidade direta e eficácia imediata, vinculando entidades públicas e privadas à não perturbação do seu exercício legítimo¹⁰.

Na ausência de uma definição legal de greve entre nós, a doutrina e a jurisprudência têm procurado densificar o seu conteúdo, embora se reconheça que a noção clássica é a que subjaz ao correspondente enquadramento jurídico¹¹. Cientes do “perigo de o intérprete construir uma definição de greve em função do que pretende incluir, e sobretudo excluir do seu âmbito”¹², e na falta de uma definição estanque, optamos pelo entendimento generalizado de greve enquanto *abstenção, paralisação ou omissão coletiva e concertada da prestação de trabalho, tal como é devida, como meio de pressão em ordem à satisfação de determinados interesses ou objetivos comuns dos trabalhadores*¹³.

Segundo Romano Martinez¹⁴, nenhuma definição seria suficientemente protetora do direito à greve. Assim, na senda de uma opção legislativa de cariz garantístico, o

⁷ Na doutrina, Canotilho & Moreira, 2007, p. 751, Fernandes, 2010, pp. 61-63 e Medeiros, 2017, p. 816. Na jurisprudência, *vd.* o Ac. do TC n.º 572/2008. Refira-se ainda o *iter* evolutivo do reconhecimento da greve enquanto direito: inicialmente, em alguns ordenamentos jurídicos, era considerada um crime (greve-delito), depois foi percebida enquanto liberdade (greve-liberdade) até, finalmente, ser concebida como greve-direito. Sobre isto, *vd.* Gomes, 2013, pp. 66-67.

⁸ No plano internacional, o direito à greve é reconhecido no art. 11.^o da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, no art. 28.^o da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no art. 6.^o, n.º 4 da Carta Social Europeia Revista, no art. 8.^o do Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais e, por fim, pela Convenção n.º 87 da OIT (apesar de não constar expressamente do texto da Convenção, resulta das decisões do Comité para a Liberdade Sindical, *vd.* o parágrafo 754, OIT, 2018, p. 143). *Cfr.* a este propósito, Gomes, 2013, pp. 65-68 e 2017. Sobre a evolução jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos relativamente ao reconhecimento do direito à greve, *vd.* Ribeiro, 2015, pp. 173-176.

⁹ Como se lê no Ac. do TC n.º 572/2008, “o direito consagrado no artigo 57.^o (...) é, entre nós, um direito, liberdade e garantia dos trabalhadores porque a Constituição o concebeu como instrumento de realização da democracia económica e social”.

¹⁰ Sobre a dimensão de defesa ou de liberdade negativa do direito à greve, *cfr.* o Ac. do TC n.º 289/92.

¹¹ Neste sentido, Moreira, p. 2019, p. 178, Fernandes, 2020, pp. 1026-1027 e Abrantes, 2018, p. 218, para quem a greve não se cinge somente a motivações de ordem contratual ou profissional e, ainda, Gomes, 2020, p. 129, que alerta para o alcance desta conceção na exclusão das greves *atípicas* do seu âmbito (como as greves de braços caídos, as greves intermitentes, greves ao trabalho suplementar, entre outras). Note-se que a noção clássica reconduz o conceito de greve à “abstenção coletiva e concertada da prestação de trabalho com a finalidade de pressionar a entidade patronal à satisfação de um objetivo comum dos trabalhadores” [PPGR P000011999]. Apesar do interesse que este tema nos suscita, a economia deste estudo não nos permite debruçar sobre os vários tipos de greve sobre a sua licitude.

¹² *Cfr.* Gomes, 2020, p. 125.

¹³ Definição relativamente consensual na doutrina, *vd.* Xavier, 1984, p. 55, Gomes, 2013, p. 63 e 2020, pp. 129 e 135, Lambelho, 2018, p. 554, Abrantes, 2018, pp. 218-219, Leitão, 2019, p. 652, Fernandes, 2020, p. 1127 e Ramalho, 2020, p. 465. *Cfr.* ainda os PPGR n.º 30/2018 e n.º 6/2019.

¹⁴ *Vd.* Martinez, 2019, p. 1228.

legislador remeteu-se ao silêncio, evitando uma limitação apriorística¹⁵ e acolhendo os tradicionais desígnios protetores do Direito do Trabalho. Afinal, a greve é o exemplo paradigmático da luta entre classes e um dos principais meios de mitigação da evidente assimetria negocial e de poderes na relação laboral¹⁶. Esta posição cautelosa do legislador também assenta no n.º 2 do art. 57.º da CRP, que é “um caso raro de proibição expressa de restrições a direitos fundamentais”¹⁷, no tocante à definição dos *interesses* ou *motivos* da greve, que cabe apenas e só aos trabalhadores. À esfera protetora da greve soma-se, ainda, a irrenunciabilidade do direito, prevista no n.º 3 do art. 530.º¹⁸.

Para a maioria da doutrina o direito à greve é um *direito individual* de cada trabalhador¹⁹, mas de *exercício coletivo*²⁰. Já para Rosário Palma Ramalho²¹ o fenómeno do direito à greve tem subjacente “um direito de estrutura complexa, no sentido em que tem uma componente individual e uma componente coletiva indissociáveis uma da outra”. De facto, conceber a greve enquanto um direito individual de exercício coletivo – e de cariz potestativo²² – implica o reconhecimento da posição de sujeição do empregador, impedindo-o de evitar a greve e compelindo-o a aceitar as modificações introduzidas pelo trabalhador na relação laboral. Porquanto, em hipótese de greve lícita, além de “a lei reconhece[r] a causa da paralisação como apta a descaracterizá-la enquanto violação contratual”²³, o trabalhador tem como que uma *liberdade garantida* de infligir um dano na esfera do empregador²⁴.

¹⁵ Para Gomes, 2013, pp. 62-63, “o silêncio do legislador é intencional pretendendo abrir espaço para variadas formas de ação coletiva que podem ainda considerar-se uma greve”. Aludindo à flexibilidade do conceito, cfr. Fernandes, 2013, p. 24.

¹⁶ Sobre outras formas de conflito coletivo, *vd.* Fernandes, 2013, pp. 28-30 e Gomes, 2020, pp. 117-122.

¹⁷ Cfr. Canotilho & Moreira, 2007, p. 756.

¹⁸ A controvérsia sobre a conformidade constitucional das cláusulas de paz social está diretamente relacionada com a irrenunciabilidade do direito à greve e com a sua titularidade. Sobre o tema, *vd.* Carvalho, 2017.

¹⁹ A titularidade do direito à greve pertence apenas aos trabalhadores subordinados (incluindo os trabalhadores da Administração Pública), *vd.* Fernandes, 2013, p. 31. Quanto aos titulares de cargos públicos e magistrados, para alguns autores não é líquido que o direito à greve lhes seja constitucionalmente concedido – *vd.* Medeiros, 2017, p. 817. Por sua vez, Canotilho & Moreira [2007, p. 752] consideram que não gozam do direito à greve os titulares de cargos públicos, magistrados, titulares do poder político, profissionais autónomos, produtores independentes e, claro está, as entidades patronais. Sobre o direito à greve dos magistrados, cfr. Miranda (artigo de opinião disponível em <https://bit.ly/3xuQroV>), e Martins, 2017. Da sua parte, embora a OIT [2018, p. 65 e 154-155] reconheça expressamente a liberdade sindical aos juízes, admite que se restrinja o direito à greve quando estejam em causa funcionários públicos que desempenhem funções que implicam o exercício de funções de autoridade (cfr. parágrafos 352 e 826 e ss.).

²⁰ Neste sentido *vd.* Canotilho & Moreira, 2007, pp. 754-5, Fernandes, 2013, p. 31, Medeiros, 2017, pp. 816-17 e Carvalho, 2017, p. 462.

²¹ Cfr. Ramalho, 2020, p. 545. Por sua vez, defendendo a titularidade plural do direito, *vd.* Xavier, 1984, pp. 225 e ss. e 233 e ss.

²² Neste sentido, cfr. Fernandes, 1982, p. 22 e Abrantes, 2018, p. 224.

²³ *Vd.* Abrantes, 2018, p. 225.

²⁴ Como refere Pinho [2020, p. 310], “[a]o conceito de greve estará conectada a ideia basilar de importunar a esfera empresarial”.

Todavia, o direito à greve não é um direito absoluto²⁵. Os seus limites²⁶ resultam da coexistência com outros valores constitucionalmente protegidos, sendo que a ponderação dos bens em causa poderá desencadear uma compressão do seu âmbito de proteção. Exemplo de um limite ao direito à greve é a obrigação de garantir de segurança e manutenção de equipamentos e instalações²⁷ e ainda a obrigação de serviços mínimos para a satisfação de necessidades sociais impreteríveis, prevista no n.º 3 do art. 57.º da CRP (reguladas nos arts. 537.º e 538.º)²⁸.

2. O escudo protetor: a proibição da substituição de trabalhadores grevistas

Após a receção do pré-aviso de greve, o empregador teria várias hipóteses ao seu dispor para que atividade laboral prosseguisse com *normalidade*. Contratar a termo, recorrer ao trabalho temporário ou à cedência ocasional, deslocar trabalhadores de um estabelecimento para outro, seriam algumas delas. Acontece que a proibição da substituição de trabalhadores grevistas, com o desígnio da efetivação da greve, impossibilita manobras defensivas deste tipo por parte do empregador²⁹. Rosário Palma Ramalho³⁰ realça, a respeito desta proibição, “a falta de neutralidade do legislador laboral”, decorrente da natureza deste direito e da obrigação de o promover, não se bastando com a sua consagração no catálogo dos DLG, mas garantindo a sua eficácia prática. É esta a *ratio* desta interdição³¹.

²⁵ Apesar do contexto excecional que rodeou esta medida, neste sentido depõe a suspensão “[d]o exercício do direito à greve na medida em que possa comprometer o funcionamento de infraestruturas críticas, de unidades de prestação de cuidados de saúde e de serviços públicos essenciais, bem como em setores económicos vitais para a produção, abastecimento e fornecimento de bens e serviços essenciais à população”, medida inscrita inicialmente no art. 4.º, al. c) da Resolução da Assembleia da República n.º 15-A/2020.

²⁶ Canotilho [2003, p. 1282] fala de *limites imanes* e define-os como “o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo de uma dimensão que, prima facie, cabia no âmbito protectivo de um direito, liberdade e garantia”. Estes limites não são constituídos, mas antes “revelados (...) em caso de colisão de direitos” [Canotilho & Vital Moreira, 2007, p. 758]. Diferentemente, para Andrade [2019, pp. 269-271], os limites imanes são as fronteiras do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, definidas pela CRP. Assim, por vezes, só é possível detetar estes limites por via da interpretação, uma vez que estão “implícitos no ordenamento constitucional”. E para si, não se trata em rigor de uma colisão de direitos, pois essa existe apenas quando as esferas protegidas de dois direitos não podem ser exercidas em simultâneo.

²⁷ Gomes [2013, p. 69] alerta para o facto de que “o ordenamento jurídico não aceita que a greve vise, enquanto direito, a destruição da própria empresa, do substrato económico e da organização em que terá que se inserir a prestação de trabalho dos trabalhadores, uma vez finda a greve”. Daí que se assista a uma preocupação de legislador constitucional em relação à segurança e manutenção de equipamentos e instalações.

²⁸ Para Medeiros [2017, pp. 819-820], o dever de aviso prévio (art. 534.º) e a proibição de abuso do direito (art. 334.º do CC) consubstanciam restrições ao direito à greve.

²⁹ A proibição surge, inicialmente, no art. 14.º, n.º 2, do DL n.º 392/74, de 27/8 (primeira lei da greve), sob a epígrafe “liberdade de trabalho”. Após a entrada em vigor da CRP, nasce a Lei n.º 65/77 de 26/8, que viria a regular o regime da greve, tendo consagrado no seu art. 6.º que “[a] entidade empregadora não pode, durante a greve, substituir os grevistas por pessoas que à data do seu anúncio não trabalhavam no respectivo estabelecimento ou serviço, nem pode, desde aquela data, admitir novos trabalhadores”.

³⁰ Cfr. Ramalho, 2020, p. 506.

³¹ *Vd.* Lambelho, 2018, p. 555.

Atualmente, esta proibição encontra-se consagrada no art. 535.º, com algumas diferenças em relação à redação presente no art. 596.º do CT2003, as quais analisaremos oportunamente.

2.1 Substituição interna

À luz do n.º 1 do art. 535.º, ao empregador é vedada, à data do aviso prévio, a possibilidade de substituir os trabalhadores grevistas, por pessoas que não laboravam no serviço ou estabelecimento onde foi declarada a greve³².

Está em causa uma “proibição de substituição relativa”³³ segundo a qual o empregador se encontra impedido de recorrer à transferência (art. 194.º), após a receção do pré-aviso, de um trabalhador de outras áreas da organização, para o local onde irá ocorrer a greve.

Questão que ocupa a jurisprudência e a doutrina é a clarificação dos conceitos de *estabelecimento* e *serviço*, fundamental para obviar às dificuldades de aplicação da norma neste âmbito³⁴.

Assim, em sede de uniformização de jurisprudência³⁵, o STJ definiu como “estabelecimento ou serviço o local onde, de acordo com a distribuição de serviço organizada pela entidade patronal, estava prevista a apresentação do trabalhador para prestar a sua actividade durante a greve”, proibindo o recurso à mobilidade geográfica com o intuito de substituir os trabalhadores grevistas.

No seio da doutrina, para Monteiro Fernandes³⁶, estabelecimento significa “qualquer organização de trabalho dotada de recursos materiais e humanos especificamente afectos a uma finalidade económico-produtiva”. Quanto ao conceito de serviço, Ana Lambelho³⁷ entende que este será “a secção do estabelecimento ou empresa onde se levam a cabo actividades semelhantes (...) entre as quais exista alguma identidade”. De acordo com Júlio Gomes³⁸, o facto de o legislador ordinário autonomizar as duas noções realça a impossibilidade de o empregador, no mesmo estabelecimento, transferir os trabalhadores de um departamento para o outro. O Autor sublinha ainda

³² Neste sentido, o Ac. do TC n.º 15/2005 e Ramalho, 2020, pp. 506-507.

³³ Cfr. Leite, 1994, p. 83.

³⁴ Como já advertia Fernandes [1982, p. 43] em relação ao art. 6.º da Lei n.º 65/77 de 26/8, a primeira dificuldade surge, desde logo, devido ao facto de muitas empresas não possuírem uma estrutura organizativa que viabilize a distinção entre *estabelecimento* ou *serviço*. Cfr. Ac. do TC n.º 15/2005.

³⁵ Cfr. Ac. do STJ, de 30/11/2000. No caso, uma empresa de segurança privada prestava serviços em instalações de diferentes clientes, sendo que os trabalhadores se movimentavam numa vasta área geográfica. Todavia, o Tribunal frisou que a proibição constante do art. 6.º da Lei n.º 65/77, de 26/08, dizia respeito “ao local de trabalho em que o trabalhador exercia efectivamente a sua actividade à data do anúncio da greve e não os locais hipotéticos para onde a entidade patronal tinha o poder de o transferir”. Daí que o Tribunal tenha definido o conceito de *estabelecimento* ou *serviço* tendo em conta as especificidades de tipo de empresas. Diferente concepção poderia, no caso específico destas empresas, propiciar um esvaziamento da norma em crise.

³⁶ *Vd.* Fernandes, 2013, p. 78.

³⁷ *Vd.* Lambelho, 2018, p. 558.

³⁸ Cfr. Gomes, 2013, pp. 72-73.

que a definição subjacente à expressão *serviço* está relacionada com a de *departamento* ou *unidade funcional*, sem que seja necessário tratar-se de uma unidade económica autónoma³⁹. Em sentido oposto, Romano Martinez⁴⁰ considera que o critério será a autonomia económica e administrativa e, quando esta exista, estaremos perante estabelecimentos ou serviços diferentes.

Em nossa opinião, o critério da autonomia económica e administrativa não é satisfatório, uma vez que desconsidera as atuais formas de organização, dotadas de enorme flexibilidade e de pouca compartimentação⁴¹. Um critério dotado de tal rigidez reconduziria um grande número de situações à hipótese de estarmos perante o mesmo *serviço*, permitindo que a transferência fosse efetuada e a proibição constante do art. 535.º contornada.

Debrucemo-nos agora sobre a possibilidade de o empregador recorrer ao *ius variandi* (art. 120.º) ou à noção de atividade contratada (art. 118.º, n.º 2), em relação trabalhadores não aderentes, de modo a minimizar o impacto causado pela greve.

A doutrina⁴² e a jurisprudência⁴³ têm considerado que da lei emerge uma certa permissividade nesse sentido, que, quanto a nós, não pode ser vista de forma absoluta.

A existência de um interesse da empresa, o carácter temporário da necessidade que a induz e a não modificação substancial da posição do trabalhador, configuram os pressupostos para que seja possível o recurso ao *ius variandi*⁴⁴. Ora, o primeiro requisito é, quanto a nós, a maior barreira no que tange à aplicação deste instituto aos trabalhadores não grevistas. Nesta senda, Madeira de Brito⁴⁵ sublinha a exclusão do interesse subjetivo do empregador, daquilo que se entende por “*exigências do interesse da empresa*”, admitindo, todavia, que, não sendo possível atribuir um interesse à organização em si mesma, aquelas serão resultado inevitável da ponderação do empregador assente em critérios de normalidade.

É precisamente a indissociabilidade entre os interesses da empresa e os do empregador uma das razões da nossa reticência em aceitar o recurso ao expediente da mobilidade funcional, quando o facto que altera a *normalidade técnico-produtiva* seja a greve. Se, por um lado, será difícil que o empregador consiga agir mediante critérios

³⁹ Aderindo à posição do Autor, *vd.* Lambelho, 2018, p. 556.

⁴⁰ Cfr. Martinez, 2019, p. 1263.

⁴¹ *Vd.* Lambelho, 2018, pp. 556-557. A Autora comenta ainda, a propósito de um excerto do já referido Ac. do STJ, de 30/11/2000, a dificuldade que a pouca compartimentação e crescente flexibilidade organizativa no seio empresarial acarretam para a distinção entre diferentes *serviços*, trilhando uma oportunidade de contornar a proibição constante do n.º 1 do art. 535.º.

⁴² Neste sentido cfr. Xavier, 1984, p. 191, Gomes, 2013, p. 85, Fernandes, 2018, p. 301, Cordeiro, 2018, p. 822, Leitão, 2019, p. 662, Martinez, 2019, p. 1263, Ramalho, 2020, p. 507 e Fidalgo, 2020, p. 376.

⁴³ *Vd.* Ac. do STJ, de 30/11/2000.

⁴⁴ Para mais desenvolvimentos sobre esta figura e os seus requisitos, *vd.* Carvalho, 1998, Martinez, 2019, pp. 761-766, Ramalho, 2019a, pp. 327-339 e Fernandes, 2020, pp. 327-331. Na jurisprudência, cfr. Acs. do STJ, de 19/10/1994 e TRP, de 05/03/2018.

⁴⁵ Cfr. Brito, 2020a, p. 310.

de normalidade quando esteja em causa uma greve, por outro, será quase inevitável reconduzir o *interesse da empresa* ao normal funcionamento da mesma.

Sob diferente prisma, para Ana Lambelho⁴⁶, os poderes de gestão do empregador sofrem, durante a greve, uma compressão “na medida do necessário, adequado e proporcional à salvaguarda do direito à greve”, cujo resultado poderá influenciar a licitude de uma ordem no uso do direito de mobilidade funcional.

Quanto a nós, não cremos que, em relação aos não grevistas, a relação de subordinação com o empregador sofra uma modificação acentuada. Assim, acompanhamos Júlio Gomes⁴⁷, para quem aquela se mantém em termos “*quase normais*”. Na verdade, julgamos que a resolução da questão se encontra na teleologia do(s) preceito(s) e não na maior ou menor amplitude dos poderes de gestão do empregador. Desta feita, pugnamos pela não aplicação deste instituto quando em causa esteja uma greve, justamente porque a *ratio* do art. 120.º “assenta na necessidade de a empresa se adaptar a novos condicionalismos”⁴⁸ e, quanto a nós, a greve não será um dos condicionalismos a que o legislador pretendeu dirigir este instituto e cremos que tão-pouco desejaria abrir uma exceção à proibição do art. 535.º, n.º 1. Pelo que, por via da interpretação extensivo-teleológica deste último preceito, se encontra, para nós, abrangido também o recurso ao *ius variandi*.

Analiseemos agora o recurso à noção de atividade contratada como instrumento de mitigação dos efeitos decorrentes da ausência dos grevistas.

A noção de atividade contratada em sentido amplo compreende, além do núcleo essencial (a atividade contratada em sentido estrito), as funções afins ou funcionalmente ligadas⁴⁹. O legislador quis consagrar expressamente no n.º 2 do art. 118.º uma solução que atua *ope legis*, conferindo flexibilidade funcional ao contrato de trabalho⁵⁰ e possibilitando ao empregador a adaptação do contrato às necessidades que se verifiquem na empresa. Ora, apesar de a proibição da substituição de grevistas atuar como escudo protetor da greve, limitando a atuação do empregador, concordamos que não o compele a adotar um comportamento totalmente passivo perante a mesma e muito menos o obriga a colaborar com ela⁵¹. Na realidade, a própria natureza jurídica intrínseca das figuras aqui presentes justifica o nosso raciocínio. A margem que o recurso a funções afins ou funcionalmente ligadas deixa ao empregador é substancialmente mais reduzida do que aquela que é dada pela mobilidade funcional.

⁴⁶ Vd. Lambelho, 2018, p. 557.

⁴⁷ Cfr. Gomes, 2020, p. 128.

⁴⁸ Vd. Carvalho, 1998, p. 1032.

⁴⁹ Cfr. Brito, 2020b, p. 304 e, no mesmo sentido, Ac. do TRP, de 11/04/2018.

⁵⁰ Sem esquecer o princípio da invariabilidade da prestação (arts. 115.º e 118.º, n.º 1) – vd. Brito, 2020b, p. 304.

⁵¹ Neste sentido, cfr. Gomes, 2013, p. 85.

Pelo que, diferentemente do que concluímos em relação ao *ius variandi*, se o empregador reorganizar a atividade produtiva, recorrendo à atividade contratada em sentido amplo, não estará a contornar a proibição do art. 535.^o.

Por outro lado, também os mecanismos de flexibilização do tempo de trabalho poderiam estar entre as opções do empregador para minimizar os efeitos da greve. Nesta medida, cumpre questionar se o empregador poderá recorrer ao trabalho suplementar dos trabalhadores não grevistas.

Para Liberal Fernandes⁵² durante a paralisação, o empregador encontra-se impedido de recorrer ao trabalho suplementar⁵³ dos trabalhadores não aderentes à greve⁵⁴.

E, da nossa parte, parece-nos que o recurso a esta figura é suscetível de esvaziar o direito à greve, aligeirando e contornando as limitações do empregador impostas pela proibição da substituição de grevistas, podendo constituir uma situação de abuso do direito⁵⁵.

A proibição do recurso aos mecanismos de flexibilização de tempo de trabalho também poderia encontrar arrimo na compressão “[d]os poderes de direcção e de organização (...) com reflexos nas relações laborais dos não grevistas”⁵⁶. Todavia, acreditamos que a solução não residirá aí.

Da leitura do art. 227.^o, n.º 1, não parece que o “acrécimo eventual e transitório de trabalho”⁵⁷ possa ser o fundamento pelo qual se recorre ao trabalho suplementar dos trabalhadores não grevistas. De facto, esta figura não foi pensada para a diminuição do número de trabalhadores ao serviço do empregador, mas antes para um volume de trabalho superior. Também se prevê que possa ser prestado trabalho suplementar em

⁵² *Vd.* Fernandes, 2018, pp. 300-301. O Autor considera que o efeito prático do recurso a este expediente é semelhante ao da substituição de grevistas, distinguindo-se do *ius variandi* na medida em que este último não coloca em causa “o fim garantístico prosseguido pelo legislador”.

⁵³ Para o Autor está ainda vedado o recurso a outros mecanismos que permitam o aumento do tempo de trabalho, como o banco de horas, o horário concentrado e o regime da adaptabilidade, mediante uma aplicação analógica do art. 535.^o, n.º 1. Quanto a este ponto, pensamos que a impossibilidade de o empregador recorrer às formas de flexibilização do tempo de trabalho não decorre da aplicação analógica do preceito, mas, sim, da interpretação extensiva do mesmo, tendo em conta que o resultado prático consubstancia uma verdadeira substituição, ainda que indireta. Exigir trabalho suplementar aos trabalhadores não grevistas coloca em causa a *ratio* do preceito. De facto, aquilo que a norma impede é que se substituam os grevistas por pessoas que, à data do pré-aviso não laboravam no mesmo estabelecimento ou serviço. Todavia, o elemento literal em que nos apoiamos é no termo *substituição*, pois é este o resultado que se pretende evitar com esta proibição. Para Neves [1993, p. 270], a diferença entre analogia e interpretação extensiva é uma mera questão de grau pois “estas distinguem-se tão só provisoriamente e no ponto de partida, como dois momentos metódicos do processo metodológico-jurídico, mas formam uma unidade dinâmica”. No entanto, um dos critérios apontados para efetuar esta distinção contende com o facto de saber se, ainda que a letra da lei não compreenda tais casos, o seu espírito o faz. Se tal suceder, a interpretação extensiva é admissível, “visto que o espírito é que é o decisivo” (cfr. Ascensão, 2005, p. 438). Caso a hipótese extrapole o sentido da norma, será necessário recorrer à aplicação analógica, *vd.* Machado [1994, p. 193], Amaral [2019, p. 198] e Telles [1999, p. 262]).

⁵⁴ Em sentido contrário, cfr. Ramalho, 2020, p. 507.

⁵⁵ *Vd.* Gomes, 2013, pp. 85-86. O segmento do art. 334.^o do CC que alude aos limites impostos pelo “fim social ou económico do direito”, refere-se à “dimensão teleológica” da norma [Cordeiro, 2005, p. 331], sendo que, considerando-a, não nos parece possível uma conclusão distinta.

⁵⁶ Questão que suscita Gomes [2013, pp. 69-70].

⁵⁷ Cfr. art. 227.^o, n.º 1.

caso de força maior⁵⁸ – hipótese na qual não se poderá enquadrar a greve⁵⁹ – ou, ainda, “quando seja indispensável para prevenir ou reparar prejuízo grave para a empresa ou para sua viabilidade”⁶⁰. Parece-nos que, apenas neste último caso, será possível o recurso a este mecanismo, uma vez que, ainda que se pretenda infligir um prejuízo ao empregador, a greve “não deve produzir um dano particularmente intenso ou irreversível”⁶¹.

Posto isto, consideramos existir uma incompatibilidade entre a solicitação de trabalho suplementar e a proibição de substituição de grevistas, pelo que aquela constitui uma ordem ilícita, por colocar em causa a verdadeira razão de ser de tal proibição e neutralizar o impacto da abstenção de prestação de trabalho por parte dos trabalhadores grevistas, configurando, assim, abuso do direito.

2.2 Substituição externa

Do n.º 1 do art. 535.º do CT retiramos a *proibição absoluta*⁶² de o empregador admitir novos trabalhadores com o fito de substituir aqueles que aderem à greve. Assim, fica vedado o recurso à contratação⁶³, ao trabalho temporário (art. 172.º e ss.) e à cedência ocasional de trabalhadores (art. 288.º e ss.)⁶⁴, a partir da receção do pré-aviso, “momento em que se cristaliza em certos moldes (...) o efectivo do sector abrangido, quer no tocante à mera substituição, quer para admissão de novos trabalhadores”⁶⁵.

Porém, esta proibição não deve paralisar todo e qualquer processo de recrutamento em curso, após a receção do pré-aviso de greve. Assim, parece-nos que, demonstrando-se que o recrutamento findou antes da receção do aviso-prévio, a norma não abarcará esta hipótese⁶⁶. Ou seja, o preceito proíbe a substituição de grevistas se a

⁵⁸ Vd. art. 277.º, n.º 2.

⁵⁹ Neste sentido, cfr. Fernandes, 2018, p. 302 e Gomes, 2020, p. 128. Parece-nos que de facto a greve não poderá cair no conceito de força maior até porque, como refere Monteiro [2020, p. 582], esta noção respeita a “factos inelutáveis e imprevisíveis, de ocorrência súbita, não domináveis pela vontade do empregador nem antecipáveis por este”. O único requisito que a greve preenche nesta definição é apenas o facto de não ser dominável pela vontade do empregador.

⁶⁰ Para Lambelho [2018, p. 562], a solução para esta questão reside numa análise casuística, isto é, não será de considerar que exista substituição de grevistas e consequente violação do direito à greve nos casos em que se prove que, antes do pré-aviso, o trabalho suplementar já se realizava. Posição com a qual concordamos. Numa palavra, haverá, sim, substituição de grevistas quando o recurso a este mecanismo de flexibilização do tempo de trabalho ocorra com o fim de neutralizar o direito à greve.

⁶¹ Vd. Gomes, 2013, p. 61.

⁶² Cfr. Leite, 1994, p. 84. Para o Autor, a proibição “impede a entidade patronal de admitir novos trabalhadores desde a declaração até ao termo da greve, destinem-se ou não a substituir os que se encontrem em greve”.

⁶³ Para Gomes [2013, p. 72] a proibição abrange seja qual for o tipo de contrato (inclusivamente contratos de prestação de serviços) e ainda o recurso a trabalho gratuito ou benévolo. No mesmo sentido, vd. Sala Franco & García de la Riva, 2013, p. 54.

⁶⁴ Cfr. Ramalho, 2020, pp. 506-507.

⁶⁵ Vd. Fernandes, 2013, p. 80.

⁶⁶ Neste sentido, vd. Fernandes, 2013, p. 81 e Fidalgo, 2020, p. 377.

“cativação ou contratação de trabalhadores ou empresas tiver sido decidida já depois do pré-aviso de greve”⁶⁷.

O que não se afigura clara é a possibilidade de o empregador admitir novos trabalhadores, reforçando, como preconiza Monteiro Fernandes, o “efetivo da unidade funcional em causa”⁶⁸. Do Ac. do TRL, de 12/07/2007, resulta uma posição consonante com o entendimento do Autor. Vejamos.

No caso em apreço, uma empresa de serviço de distribuição postal laborava em dois períodos, tendo uma greve sido decretada apenas para o segundo. Com o intuito de “ultrapassar as acumulações de serviço resultantes do exercício da greve nesse período”, foram contratados, através de uma empresa de trabalho temporário três trabalhadores para o primeiro turno⁶⁹, por um período de sete dias, para funções idênticas às dos trabalhadores em greve. O Tribunal de Primeira Instância entendeu ter existido uma *substituição indireta* dos trabalhadores grevistas. Isto porque, apesar de laborarem no primeiro período, fora do âmbito da greve, tais trabalhadores foram contratados desempenharem as funções próprias dos trabalhadores grevistas com o intuito de minimizar os prejuízos decorrentes da acumulação de serviço, ocasionada pela greve decretada para o segundo período de trabalho. Assim, a atuação do empregador consubstanciou, na prática, um comportamento vedado ao empregador pelo art. 596.º do CT2003, “necessariamente abrangida pela letra e pelo espírito da lei”.

Em sede de recurso, a Relação considerou que “[s]em novos trabalhadores a trabalhar durante a greve, não estão preenchidos todos os elementos típicos previstos no art. 596.º do CT, inexistindo na letra da lei, ou no seu espírito, a extensão dos efeitos e consequências da greve a dias ou partes de dias que não são de greve”. Nesse sentido, afirmou que as empresas não se encontram impedidas de tomar as medidas de gestão que entendam necessárias e adequadas para atenuar as consequências do exercício do direito à greve, fora do período abrangido pela mesma.

Quanto a nós, é indubitável que a proibição constante do art. 535.º recai sobre a admissão de trabalhadores com o fito de substituir os grevistas, sendo que uma interpretação literal da norma excluiria o *reforço* da sua previsão. No entanto, cremos ser necessário atender ao elemento teleológico para que se efetue uma interpretação conforme à *ratio legis*. Ora, o escopo da norma visa garantir o direito fundamental dos trabalhadores à greve. Como refere Ramalho⁷⁰, “trata-se de evitar o esvaziamento do conteúdo do direito de greve, assegurando que a greve alcança, de facto, o seu objectivo imediato, que é causar um resultado danoso para o empregador”. Não podemos, por

⁶⁷ Cfr. Fidalgo, 2020, p. 377.

⁶⁸ Vd. Fernandes, 2013, p. 81.

⁶⁹ Fora ainda destacado um trabalhador de um posto de serviço postal distinto, para o aqui em causa.

⁷⁰ Vd. Ramalho, 2020, p. 506.

isso, perfilar o entendimento postulado pela Relação⁷¹, sendo que deveria ter prevalecido o do Tribunal de Primeira Instância⁷². Com efeito, embora não tenha sido colocado “um trabalhador no lugar de outro”⁷³, verificou-se, na prática, uma substituição, ainda que dissimulada, dos trabalhadores grevistas, criando-se a aparência de inexistência de greve. Dar carta branca ao empregador para reforçar, antes ou depois da greve, as equipas, é permitir o contorno à teleologia da proibição. E implica considerar que o legislador quis proibir apenas a substituição de trabalhadores grevistas de forma direta⁷⁴. O que, salvo melhor opinião, não encontra correspondência com o espírito da norma.

Por outro lado, o n.º 2 do art. 535.º proíbe também a substituição externa por empresas prestadoras de serviços, salvo no caso de serem incumpridos os serviços mínimos e “na estrita medida necessária à prestação desses serviços”⁷⁵. No entanto, será que a norma além de proibir a contratação de uma empresa para efetuar a tarefa desempenhada pelo trabalhador em greve, proíbe também a contratação de uma empresa que providencie apenas o resultado da própria tarefa⁷⁶?

No CT2003, o legislador vedou a possibilidade de que a “concreta” prestação de trabalho do grevista fosse realizada por uma empresa contratada para o efeito, ficando em aberto a questão de o resultado da atividade poder ou não ser substituído. Mais tarde, em 2009, suprimindo o adjetivo “concreta”, estabeleceu que “[a] tarefa a cargo do trabalhador em greve não pode, durante esta, ser realizada por empresa contratada para esse fim”. Para Romano Martinez⁷⁷, trata-se de “uma alteração sub-reptícia (...) criticável (...) tendo em conta o absurdo e o desajuste relativamente à realidade”. Não nos revemos neste entendimento. De facto, embora esta alteração não seja substancial, veio reforçar a preocupação com o contorno, por via indireta, da proibição. Tal como Monteiro Fernandes⁷⁸, cremos que o legislador pretendeu obviar os potenciais “meios alternativos de realização do fim económico-produtivo a que conduz o seu processo normal de laboração, anulando assim o efeito prático da greve”. Se assim não fosse, o empregador poderia sempre alcançar a aparência de inexistência de greve, alocando o salário dos trabalhadores grevistas à contratação de empresas que apenas prestassem o resultado final do trabalho daqueles. Seria um contrassenso. O que se proíbe é, por isso, o recurso

⁷¹ Discordando também da decisão da Relação, cfr. Lambelho, 2018, p. 559.

⁷² Gomes [2013, p. 86] diz ter “dificuldades em seguir o Acórdão da Relação de Lisboa”.

⁷³ Vd. Lambelho, 2018, p. 559.

⁷⁴ Xavier [1984, p. 193] fala, a este propósito, em “restrições importantes aos princípios de liberdade de trabalho e à autonomia de gestão empresarial”. Ora, de outro prisma, se o legislador estabelece tal restrição à autonomia da gestão empresarial, será razoável admitir que tenha deixado, propositadamente, uma válvula de escape para a substituição, permitindo-a de modo indireto?

⁷⁵ O art. 6.º da Lei 65/77 não proibia a substituição externa.

⁷⁶ Pense-se neste exemplo: os trabalhadores da cantina de uma empresa encontram-se em greve. Poderá o empregador contratar uma empresa de *catering* que providencie as refeições já feitas?

⁷⁷ Vd. Martinez, 2020, p. 1157.

⁷⁸ Cfr. Fernandes, 2013, p. 83.

a outros meios que culminem num mesmo resultado: a substituição dos trabalhadores em greve.

3. Um olhar sobre o ordenamento jurídico espanhol: o *esquirolaje tecnológico*

Entre nós, o tema da substituição tecnológica não se colocou (ainda) nos tribunais e apenas Ana Lambelho se dedicou ao estudo específico desta figura⁷⁹. Todavia, em Espanha, o tema tem sido abordado com alguma frequência na doutrina e na jurisprudência. Partimos para a análise do tema do *esquirolaje tecnológico* concebendo-o como a substituição de trabalhadores grevistas operada pela utilização de meios tecnológicos, por parte do empregador, com o intuito de mitigar os efeitos decorrentes da greve⁸⁰.

3.1 Do direito à greve ao alcance da proibição do *esquirolaje*

No ordenamento jurídico espanhol, o direito à greve encontra-se consagrado no art. 28.2 *CE* e regulado no *RDLRT* 17/1977⁸¹. À semelhança do caso português, a definição de greve não se encontra plasmada em nenhum diploma legal, pelo que a doutrina e jurisprudência⁸² têm tido um papel fundamental na sua densificação e na resolução dos problemas interpretativos oriundos da legislação obsoleta⁸³, conforme veremos *infra*.

Procurando garantir a eficácia do exercício do direito à greve, dispõe o art. 6.5 *RDLRT* 17/1977 que “[d]urante a greve, o empregador não poderá substituir os grevistas por trabalhadores que não estejam vinculados à empresa ao tempo do aviso prévio, salvo em caso de incumprimento das obrigações contidas no número sete deste artigo”⁸⁴.

Ora, da leitura do preceito retiramos que a proibição aí contida se refere à substituição externa. Assim, está vedada a contratação de trabalhadores que não

⁷⁹ Porém, no seu estudo sobre a substituição de grevistas Gomes [2013] faz referência à substituição tecnológica. Apesar da inexistência de jurisprudência italiana sobre o tema, para uma leitura comparada com o ordenamento jurídico espanhol, *vd.* Rota [2018].

⁸⁰ Neste sentido, *vd.* Cordero Gordillo, 2019, p. 30 e Valle Muñoz, 2018, p. 189.

⁸¹ Na realidade, o art. 28.2 *CE* prevê a regulação deste direito fundamental através de uma lei orgânica, que até hoje não foi concebida, mantendo-se em vigor o *RDLRT* 17/1977. Este diploma foi objeto de apreciação constitucional, tendo a *STC* 11/1981, declarado a sua conformidade à *CE*, com exceção de algumas normas, ulteriormente expurgadas. Tascón Lopez [2018, p. 25] considera o direito à greve “a maior anomalia reguladora do ordenamento laboral espanhol” dada a inexistência de uma lei orgânica. Também Villanueva Turnes [2017, p. 258], reiterando a sua necessidade.

⁸² Como se lê na *STC* 11/1981, o Tribunal concebe greve como “uma perturbação que se produz no normal desenvolvimento da vida social e em particular no processo produtivo de bens e serviços, levada a cabo de forma pacífica e não violenta, mediante a concertação dos trabalhadores e restantes intervenientes”.

⁸³ *Cfr.* Pérez Rey, 2013, p. 164, Talens Visconti, 2013, p. 8, Miñarro Yanini, 2018, p. 2 e Cordero Gordillo, 2019, p. 338.

⁸⁴ O art. 6.7 *RDLRT* 17/1977 prevê a obrigação de serviços mínimos de manutenção e segurança. O art. 10 *RDLRT* 17/1977 sobre a manutenção de serviços mínimos essenciais consubstancia, a par do mencionado art. 6.7, uma exceção à proibição de substituição de trabalhadores grevistas (*vd.* as *SSTC* 33/2011 e 17/2017).

laboravam no estabelecimento à data do pré-aviso, bem como o recurso a empresas de trabalho temporário⁸⁵, para substituir os trabalhadores em greve.

A jurisprudência⁸⁶ debruçou-se ainda sobre o que a doutrina apelida de “*esquirolaje estructural o comercial*”⁸⁷, considerando ilícita a contratação de uma terceira entidade, com o objetivo de neutralizar os efeitos da falta de prestação de serviços originada por uma greve a decorrer em empresa do mesmo grupo, com a qual inicialmente se contratou⁸⁸. Por outro lado, o *TS* considera não existir vulnerabilização do direito à greve quando “não exista especial vinculação entre a empresa em greve e a que contratou com terceiro os trabalhos que lhe tinham contratados perante a impossibilidade de os levar a cabo devido à greve”⁸⁹.

Depois, ainda que o art. 6.5 *RDLRT* 17/1977 apenas mencione expressamente a proibição do *esquirolaje* externo, a jurisprudência e doutrina espanholas têm considerado que a proibição abarca também a substituição interna. Uma leitura literal do preceito poderia conduzir a uma interpretação *a contrario*, que culminaria na permissividade de tal figura, porém, não foi esse o entendimento do TC. Assim, levando a cabo uma interpretação extensiva da norma, o Tribunal entendeu, na *STC* 123/1992⁹⁰, que também aquela estaria proibida, considerando, no caso, que o recurso ao *ius variandi* fora abusivo, tendo posto em causa o direito à greve, uma vez os trabalhadores grevistas foram substituídos por outros de categoria superior que não aderiram àquela⁹¹. Não podendo, assim, enquadrar-se nas medidas de conflito coletivo a que alude o art. 37.2 *CE*. Neste acórdão, o TC definiu uma linha delimitadora dos poderes de gestão e direção do empregador, ao considerar que o exercício do direito à greve reduz, anestesia ou paralisa outros direitos que são habitualmente exercidos de forma plena, conferindo-lhe uma proteção intensa.

Neste ponto, é para nós clara a necessidade de criação da tão prometida lei orgânica dada a inadequação do *RDLRT* 17/1977 às vicissitudes dos atuais conflitos

⁸⁵ Proibição prevista no art. 8. a) da *Ley* 14/1994, de 01/06.

⁸⁶ Cfr. *SSTS* de 11/02/2015 e de 03/10/2018.

⁸⁷ Vd. Cordero Gordillo, 2019, p. 341.

⁸⁸ Comentando o impacto da descentralização empresarial no direito à greve e a *STC* 75/2010, cfr. Escribano Gutiérrez [2011].

⁸⁹ Cfr. *STS* de 16/11/2016.

⁹⁰ Veja-se, ainda, a *STC* 33/2011, na qual o TC também considerou fragilizado o direito à greve dos trabalhadores do jornal *ABC*, substituídos pelos chefes de secção de todos os turnos, diretores e chefes de diferentes áreas, como dos recursos humanos e da logística, durante a greve geral de 20/06/2002. Como se lê no aresto, é considerado abusivo o uso dos poderes de gestão do empregador quando “de forma intencional ou objetiva, dita substituição esvazie o conteúdo do direito à greve ou cause uma perda ou diminuição da pressão associada ao seu exercício”. Sobre a *Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid*, de 10/10/2003 que deu origem ao pronunciamento constitucional anteriormente referido, cfr. Baylos Grau, 2004, pp. 2-6. A respeito da mobilidade geográfica vd. *STS* de 18/03/2016.

⁹¹ Sala Franco [2020, p. 892] sublinha que o empregador não está impedido de usar do seu poder diretivo em relação aos trabalhadores não grevistas, mas sim, de o fazer com o intuito de neutralizar a greve. Ou seja, quando o recurso ao *ius variandi* não se materialize numa medida objetiva necessária ao funcionamento da empresa, mas antes como instrumento de diminuição das consequências geradas pela greve no processo produtivo – vd. Torrente Gari, 2000, p. 458 e Gomes, 2013, p. 78.

coletivos⁹². Quatro décadas depois, o direito fundamental à greve no ordenamento jurídico espanhol continua a ser regulado por uma norma pré-constitucional. Na esteira de Tascón Lopez⁹³, julgamos que a falta de produção normativa e a consequente transferência de responsabilidade para a jurisprudência, mormente para o TC, não pode, nem deve ser vista com normalidade.

Poder-se-ia cair na tentação a que nos reportamos *supra*, relativamente aos casos de substituição dos trabalhadores grevistas por recursos de índole técnica. Isto é, de considerar que se a norma não proíbe expressamente o *esquirolaje tecnológico* é porque *a contrario* o permite. É precisamente este tipo de interpretação economicista e literal, estribada numa norma petrificada, que faz soar o alarme de perigo devido à falta de produção normativa, ainda mais quando se trata da substituição do trabalho do Homem por máquinas e da neutralização de um direito fundamental. Como iremos ver de seguida, este debate está longe do fim.

3.2 Os vaivéns jurisprudenciais

Num primeiro momento, a STS de 16/03/1998 considerou ilícito o *esquirolaje tecnológico*. O caso reportava-se a uma greve na *Televisión Pública de Andalucía*, durante a qual o empregador desviou o sinal de emissão por satélite do seu centro habitual, em Málaga, para uma unidade móvel situada em Sevilha, emitindo a programação a partir daí. O Tribunal entendeu que o empregador havia desrespeitado os serviços mínimos fixados com base em critérios de proporcionalidade, atendendo aos seus interesses e aos dos grevistas, transmitindo programas pré-gravados de forma automática, além dos serviços informativos. Todavia, este entendimento não perdurou por muito tempo.

Na STS de 27/09/1999, o Tribunal revelou um posicionamento distinto. Neste caso, foi convocada uma greve na *TVE Catalunya* que coincidiu com a retransmissão, que se encontrava a seu cargo, de um clássico entre o Futebol Clube de Barcelona e o Atlético de Madrid. Na impossibilidade de a *TVE* proporcionar as imagens do jogo às restantes televisões regionais, utilizando os seus meios técnicos, estas procuraram obtê-las contratando com um terceiro. Assim, a *TVE* utilizou as imagens captadas pela empresa contratada que chegava automaticamente aos seus estúdios através da ligação permanente com a *Torre Collserola*⁹⁴, tendo a transmissão do jogo ocorrido de forma automática, sem intervenção de qualquer trabalhador. O Tribunal não considerou ilícito o facto de as restantes televisões regionais terem contratado com outra empresa – dada

⁹² Note-se que nem mesmo o “*Proyecto de Ley Orgánica de Huelga 1993*” previa a proibição do “*esquirolaje tecnológico*”.

⁹³ Cfr. Tascón Lopez, 2018, p. 27.

⁹⁴ Centro que distribui as imagens a cada uma das televisões regionais.

a impossibilidade resultante da greve na *TVE* – e tão-pouco considerou que a transmissão efetuada por esta última, mediante meios técnicos já previamente instituídos, colocava em causa o direito à greve. Além disso, tendo feito uma interpretação literal do preceito “substituição”, considerou que esta não existiu na aceção do termo e que a conduta da *TVE* em nada fragilizou o direito à greve, tendo esta atuado dentro dos seus poderes de gestão.

Já no caso da *STS* de 04/07/2000, foi convocada uma greve no setor de radiofusão, em quatro emissoras da *Catalunya Radio*, durante a qual, apesar de os técnicos do controlo central terem abandonado os seus postos de trabalho, a transmissão das emissões de programas de música ocorreu com recurso a gravações previamente efetuadas, de forma totalmente automatizada. Os argumentos aduzidos pelo Tribunal basearam-se na interpretação literal do art. 6.5 *RDLRT* 17/1977, na jurisprudência constitucional relativa à restrição dos poderes de organização do empregador (proibindo, em contexto de greve, o recurso ao *ius variandi*), no facto de não existir um dever de o empresário colaborar com a greve e, por fim, na inexistência de um preceito que o proíba de dispor dos meios tecnológicos que habitualmente utiliza⁹⁵. Deste modo, o Tribunal considerou que a estação de rádio apenas havia reorganizado os seus meios técnicos de modo a diminuir as consequências geradas pela greve, pugnando pela licitude do *esquirolaje tecnológico*.

Sucedendo que, se até então o *TS* tinha vindo a conceber pacificamente a permissividade de utilização de meios técnicos, logrando a continuação da atividade empresarial, o ulterior entendimento propugnado pelo TC⁹⁶ originou “uma mudança copernicana” relativamente à emissão automática de programas pré-gravados⁹⁷.

Analisemos a *STC* 183/2006. Em 15/06/2002 foi publicado no *Boletín Oficial del Estado* o Real Decreto 531/2002, de 14/06, no qual se estabeleciam as normas quanto ao funcionamento dos serviços mínimos essenciais de rádio e televisão para a greve geral de 20/06/2002. A classificação como serviços mínimos da emissão dentro dos horários habituais de difusão, de uma programação previamente gravada e da produção e emissão normal dos programas informativos mereceu a censura do TC, tendo ocasionado a supressão dos preceitos, por atacarem o direito à greve. O Tribunal

⁹⁵ No mesmo sentido, *STSJ Cataluña* de 09/01/2003. No caso, fora convocada uma greve na empresa “*Televisión de Catalunya*” que coincidiu com a campanha eleitoral das eleições para o “*Parlamento de Catalunya*”. Foram decretados serviços mínimos, estabelecendo 50% do tempo normal de noticiário e emissão da propaganda eleitoral. Foi interposto recurso para o *TS* [*STS* de 09/12/2003], tendo versado, entre outros factos, sobre a emissão de *spots* publicitários de forma automática mediante a pulsão de um botão por um trabalhador designado para o cumprimento de serviços mínimos. Ora, o Tribunal entendeu que, no âmbito dos serviços mínimos, o facto de a empresa ocupar o restante tempo com publicidade gravada previamente, não seria suficiente para admitir que a essência do direito à greve tenha sido violada. No mesmo sentido e com o mesmo critério, *vd.* *STS* 15/04/2005.

⁹⁶ *Vd.* *SSTC* 183/2006, 184/2006, 191/2006 e 193/2006, todas referentes aos serviços mínimos declarados na greve geral de 20/02/2002.

⁹⁷ *Cfr.* Talens Visconti, 2013, p. 4.

sublinhou que o direito a comunicar e a receber informação previsto no art. 20.1.d) *CE* poderia consubstanciar um limite ao direito à greve em sede de definição dos serviços mínimos, mas frisou que o facto de a programação, a que se referia o *Real Decreto* 531/2002, ser pré-gravada, demonstrava que esta carecia da “atualidade e imediatez necessárias que justifiquem à partida uma restrição do direito à greve”. Para tanto, o TC recorreu à noção de temporalidade consagrada no segundo parágrafo do art. 10 *RDLRT*, tendo considerado que a informação pré-gravada, não podendo configurar-se como “necessidade reconhecida e urgente”⁹⁸, poderia ter sido emitida com posterioridade⁹⁹.

Na realidade, a ininterrupção conseguida através da gravação prévia garante aquilo que a greve pretende propositadamente perturbar, a normalidade. Não fazendo por isso sentido a manutenção de um nível igual de proteção para todos os conteúdos informativos e uma programação transmitida nos horários habituais, por tal desvirtuar a greve enquanto meio de pressão. Além disso, nem toda a programação de televisão se subsume ao art. 20.1.d) *CE*. Assim, o Tribunal admitiu que a maioria da atividade previamente gravada tem que ver com programas de entretenimento, não estando relacionada com o direito a comunicar e a receber informação de tal forma que justifique uma limitação ao direito fundamental à greve¹⁰⁰.

Dando por assente a posição do TC em relação às atividades que podem ser consideradas como serviços mínimos, analisemos agora a *STS* de 11/06/2012¹⁰¹, na qual o *TS* se pronunciou sobre a alegada violação do direito à greve pela *Euskal Telebista – Televisión Vasca, S.A.U* e *Euskal Irrati Telebista – Radio Televisión Vasca*. No caso, a estação emitiu, aquando da greve geral de 29/06/2010, os programas *Egun on Euskadi (Buenos Días Euskadi)* e *Euskadi Directo* – alegadamente com carácter de serviços mínimos¹⁰² – e ainda publicidade previamente gravada, de forma automática, entre os programas considerados como serviços mínimos.

O Tribunal de Primeira Instância¹⁰³ considerou que o direito à greve havia sido violado¹⁰⁴. Por sua vez, quanto à emissão dos programas, o *TS* pronunciou-se no mesmo sentido, considerando que o seu conteúdo não era exclusivamente informativo, pelo que se havia violado o direito à greve. Porém, quanto à emissão de publicidade, o *TS* começou por salientar que a função de garantia dos serviços mínimos e a sua projeção sobre o exercício do direito à greve, não devem ser confundidos, sendo que, na sua ótica, tal

⁹⁸ Vd. Art. 10 *RDLRT*.

⁹⁹ Cfr. Ortega Lozano & Guindo Morales, 2019, p. 11.

¹⁰⁰ A jurisprudência da *Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo* seguiu o caminho fixado pelo TC em caso de determinação de serviços mínimos no setor da rádio e da televisão, postulando-o nas *SSTS* 24/07/2007, 27/07/2009, 24/02/2010 e 08/04/2010.

¹⁰¹ Cfr. *STS* 11/06/2012.

¹⁰² Estabelecidos pela *Orden de la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco* de 24/06/2010.

¹⁰³ Vd. *STSJ País Vasco* de 22/02/2011.

¹⁰⁴ Estribando o seu entendimento na *STC* 183/2006.

sucedeu na sentença recorrida. De facto, o Tribunal afirmou que a determinação daqueles serviços não pode ser encarada enquanto um limite à atividade empresarial de tal forma que, ainda que não fragilize o direito à greve, impeça a empresa de realizar mais atividades do que as determinadas. Acrescentou que não assistiu razão ao Tribunal de Primeira Instância, uma vez que o direito de greve só se “lesa se os trabalhadores assignados à prestação de serviços mínimos forem utilizados para cumprir serviços não essenciais, mas não se os serviços não essenciais forem executados por trabalhadores não grevistas ou através de meios automáticos”. O *TS* concluiu que o entendimento postulado na *STC* 183/2006 não poderia ser aplicado no caso em apreço, uma vez que a emissão de publicidade previamente gravada não foi considerada como serviço mínimo, tendo tão só sido emitida de forma automática. Além disso, reiterou que, o facto de uma atividade não ser considerada como serviço mínimo, não significa que não possa ser realizada. Tal implica somente que não o poderá ser recorrendo aos trabalhadores designados para o cumprimento dos serviços essenciais, nas situações previstas no art. 6.5 *RDLRT*, podendo, todavia, realizar-se de forma automática. Em suma, este aresto evidencia um entendimento do *TS* tendente à permissividade do *esquirolaje tecnológico*.

Todavia, não podemos deixar de referir o voto de vencido do Juiz Manuel Ramón Alarcón Caracuel, discordando da *STS* de 11/06/2012. Na sua opinião, a transmissão de forma continuada de publicidade pré-programada constituiu uma violação ao direito à greve, aludindo à *STC* 183/2006, de acordo com a qual a circunstância de a programação ser ininterrupta descaracteriza o direito à greve enquanto meio de pressão. O magistrado utilizou um argumento de ordem sistemática, pugnando pela prevalência do direito à greve (art. 28.2 *CE*) sobre o direito à liberdade de empresa (art. 38 *CE*). Criticou ainda a solução radical do *TS*¹⁰⁵ e alertou para o perigo que legitimação de uma ampla liberdade empresarial representa para a neutralização do direito à greve, levando a que este se quede praticamente inócuo. Além disso, também salientou que, conforme o entendimento do *TC*¹⁰⁶, a ação limitadora do direito à greve não deveria resultar de uma interpretação *a contrario* do preceito 6.5 *RDLRT*, nem tão-pouco justificar-se pelo uso dos poderes organizativos da entidade empregadora, à luz da liberdade de empresa, dimensionados pelo ordenamento jurídico para uma situação de normalidade empresarial.

Pouco tempo depois, o voto de vencido do magistrado Manuel Ramón Alarcón Caracuel serviu de mote à *STS* de 05/12/2012. O caso assemelhava-se bastante ao

¹⁰⁵ “[S]olo se vulnera si los trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos se utilizan para cumplir servicios no esenciales, pero no si los servicios no esenciales se ejecutan por trabajadores no huelguistas o por medios automáticos” [*STS* de 11/06/2012].

¹⁰⁶ Cfr. *STC* 183/2006.

anterior tendo versado sobre uma greve ocorrida a 27/01/2011, na *Euskal Telebista S.A*, durante a qual fora emitida publicidade e tele vendas de forma continuada, extravasando os serviços mínimos decretados¹⁰⁷. A questão central, uma vez mais, assentava no facto de saber se a entidade empregadora poderia, ao abrigo dos seus poderes de gestão, emitir publicidade pré-gravada, caso os meios utilizados fossem automáticos ou recorrer a trabalhadores não grevistas. Como se lê no aresto, uma empresa ao emitir programação ou publicidade por meios mecânicos ou tecnológicos, de forma automática, “priva materialmente os trabalhadores do seu direito fundamental, esvaziando o seu conteúdo de tal forma que não cabe o uso das prerrogativas empresariais ainda que amparadas pela liberdade de empresa, para impedir a eficácia do direito à greve”. Todavia, apesar de ter sido dado um passo em direção à proibição do *esquirolaje tecnológico*, o Tribunal não considerou que o direito à greve tivesse, neste caso, sido violado, uma vez que dos factos apurados não se constatou existir um nexo entre a conduta da empresa e a neutralização ou diminuição do direito à greve enquanto meio de pressão¹⁰⁸.

3.3. A recente posição do Tribunal Constitucional Espanhol

É com a *STC* de 17/2017 que o Tribunal dá, novamente, um passo em direção à permissividade do *esquirolaje tecnológico*.

O caso em apreço contende com a alegada violação do direito à greve, no dia 29/09/2010¹⁰⁹, pela empresa *Telemadrid*, por transmitir um jogo de futebol da *Champions League*¹¹⁰. A greve teve uma enorme adesão, exceto da parte de um trabalhador do controlo central, um coordenador do departamento de grafismo, um locutor e um chefe de estúdios. A transmissão do jogo foi efetuada com recurso aos trabalhadores que não aderiram à greve. Para isso, o trabalhador presente no controlo central, depois de receber o sinal da *Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicos*, enviou-o ao locutor para que este relatasse o jogo. O sinal foi

¹⁰⁷ Estabelecidos pela *Orden de 21/1/2011 de la Consejería Empleo y Asuntos Sociales*.

¹⁰⁸ Esta decisão contou com dois votos de vencido dos magistrados Aurelio Desdentado Bonete (ao qual aderiram Maria Milagros Calvo e Jose Luis Gilolmo Lopez,) e Antonio Martín Valverde (que contou com a adesão de Jose Manuel López Garcia de la Serrana e Jesús Souto Prieto). Ambos os votos concordam com a decisão final, mas discordam quanto ao facto de se tratar de uma situação de *esquirolaje tecnológico*. No primeiro voto, o magistrado Aurelio Desdentado Bonete sublinhou que o art. 6.5 *RDLRT* não prevê a colaboração do empregador. Aludiu ainda aos termos *sustitución* e *esquirol*, afirmando que se a emissão correu de forma automática, sem a intervenção de qualquer trabalhador, não opera, na aceção do termo, uma substituição. Por fim, referiu que a *CE* garante o direito à realização da greve, mas não o seu resultado positivo. Quanto ao segundo voto, o magistrado Antonio Martín Valverde ressaltou o facto de o direito à greve ter de conviver com as medidas adotadas pela entidade empregadora e que a prevalência que o art. 28 *CE* detém sobre o art. 38 *CE* se funda num desígnio de uma eficácia processual reforçada (art. 53 *CE*).

¹⁰⁹ Greve geral comunicada a 15/09/2010 pelo *Sindicato Confederación General del Trabajo*.

¹¹⁰ Em suma, o *Sindicato Confederación General del Trabajo* interpôs recurso de amparo constitucional contra o *Auto de la Sala de lo Social del TS*, de 26/11/2013, que não admitiu recurso de cassação para uniformização de jurisprudência da *STSJ de Madrid*, de 23/07/2012, que por sua vez, julgou improcedente o recurso de suplicação interposto contra a *Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid*, de 30/11/2011. Sobre as especificidades do recurso de amparo constitucional espanhol e as vantagens da inserção de um tal mecanismo no ordenamento jurídico português *vd.* Botelho [2010].

automaticamente devolvido ao departamento de grafismo para que o coordenador do mesmo inserisse o logótipo da *Telemadrid*. Tendo o sinal retomado ao controlo central, o trabalhador não grevista enviou-o ao codificador de reserva (B) sendo que o codificador habitual (A) continuou apenas com o aviso de que estava a decorrer uma greve.

Em sede judicial, o Sindicato apresentou fundamentalmente dois argumentos: o primeiro assentou na substituição interna de grevistas, uma vez que os trabalhadores de categorias superiores exerceram funções dos seus subordinados e o segundo prendeu-se com o facto de a empresa ter recorrido a meios tecnológicos que habitualmente não utilizava.

Relativamente à substituição interna, o TC considerou que o entendimento postulado nas SSTC 123/1992 e 33/2011 não seria aplicável *in casu*, uma vez que os trabalhadores não grevistas não haviam levado a cabo funções distintas das habituais¹¹¹. De acordo com o TC, ainda que a intervenção efetuada pelo coordenador do departamento de grafismo não correspondesse às funções que habitualmente exercia, a sua classificação profissional era equiparável à dos trabalhadores alegadamente substituídos, portanto a dita atuação não seria suscetível de integrar uma hipótese de substituição interna de trabalhadores grevistas.

Debruçando-se sobre o alegado *esquirolaje tecnológico*, o Tribunal admitiu que, de facto, os meios técnicos utilizados não eram de uso habitual e que o procedimento para a realização da emissão havia sofrido alterações. Não obstante, apesar de os poderes de gestão e organização do empregador terem sofrido uma limitação devido ao exercício do direito à greve, a proibição do uso de meios técnicos já existentes na empresa para a manutenção da sua atividade não se encontra prevista no ordenamento jurídico espanhol. Invocou ainda o art. 6.5 *RDLRT*, sublinhando que a proibição contida no preceito não poderia aplicar-se analogicamente ao uso de recursos tecnológicos, uma vez que a letra da lei se refere expressa e unicamente aos recursos humanos¹¹². Por fim, o Tribunal assinalou que a liberdade de trabalho dos não grevistas, reconhecida pelo art. 6.4 *RDLRT*, deveria ser respeitada e, admitindo uma certa “capacidade beligerante”¹¹³ ao empregador, considerou que este não estava obrigado a colaborar por ação ou omissão com a greve.

¹¹¹ Como se lê na *Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 4 de Madrid*, “o trabalhador do controlo central comutou os sinais dentro das suas funções e no departamento de grafismo encontrava-se o coordenador, que – embora tenha a função específica de coordenador, normalmente encarregado de controlar o trabalho nos departamentos que coordena, entre os quais o de grafismo - supervisiona tal trabalho e tem entre as suas funções a colocação do logótipo da *Telemadrid*”.

¹¹² No mesmo sentido, *vd.* Sánchez-Rodas Navarro [2017, p. 177] afirmando que as tecnologias da comunicação e informação não são pessoas e que, portanto, não podem ser consideradas *esquirolas* à luz do *RDLRT*.

¹¹³ Cfr. Grau Pineda, 2018, p. 11.

Diferente posição foi manifestada pelo Juiz Fernando Valdés Dal-Ré no seu voto de vencido¹¹⁴, para quem o direito à greve foi violado no caso em apreço, não só pela substituição dos trabalhadores grevistas por meios tecnológicos, mas também pela verificação de *esquirolaje interno*. Para o magistrado não é evidente que os trabalhadores não tenham efetivamente exercido funções diversas das habituais. Isto porque, numa situação normal, o trabalhador do controlo central emitiria o sinal para o departamento de continuidade, e não para o departamento de grafismo, sendo também de natureza dúbia o facto de o coordenador, encarregado de vários departamentos, incluindo o de grafismo, e de funções de elevada responsabilidade, ter desempenhado a tarefa de colocar o logótipo da *Telemadrid* na emissão¹¹⁵. Deu, também, destaque à facilidade com a qual o TC aceitou que os trabalhadores que não estavam em greve nesse dia e que colaboraram na emissão do jogo, não tenham levado a cabo funções distintas das que habitualmente desempenhavam. Em consequência, o Juiz Fernando Valdés Dal-Ré entendeu que os factos dados como provados e jurisprudência constitucional anterior permitiam uma valoração diferente. Ou seja, concluir pela lesão do direito à greve devido à substituição interna de trabalhadores grevistas¹¹⁶. O magistrado salientou ainda, a propósito da posição manifestada pelo TC no sentido da inexistência de *esquirolaje tecnológico*, a crescente indiferença patente na jurisprudência constitucional relativamente à efetividade dos direitos fundamentais em favor da intensificação dos poderes empresariais¹¹⁷.

Da nossa parte, revemo-nos na crítica que Ana Lambelho¹¹⁸ tece a esta decisão. A mudança operada no processo produtivo não se materializou na realocação, transferência ou uso extraordinários de meios técnicos, mas, sim, na conjugação entre o uso de meios técnicos disponíveis na empresa e no recurso ao *ius variandi* para contornar as consequências da greve, pelo que caberia ao TC ter analisado a questão sob

¹¹⁴ Ao qual aderiram os magistrados Adela Asua Batarrita e Juan Antonio Xiol Ríos. Com apoio na doutrina de Sala Franco [2020, p. 895].

¹¹⁵ Como se lê no voto de vencido, estava em causa uma função levada a cabo por um trabalhador de categoria profissional superior à dos trabalhadores que habitualmente desempenhavam a dita tarefa, tendo ocorrido a substituição interna de trabalhadores grevistas, considerada ilícita pelas SSTC 123/1992 e 33/2011.

¹¹⁶ O magistrado ressaltou que, não obstante o art. 44.1 b) da *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional* preveja que o controlo constitucional deve ser feito sem alterar os factos provados, o TC poderá “alcançar uma interpretação própria do relato fáctico conforme os direitos e valores constitucionais em causa”, amparando-se no entendimento contido na STC 17/2003, segundo a qual a impossibilidade legal e material de alterar o factos provados não pode culminar numa recusa, por parte do TC, da sua função de proteção dos direitos fundamentais. Nas palavras de Escribano Gutiérrez [2017, p. 223], neste caso, o TC vinculou-se à interpretação dos factos dada pelo *Juzgado de lo Social de Madrid*, dando-os como provados, colidindo expressamente com a sua anterior posição na STC 33/2011.

¹¹⁷ Reforçando a sua posição, o magistrado chama ainda à colação os votos de vencido que elaborou, no mesmo sentido, às SSTC 241/2012 e 39/2016. Na doutrina, Martínez Moreno [2017, p. 901] julga que o TC fez uma leitura “empobrecedora e que parece desconhecadora da realidade social, tecnológica e empresarial atual”.

¹¹⁸ *Vd.* Lambelho, 2018, p. 551]. Discordando da posição da Autora, Sousa [2019, p. 4].

o prisma do *esquirolaje interno*¹¹⁹. Note-se que apesar de a adesão a esta greve ter sido praticamente total, não logrou impedir a transmissão de um evento de uma magnitude social atípica, como um jogo da *Champions League*. Acompanhamos, também, Carmen Grau Pineda¹²⁰, ao afirmar que o TC aplicou de forma seletiva a jurisprudência constitucional emanada anteriormente, para negar a subsunção do caso a uma hipótese de *esquirolaje interno*.

4. Revisitando o art. 535.º do Código do Trabalho

4.1 Reflexões preliminares

Aqui chegados, com base na análise e nas considerações anteriormente tecidas acerca do direito à greve e da proibição da substituição de trabalhadores grevistas no ordenamento jurídico português e, ainda, com um olhar atento sobre a evolução (ou retrocesso) jurisprudencial do país vizinho em relação ao *esquirolaje tecnológico*, pretendemos perceber se, entre nós, a substituição de grevistas por meios tecnológicos viola, ou não, o direito à greve.

Não obstante seja evidente, cumpre salientar a feição paternalista¹²¹ patente na consagração do direito à greve no contexto do ordenamento jurídico português por contraposição ao que sucede no ordenamento jurídico espanhol. Não será necessário ir além de um confronto normativo para alcançar esta conclusão. Atente-se, em relação à proibição da substituição de trabalhadores grevistas, que o art. 535.º proíbe expressamente a substituição interna e externa (bem como a externalização de serviços), enquanto a norma sucedânea no ordenamento jurídico espanhol apenas se refere

¹¹⁹ Face à obsolescência normativa e partindo da jurisprudência do TC, não poderíamos deixar de referir a proposta de regulação do *esquirolaje tecnológico* avançada por Tascón Lopez [2020, p. 103]. O Autor considera que, apesar de a jurisprudência constitucional aceitar que o empregador possa contar com os meios técnicos já existentes (de utilização habitual ou não), ao tempo do aviso prévio, na organização produtiva da empresa, tal entendimento não pode ser visto de forma absoluta, caso contrário o direito à greve tornar-se-ia inócuo. Para tanto, impõe no n.º 1 da proposta normativa o recurso a critérios de proporcionalidade, aferindo os limites entre direitos constitucionalmente protegidos, dotando o seu exercício da máxima eficácia. O Autor realça, ainda, o facto de a jurisprudência constitucional não responder a uma eventual situação de *esquirolaje tecnológico externo* (a locação ou a aquisição de meios técnicos de que a empresa não dispunha à data do pré-aviso de greve), considerando que esta se materializa numa conduta destinada a esvaziar o conteúdo do direito fundamental à greve [2020, pp. 97-98], prevenindo a sua proibição no n.º 2 do artigo. Por fim, prevê no n.º 3 que poderá ser alcançado um acordo *ad hoc* entre as partes, que estabeleça limitações ao uso de mecanismos tecnológicos como medida de reação empresarial perante a greve. Ora, em nossa opinião, o paralelismo que o Autor faz entre o “*esquirolaje personal*” e o “*esquirolaje tecnológico*” é razoável. Todavia, apesar de equilibrada, esta proposta não está isenta de críticas. A norma sofre de alguma imprecisão, pelo que, para ser corretamente integrada no ordenamento jurídico espanhol, teria de ser densificada. Repare-se na ausência de uma previsão caso não seja possível alcançar o referido acordo *ad hoc*. Isto é, a norma prevê uma concertação entre as partes, mas não responde à possibilidade de o acordo ser inalcançável.

¹²⁰ No mesmo sentido, Grau Pineda [2018, p. 13].

¹²¹ Não pretendemos, com esta expressão, levar o leitor a crer que julgamos criticável tal opção legislativa. Pelo contrário, tem para nós uma conotação positiva, uma vez que está em causa um dos direitos mais fundamentais do trabalhador. Como sublinha Abrantes [2018, p. 214], “[a] constitucionalização do direito laboral não acontece por acaso, antes surge como uma sequência natural da feição proteccionista que sempre o caracterizou”.

expressamente à substituição externa. Atenderemos a estas premissas base no desenvolvimento do nosso raciocínio.

Centremo-nos no *punctum crucis* da questão.

Uma leitura formalista e literal do art. 535.º excluía, à partida, a proibição de substituição de grevistas por meios técnicos, uma vez que a letra do artigo se refere à substituição pelo recurso a outros trabalhadores, e não a máquinas. Sabemos que o elemento gramatical apresenta uma dupla função de *exclusão* e *seleção*¹²², isto é, permite-nos excluir sentidos que não encontrem qualquer correspondência no texto da lei e, por outro lado, determinar aquele que, de entre os vários sentidos possíveis, mais se adequa à formulação legal¹²³. Sucede que, atender apenas à letra da norma, lograria, desde logo, a exclusão deste tipo de substituição no âmbito da proibição a que nos reportamos, uma vez que, sendo a atividade realizada de forma automática, a substituição propriamente dita não se verificaria¹²⁴. Porém, quanto a nós, esta linha interpretativa será de rejeitar, uma vez que atender somente ao elemento gramatical, descurando o elemento lógico à luz da ordem social¹²⁵, além de tornar o espírito da norma inalcançável¹²⁶, não consubstancia sequer uma interpretação declarativa¹²⁷. Sendo a atividade interpretativa *una*¹²⁸, o intérprete não se deverá desviar do *iter* plasmado no art. 9.º, n.º 1, do CC, sob pena de negligenciar o seu sentido¹²⁹, até porque “as palavras nem sempre bastam (...) verdadeiramente nunca chegam”¹³⁰.

Será possível alcançar por via da interpretação enunciativa, com recurso ao argumento *a contrario sensu*, uma conclusão idêntica à que retiramos em relação à interpretação declarativa. Ora, poder-se-ia afirmar que, se o legislador não proíbe a substituição de grevistas por meios tecnológicos, o empregador poderá fazer uso das prerrogativas empresariais ao seu dispor, minorando os efeitos decorrentes da greve¹³¹. Consideramos que este entendimento é discutível. Com efeito, é algo leviano considerar que é possível legitimar a atuação do empregador, limitadora do direito fundamental à greve, mediante uma interpretação *a contrario*¹³². Até porque tal resultado ignora as

¹²² Cfr. Justo, 2019, p. 337.

¹²³ Vd. Machado, 1994, p. 182.

¹²⁴ Referimo-nos à expressão “substituir os grevistas por pessoas” do n.º 1 do art. 535.º. Neste sentido, vd. SSTs de 27/09/1999, de 04/07/2000 e de 11/06/2012 e, ainda, o voto de vencido do juiz Aurelio Desdentado Bonete à STS de 5/12/2012. Fazendo referência a esta possível leitura da norma, vd. Lambelho [2018, p. 563].

¹²⁵ Cfr. Ascensão 1997, p. 916 e 2005, p. 393. Vd. Maldonado Montoya [2017, p. 67], alertando para a tendência à interpretação literal das normas, designadamente, das laborais, no ordenamento jurídico espanhol.

¹²⁶ Vd. Machado, 1994, p. 182.

¹²⁷ Neste sentido, cfr. Neves, 1993, p. 106.

¹²⁸ Vd. Ascensão, 2005, p. 406.

¹²⁹ *Idem*.

¹³⁰ Cfr. Telles, 1999, p. 245.

¹³¹ Supondo o mesmo cenário, vd. Gomes, 2013, p. 70.

¹³² No mesmo sentido, no ordenamento vizinho, cfr. o voto de vencido do magistrado Manuel Ramon Alarcón Caracuel às SSTs de 11/06/2012 e de 05/12/2012. Em relação à proibição do *esquirolaje interno*,

restantes técnicas interpretativas, designadamente, a teleologia da norma. Assim, neste caso específico, atendendo ao regime legal da greve e aos seus contornos protetores, a ausência de uma proibição expressa não deverá determinar, sem mais, a legalidade de determinada conduta¹³³. Depois, a argumentação utilizada para sustentar esta linha interpretativa enquadra-se na ordem da legalidade ordinária, postergando uma interpretação conforme à CRP.

De resto, como ensina Galvão Telles¹³⁴, para que se considere fundado o uso do argumento *a contrario*, ou seja, para que se considere excluído, tudo aquilo que não cabe na hipótese, a norma em causa deverá ser “averiguadamente excepcional”. Ora, parece-nos que o espírito da norma ora em análise não se reveste de carácter excecional¹³⁵. Não há um *ius singulare*¹³⁶ consagrado nesta proibição. Na verdade, a própria consagração constitucional do direito fundamental à greve implica, desde logo, a postergação de condutas passíveis de se materializarem num enfraquecimento do direito à greve, ainda que o legislador ordinário não as preveja.

4.2 Proposta interpretativa

Tendo concluído que os resultados interpretativos anteriormente abordados são inidóneos à descoberta do verdadeiro espírito da proibição contida no art. 535.º, apresentaremos agora a nossa proposta e que, como se verá, inclui a substituição de grevistas por meios tecnológicos no âmbito da predita proibição.

Como preceitua o n.º 3 do art. 9.º do CC, deve o intérprete presumir “que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”. Se tal diretriz parecer obstar ao que defendemos, não passará de uma verdadeira aparência. Na realidade, corrobora o nosso raciocínio. Vejamos porquê.

Não negamos que a expressão “*substituir os grevistas por pessoas*”¹³⁷ possa, desde logo, indiciar uma falta de correspondência verbal, uma vez que nos referimos expressamente à substituição por máquinas ou por meios tecnológicos, e não por pessoas. Porém, antecipando algumas conclusões, por julgarmos que o legislador disse menos do que aquilo que queria dizer, o ponto de partida da nossa interpretação será o conceito de *substituição*, que preenche o requisito de “um mínimo de correspondência verbal”, plasmado no art. 9.º, n.º 2, do CC.

mas também rejeitando uma interpretação *a contrario* limitadora do direito à greve, *vd.* SSTC 123/1992 e 183/2006 (relativamente aos serviços mínimos).

¹³³ Nesta senda, *vd.* Aguilar del Castillo [2018, p. 13] acerca da interpretação *a contrario* no ordenamento jurídico espanhol.

¹³⁴ Cfr. Telles, 1999, p. 259.

¹³⁵ Normas excecionais são aquelas que consagram para determinadas situações, soluções opostas às do regime regra, *vd.* Freitas do Amaral, 2019, p. 91.

¹³⁶ Cfr. Justo, 2019, p. 149.

¹³⁷ *Vd.* Art. 535.º.

Na verdade, não contestamos que em 1974, aquando da primeira lei da greve, o legislador tenha querido, de facto, dizer “substituir os grevistas por pessoas”¹³⁸. É certo que o mundo já havia entrado na era da Indústria 3.0, observando-se uma crescente automatização da produção¹³⁹. No entanto, admitimos que a mesma não se tenha feito sentir ao mesmo ritmo em Portugal.

A mesma formulação foi transposta para o art. 6.º da Lei n.º 65/77, elaborada após a entrada em vigor da CRP, num momento em que o circunstancialismo nacional não se deparava com transformações estruturais a nível tecnológico, tendo-se mantido até aos dias de hoje¹⁴⁰. Logo, julgamos que, quando o legislador se referiu a “*pessoas*”, não desejou que esta expressão consubstanciasse uma restrição, muito menos intencional, ou mesmo um correlativo único referente à *substituição*, até porque a proibição da substituição mediante a externalização de serviços corrobora isso mesmo. Refira-se que esta última afirmação não passa de uma suposição, pelo que, em ordem à prossecução da segurança jurídica, revela-se “mais importante verificar qual o sentido que a fonte toma na ordem social que visa compor, do que o sentido pretendido pelo criador histórico”¹⁴¹. Como escreve Ana Lambelho¹⁴², “[o] conceito de substituição tem vindo a ser construído no confronto com as situações que se vão colocando”, pelo que será necessária uma interação constante entre este e os restantes elementos interpretativos e o confronto com a ordem social vigente¹⁴³.

Neste quadro, mostra-se absolutamente necessário interpretar o elemento literal numa perspetiva atualista¹⁴⁴, de acordo com a sua “justificação social”¹⁴⁵, pretendida pelo n.º 1, *in fine*, do art. 9.º do CC¹⁴⁶. Ora, como já salientamos anteriormente, o escopo da proibição da substituição de grevistas é o de “obstar ao esvaziamento prático do conteúdo do direito de greve”¹⁴⁷. Ao prever a proibição da substituição interna e externa de grevistas, bem como a externalização de serviços, o legislador visou reforçar a garantia constitucional do direito à greve e impedir a neutralização do mesmo.

Nesta linha, fará sentido que, à luz do nosso ordenamento jurídico, a entidade empregadora possa deslocar equipamentos tecnológicos de um serviço ou estabelecimento para outro, após a receção do pré-aviso de greve? Poderá o empregador

¹³⁸ Cfr. Art. 14.º, n.º 2 do DL 392/74, de 27 de agosto.

¹³⁹ Conforme resulta de gráfico disponibilizado por EY-AM&A [2017, p. 12].

¹⁴⁰ No CT2003 e no CT atual.

¹⁴¹ Cfr. Ascensão, 2005, p. 401.

¹⁴² *Vd.* Lambelho, 2018, p. 563.

¹⁴³ Sem esquecer que a própria expressão verbal “*substituir*” significa “pôr pessoa ou coisa em lugar de outra”.

¹⁴⁴ Cfr. Sousa, 2012, p. 352.

¹⁴⁵ *Vd.* Ascensão, 2005, p. 415.

¹⁴⁶ Cujo resultado será diametralmente oposto ao de uma interpretação historicista, segundo a qual o sentido da lei será imutável.

¹⁴⁷ Cfr. Ramalho, 1994, p. 39.

adquirir meios tecnológicos, após a receção do aviso prévio, que desempenhem a atividade cometida aos grevistas? Ou que reforcem o efetivo da unidade produtiva?

Na verdade, a lei não habita numa ordem jurídico-social estanque, nem vive distanciada do circunstancialismo que a rodeia. Atendendo à *ratio* da norma¹⁴⁸, o facto de o legislador não se ter referido expressamente à substituição de grevistas por meios tecnológicos não significa a sua permissividade, mas tão só que não tenha previsto, à data, as transformações associadas à digitalização do mercado de trabalho, pelo que uma interpretação atualista do preceito se revela imperiosa¹⁴⁹. Nas palavras de Pinto Monteiro¹⁵⁰, tal interpretação reconduz-se a “uma atitude de respeito pela *ratio* da norma, a qual poderá levar a extrair-se dela um novo sentido, imposto pelo ordenamento vivo a que se destina”. Até porque, dados relacionados com o potencial de automação que Portugal revela¹⁵¹ e com a perda de 1,1 milhões de postos de trabalho até 2030¹⁵², levam-nos a concluir que a substituição do homem pela máquina é, de facto, a nova realidade. Realidade essa suscetível de fazer perigar a efetividade do direito à greve, mormente se a resposta às questões anteriormente suscitadas for positiva.

Passemos agora à análise do elemento sistemático, consagrado no art. 9.º, n.º 1, do CC. Daqui resulta que nenhuma lei deve ser interpretada como se de uma ilha se tratasse. Além disso, tal como sucede em relação ao elemento literal, também aqui urge adotar uma perspetiva atualista, analisando o seu contexto vertical e horizontal¹⁵³.

Começando pelo contexto vertical, a lei ordinária deve ser interpretada de acordo com o sentido que mais se coaduna com a sua *alma mater*, isto é, a CRP. Desde logo, o art. 530.º espelha a profunda submissão do legislador ordinário em relação ao comando constitucional, sendo que a sua intervenção não poderá extravasar o perímetro traçado pela lei fundamental¹⁵⁴. Além disso, como referimos anteriormente, o direito à greve não carece de qualquer intervenção legislativa para assegurar a sua efetividade, pelo contrário, goza de eficácia imediata ou, como preconiza Liberal Fernandes¹⁵⁵, de uma natureza “*auto-aplicativa*”, a qual se materializa, designadamente, na obrigação que recai sobre o empregador de se abster de condutas lesivas do exercício do direito à greve.

¹⁴⁸ “A interpretação actualista deve ser aplicada com a necessária prudência, estando, logo à partida, condicionada pelos factores hermenêuticos, designadamente pela *ratio* da norma interpretada e pelos elementos gramatical e sistemático” – cfr. Ac. STJ, de 10/07/2008.

¹⁴⁹ Leite [2004, p. 207] alertava para o facto de a greve não ser mais um fenómeno alheio às transformações económicas, sociais, políticas e produtivas.

¹⁵⁰ *Vd.* Monteiro, 2003, p. 28.

¹⁵¹ De acordo com os elementos fornecidos pela NOVA/CIP [2019, p. 11], “50% do tempo despendido em tarefas laborais é suscetível de ser automatizado recorrendo a tecnologias já existentes, podendo o mesmo aumentar para 67% em 2030”.

¹⁵² *Vd.* NOVA/CIP, 2019, p. 10.

¹⁵³ Cfr. Sousa, 2012, pp. 362-363.

¹⁵⁴ *Vd.* Fernandes, 2013, pp. 19-20.

¹⁵⁵ Cfr. Fernandes, 2010, pp. 63-64.

Não se perca ainda de vista a proibição constitucional do *lock-out*¹⁵⁶ que, impossibilitando a aniquilação do direito à greve através do encerramento da empresa, constitui uma garantia imprescindível na efetividade do mesmo.

Examinando o contexto horizontal, um argumento sistemático de peso será o n.º 2 do art. 535.º De facto, o legislador ordinário tem vindo paulatinamente a densificar a proibição em crise. Exemplo disso é extensão da proibição consagrada no n.º 1 ao recurso à contratação de uma empresa que realize a tarefa a cargo do trabalhador grevista e as subsequentes alterações à norma nesse mesmo sentido. Nesse âmbito, identificamos como que um quase lugar paralelo na mesma norma, demonstrando uma clara preocupação com a possibilidade de fraude da proibição, por via indireta, privilegiando a unidade e sistematicidade do regime jurídico da greve em consonância com a Lei Fundamental. Será importante mencionar ainda o reforço conferido pela tutela contraordenacional e penal constante dos arts. 535.º, n.º 3, 540.º e 543.º, conferindo um manto de “proteção de largo espectro”¹⁵⁷ ao exercício do direito à greve.

Posto isto, admitir que o empregador possa deslocar equipamentos tecnológicos de um serviço ou estabelecimento para outro, ou adquiri-los, por qualquer meio, após a receção do pré-aviso de greve, parece postergar com facilidade tudo aquilo que o legislador tem construído com base no parâmetro constitucional tendo em vista um fim comum: o de impedir que a substituição de grevistas, por qualquer meio, possa neutralizar o direito à greve. Além disso, diferente entendimento colocaria em causa o princípio da consistência uma vez que não atenderia à interpretação “consistente com as demais leis do sistema jurídico quando elas se conjugarem harmonicamente entre si”¹⁵⁸.

Iremos agora dedicar-nos ao elemento teleológico da interpretação¹⁵⁹.

Para tal, partiremos da *ratio legis* em busca do espírito da lei. Ora, a norma constante do art. 535.º estatui a proibição da substituição de grevistas, garantindo a efetividade do exercício do direito fundamental à greve. Uma vez mais, julgamos essencial abordar este elemento sob uma perspetiva atualista de modo a que possamos compreender a sua finalidade contemporânea. Outrora, o empregador podia lançar mão dos mecanismos que dispunha – *lock-out* e substituição de trabalhadores grevistas – de forma a reduzir os prejuízos ocasionados pela greve. Em consequência, tanto a Lei Fundamental, como o legislador ordinário, se posicionaram de forma a garantir que a eficácia do exercício do direito à greve não saísse prejudicada, protegendo a sua *ratio*.

¹⁵⁶ Argumento não invocável em relação ao ordenamento jurídico espanhol, tendo em conta que permite o *lock-out* defensivo.

¹⁵⁷ Vd. Leite, 2018, p. 204.

¹⁵⁸ Cfr. Sousa, 2012, p. 366.

¹⁵⁹ Contido no n.º 3 do art. 9.º do CC, vd. Marcelo Rebelo de Sousa & Sofia Galvão [1998, p. 59].

Parece-nos que “[existindo hoje] mecanismos mais sofisticados e mais subtis, mas tão ou mais poderosos, para o esvaziamento dos efeitos da greve”¹⁶⁰, como é o caso da substituição de grevistas por meios tecnológicos, o legislador também os pretenderá evitar. E embora não tenha conseguido prever os meios através dos quais seria possível efetuar a substituição dos grevistas, mas a *ratio legis* da norma e, consequentemente, o seu espírito exigem do intérprete um olhar atual para a finalidade e razão de ser da mesma¹⁶¹.

Nesse prisma, a nossa posição fundamenta-se numa interpretação extensiva da norma, tratando-se, em rigor, de uma extensão teleológica¹⁶². Isto porque, como ensina Baptista Machado¹⁶³, “a própria razão de ser da lei postula a aplicação a casos que não são diretamente abrangidos pela letra da lei, mas são abrangidos pela finalidade da mesma”¹⁶⁴.

Refira-se, por fim, que, em nossa opinião, nada obsta a que o empregador reorganize os meios tecnológicos que dispõe na empresa, cujo uso é habitual, de modo a mitigar as consequências ocasionadas pela greve. Bem sabemos, como sublinha Júlio Gomes¹⁶⁵, que “a liberdade de iniciativa económica e o direito ao trabalho dos não grevistas”, tal como a greve, também são direitos fundamentais e, de facto não defendemos uma prevalência automática deste último sobre aqueles. No entanto, não podemos ignorar a proteção intensa que é dirigida ao direito fundamental à greve. E não podemos aceitar, tendo em vista o fim da norma, a licitude da aquisição de ditos meios após a receção do pré-aviso de greve¹⁶⁶ – tal como sucede em relação à contratação de trabalhadores – nem tão-pouco a deslocação ou transferência de equipamentos de um

¹⁶⁰ Cfr. Gomes, 2013, p. 70.

¹⁶¹ Torrente Gari [2000, p. 459] sublinha a importância de, na tarefa hermenêutica, “atender prioritariamente ao fim legislativo do preceito, já que as normas podem ser flexíveis e abertas às condições sociais”.

¹⁶² Será interessante, especificamente neste ponto, atentar na experiência espanhola, quanto ao *esquirolaje tecnológico*. Como referimos supra, a norma mais próxima do art. 535.º no ordenamento jurídico espanhol apenas se refere expressamente à substituição externa. Não obstante, a jurisprudência tem seguido o caminho da interpretação extensiva de modo a incluir diferentes hipóteses no âmbito da proibição. Por exemplo, nas SSTs de 11/02/2015 e de 20/04/2015, nas quais o TS fez uma interpretação extensiva do art. 6.5 RDLRT, tendo considerado que, além da contratação de novos trabalhadores que não laboravam na empresa à data do pré-aviso, estaria também vedada a externalização de serviços. Assim o Tribunal atribuiu um sentido diverso e mais amplo à expressão “substituir os grevistas por pessoas”. Sobre a interpretação extensiva no que respeita ao *esquirolaje* vd. Rodríguez-Toubes Muñiz [2019, p. 89]. Veja-se, ainda, Todolí Signes, 2015, pp. 79-80.

¹⁶³ Cfr. Machado, 1994, pp. 185-186.

¹⁶⁴ Ainda que assim não se entenda, caso se considere a existência de uma lacuna – hipótese que postergamos, até porque “só depois de interpretadas as leis vigentes se pode concluir que há lacuna ou vazio de lei sobre certa matéria” [cfr. Marcelo Rebelo de Sousa & Sofia Galvão, 1998, p. 65] – sempre seria possível aplicar analogicamente a proibição de substituição de grevistas, à substituição tecnológica. Nesse sentido, sem grandes desenvolvimentos, vd. Rafael de Sousa [2021, p. 55].

¹⁶⁵ Vd. Gomes, 2013, p. 85.

¹⁶⁶ Admitindo que a introdução da robótica possa ferir a proibição de substituição de trabalhadores grevistas, caso os meios tecnológicos sejam “adquiridos com o objetivo de fazer face aos problemas causados pelo exercício do direito à greve”, cfr. Sousa [2019, p. 4].

estabelecimento ou serviço para outro. Com efeito, estas condutas, culminariam necessariamente, na vulnerabilização do direito à greve¹⁶⁷.

¹⁶⁷ *Vd.* Gomes, 2013, p. 85, admitindo “que também possa existir abuso se o recurso a estas tecnologias possibilita[r] um completo esvaziamento dos efeitos da greve”.

Notas conclusivas

Apesar de o direito fundamental à greve não ser um direito absoluto, goza de uma intensa proteção constitucional no ordenamento jurídico português. Nesta senda, tendo-nos debruçado a proibição de substituição de trabalhadores grevistas, constatámos que esta tem vindo a ser paulatinamente desenvolvida perante as mais variadas situações, com vista a garantir a efetividade do exercício do direito à greve.

Assim, o art. 535.º, n.º 1, proíbe a substituição de trabalhadores grevistas por pessoas que, à data do pré-aviso, não laboravam no serviço ou estabelecimento onde foi declarada a greve, ficando, desde logo, postergado o recurso à mobilidade geográfica. Neste âmbito, para a maioria da doutrina, o empregador poderá recorrer ao *ius variandi* e à noção de atividade contratada de modo a mitigar os efeitos decorrentes do exercício da greve. Dada a natureza jurídica das duas figuras, cremos impor-se uma distinção. Desta feita, o recurso à última parece-nos lícito, uma vez que não coloca em causa o fim da proibição, diferentemente do que acontece com o *ius variandi*, cujo resultado prático se reconduz a uma verdadeira substituição.

Também a organização do tempo de trabalho e a questão da externalização de serviços continuam a dividir a doutrina, sendo que, para nós, a resposta parte daquela que julgamos ser a *ratio* desta proibição.

Porém, os ventos de mudança trazidos pela inovação tecnológica alteraram a dinâmica das relações laborais, repercutindo-se, inevitavelmente, no direito à greve. Exemplo do que acabamos de mencionar (e que tem sido analisado pelos tribunais espanhóis) é a possibilidade de programar, antecipadamente, a emissão de uma estação televisiva, cujos trabalhadores estarão em greve em determinado período, de modo a que a atividade empresarial continue com *aparente* normalidade.

Como vimos, a tendência imparável de automação e digitalização dos postos de trabalho, bem como os avanços e recuos da jurisprudência espanhola em relação ao *esquirolaje tecnológico*, deixaram a descoberto a urgente necessidade de regulação desta figura neste ordenamento jurídico. E embora o TC espanhol tenha tido, em 2017, a oportunidade de dar uma resposta definitiva quanto ao tema, acabou por suscitar outras dúvidas ao considerar lícita a utilização de meios tecnológicos de uso não habitual. Além disso, não classificou o recurso aos não grevistas como *esquirolaje interno*, tendo inclusivamente ido contra a jurisprudência constitucional anterior.

No contexto português, concluímos que, mediante uma perspetiva atualista, a proibição de substituição dos trabalhadores grevistas, prevista no art. 535.º, será extensiva à substituição tecnológica. Assim, embora o empregador possa dispor dos meios tecnológicos que já estão afetos à empresa, não poderá adquirir outros após a receção do pré-aviso de greve, nem deslocar ou transferir equipamentos de um

estabelecimento ou serviço para outros. Tal como referimos inicialmente, não pretendíamos, com a análise da experiência espanhola, importar, sem mais, uma solução para o contexto nacional. Acontece que, numa perspetiva comparada, não podemos deixar de sublinhar que, mesmo perante uma norma obsolescente como é o art. 6.5 *RDLRT*, a interpretação extensiva foi o resultado interpretativo alcançado por alguma doutrina e jurisprudência do país vizinho, permitindo a inclusão da substituição por meios tecnológicos na proibição de substituição de trabalhadores grevistas. Desta feita, a atitude tuitiva dos legisladores portugueses constitucional e ordinário, demonstrando uma clara preocupação com o exercício do direito à greve, não nos conduz a outra conclusão que não a da proibição de substituição de trabalhadores grevistas por meios tecnológicos, alcançada por via de uma interpretação extensivo-teleológica do art. 535.º.

Em suma, admitir que o empregador possa organizar extraordinariamente os meios tecnológicos de que dispõe, movê-los de um estabelecimento ou serviço para outro ou, ainda, adquirir novos *robots*, após a receção do aviso prévio, seria ir contra tudo aquilo que o legislador sempre pretendeu salvaguardar: a efetividade do exercício do direito à greve. E, como tal, não deve ser admitido.

Como refere Teresa Coelho Moreira¹⁶⁸, é “fundamental que no futuro mundo digitalizado do trabalho, o princípio tuitivo, a função protecionista do Direito do trabalho, se mantenha eficaz”, e é nesse mesmo sentido que se enquadra a nossa proposta interpretativa.

¹⁶⁸ Moreira, 2020, p. 165.

Bibliografia

- ABRANTES, J.J. (2018). *Estudos de direito do trabalho*. Lisboa: AAFDL Editora.
- AGUILAR DEL CASTILLO, M.C. (2018). L'uso della tecnologia e il diritto di sciopero: realtà in conflitto. *Labor & Law Issues*, vol. 4, n.º 1, pp. 1-30.
- ALEMÁN PÁEZ, F. (2017). El derecho de desconexión digital – Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la “Loi Travail n.º 2016-1088”. *Trabajo y Derecho*, n.º 30, pp. 12-33. <https://bit.ly/3vpodTH>.
- AMARAL, D.F. (2019). *Manual de introdução ao direito – Volume II*. Coimbra: Almedina.
- ANDRADE, J.C.V. (2019). *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- ASCENSÃO, J.O. (1997). Interpretação das leis. Integração das lacunas. Aplicação do princípio da analogia. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III, pp. 913-941. <https://bit.ly/2O63qnW>.
- ASCENSÃO, J.O. (2006). *O direito – Introdução e teoria geral*, 13.ª Edição Refundida, Reimpressão da Edição de Março/2005. Coimbra: Almedina.
- BAYLOS GRAU, A.P. (2004). Sobre la pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y de la telecomunicación. A propósito de las consecuencias de la huelga general de 20 de junio de 2002. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 5, pp. 1-14.
- BOTELHO, C.S. (2010). Haja uma nova jurisdição constitucional: Pela introdução de um mecanismo de acesso directo dos particulares ao Tribunal Constitucional. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I-IV, pp. 591-623. <https://bit.ly/31vgXZv>.
- BRITO, P.M. (2020a). Artigo 120.º. In AA.VV. *Código do Trabalho anotado*, 13.ª Edição, pp. 309-317. Coimbra: Almedina.
- BRITO, P.M. (2020b). Artigo 118.º. In AA.VV. *Código do Trabalho anotado*, 13.ª Edição, pp. 302-307. Coimbra: Almedina.
- CANOTILHO, J.G. (2003). *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- CANOTILHO, J.G. & MOREIRA, V.M. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª Edição Revista. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, C.O. (1998). O exercício do *ius variandi* no âmbito das relações individuais de trabalho e a polivalência funcional. In M. A. Vaz & J. Azeredo Lopes (coords.). *Juris et de jure: Nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, pp. 1031-1063. Porto: Universidade Católica Portuguesa.
- CARVALHO, C.O. (2017). Titularidade do direito à greve, dever de paz social e exercício do direito à greve nas microempresas. In *Sindicatos e autonomia privada coletiva* CARVALHO, C.O. (2017). Titularidade do direito à greve, dever de paz social e exercício do direito à greve em microempresas. In F. Columbu & T.O. Massoni (coords.). *Sindicatos e autonomia privada coletiva – Perspetivas contemporâneas*, pp. 455-487. São Paulo: Almedina.
- CORDEIRO, A.M. (2005). Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. *Revista da Ordem dos Advogados*, pp. 327-385.

- CORDEIRO, A.M. (2018). *Direito do trabalho I – Direito europeu, dogmática geral, direito colectivo*. Coimbra: Almedina.
- CORDERO GORDILLO, V. (2019). La sustitución de los trabajadores huelguistas por medios tecnológicos. *Lex Social*, vol. 9, n.º 1, pp. 338-354. <https://bit.ly/2PdoVB3>.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. (2011). El derecho de huelga en el marco de la descentralización empresarial. Sentencias 75 y 76/2010, de 19 de octubre, y 98 a 112/2010, de 16 de noviembre de 2010 del Tribunal Constitucional. *Temas Laborales*, n.º 110, pp. 195-206.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. (2017). Derecho de huelga, “ius variandi” y esquirolaje tecnológico. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 139, pp. 217-228. <https://bit.ly/3frVcln>.
- EY-AM & A (2017). *Avanço da economia digital em Portugal*. S.l.: s.n. <https://bit.ly/32Rx0Bn>.
- FERNANDES, A.M. (1982). *Direito de greve – notas e comentários à lei n.º 65/77, de 26 de Agosto*. Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, A.M. (2013). *A lei e as greves – Comentários a dezasseis artigos do Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, A.M. (2020). *Direito do trabalho*, 20.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, F.X.L. (2018). *O trabalho e o tempo: Comentário ao Código do Trabalho*. Porto: Universidade do Porto – Reitoria.
- FERNANDES, F.X.L. (2010). *A obrigação de serviços mínimos como técnica de regulação da greve nos serviços essenciais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- FIDALGO, V.P. (2020). A greve. In P.R. Martinez e L.G. Silva (coords.). *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. 8, pp. 353-385. Coimbra: Almedina.
- GOMES, J.M.V. (2013). Da proibição de substituição de grevistas à luz do artigo 535.º do Código do Trabalho. *Revista Questões Laborais*, n.º 42 (especial fora da coleção da revista), pp. 61-86.
- GOMES, J.M.V. (2017). Algumas notas sobre o direito à greve e a sua evolução ao nível europeu. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 7, pp. 157-189.
- GOMES, J.M.V. (2020). Algumas reflexões sobre a noção de greve e os efeitos desta. *Prontuário de Direito do Trabalho*, vol. I, pp. 115-152.
- GRAU PINEDA, C. (2018). El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 206, pp. 99-124.
- JUSTO, A.S. (2019). *Introdução ao estudo do direito*, 10.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- LAMBELHO, A. (2018). A substituição de trabalhadores grevistas por robots. In *The balance between worker protection and employer powers: Insights from around the world*, pp. 543-566. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing.
- LEITÃO, L.M.T.M. (2019). *Direito do trabalho*, 6.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- LEITE, A.L. (2018). Nótulas sobre os tipos legais de crime previstos no Código do Trabalho. In C.O. Carvalho, C. Sousa Machado & R. Costa (coords.). *Desafios laborais: Estudos do Instituto do Conhecimento AB*, n.º 7, pp. 181-206. Coimbra: Almedina.

- LEITE, J. (1994). *Direito da greve – das lições ao 3.º ano da FDUC*, Edição de 1992/93. Coimbra: Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, Serviço de Textos.
- LEITE, J. (2004). *Direito do trabalho – Volume I*. Coimbra: Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, Serviços de Textos.
- MACHADO, J.B. (1994). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina.
- MALDONADO MONTOYA, J.P. (2017). Instrumentos tecnológicos y relaciones colectivas de trabajo. In C. San Martín Mazzucconi & M.R. Redinha (dir.). *Derechos fundamentales y tecnologías innovadoras – Actas del III Encuentro Internacional sobre Transformaciones del Derecho del Trabajo Ibérico*, pp. 59-67. Madrid: Servicio de Publicaciones Universidad Rey Juan Carlos.
- MARTINEZ MORENO, C. (2017). El ser o no ser de la huelga, el fútbol y el esquírolaje. A propósito de la STC 17/2017 de 2 febrero, caso Telemadrid. *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 9, pp. 894-902.
- MARTINEZ, P.R. (2019). *Direito do trabalho*, 9.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- MARTINEZ, P.R. (2020). Artigo 535.º. In AA.VV. *Código do Trabalho anotado*, 13.ª edição, pp. 1155-1158. Coimbra: Almedina.
- MARTINS, J.J.F.O. (2017). Juízes e greve – Um roteiro. *Julgar Online*, junho. <https://bit.ly/2O8HQiP>.
- MEDEIROS, R. (2017). Artigo 57.º. In J. Miranda & R. Medeiros. *Constituição Portuguesa anotada – Volume I*, 2.ª edição revista, pp. 815-822. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- MIÑARRO YANINI, M. (2018). Según el tribunal Constitucional “si es tecnológico, no es esquírolaje”: Retos del derecho de huelga en la sociedad del trabajo digitalizado y externalizado. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 428, pp. 211-220. <https://bit.ly/3gjKyoo>.
- MONTEIRO, A.P. (2003). *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Reimpressão da obra publicada em 1985. Coimbra: Almedina.
- MONTEIRO, L.M. (2020). Artigo 227.º. In AA.VV. *Código do Trabalho anotado*, 13.ª edição, pp. 575-577. Coimbra: Almedina.
- MOREIRA, A.J. (2019). A greve: questão eterna do direito do trabalho – Greve e abuso de direito. *Minerva: Revista de Estudos Laborais*, n.º 1, pp. 29-49.
- MOREIRA, T.C. (2019). Algumas questões sobre o direito à desconexão dos trabalhadores. *Minerva: Revista de Estudos Laborais*, n.º 2, pp. 129-166.
- MOREIRA, T.C. (2020). Algumas questões sobre trabalho 4.0. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região*, vol. 9, n.º 86, pp. 152-167.
- NEVES, A.C. (1993). *Metodologia jurídica – Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- NOVA SBE; CIP (2019). O futuro do trabalho em Portugal: O imperativo da requalificação. https://cip.org.pt/wp-content/uploads/2019/10/Relat%C3%B3rio-FoW_NSBE-CIP.pdf.

- ORTEGA LOZANO, P. G. & GUINDO MORALES, S. (2019). Derecho de huelga y nuevas tecnologías: A propósito del esquirolaje interno y tecnológico. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 225, pp. 77-114.
- PÉREZ REY, J. (2013). El esquirolaje tecnológico: Un importante cambio de rumbo de la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 5 de diciembre de 2012). *Revista de Derecho Social*, n.º 61, pp. 163-176.
- PÉREZ REY, J. (2012). Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general (a propósito de la STS de 11 de junio de 2012). *Revista de Derecho Social*, n.º 59, pp. 195-210.
- PINHO, P.M. (2020). A responsabilidade civil nas greves ilícitas. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 1-2, pp. 307-332.
- RAMALHO, M.R.P. (1994). *Lei da greve anotada*. Lisboa: Lex Editora.
- RAMALHO, M.R.P. (2019a). *Tratado de direito do trabalho, Parte II – Situações laborais individuais*, 7.ª Edição Revista e Atualizada. Coimbra: Almedina.
- RAMALHO, M.R.P. (2019b). *A economia digital e a negociação coletiva*. Lisboa: Ministério do Trabalho.
[https://www.crlaborais.pt/documents/10182/341209/Economia+Digital+e+a+Negocia%C3%A7%C3%A3o+Coletiva+\(ESTUDO\)/doffbafd-f9e4-42eb-aad7-7a3e21038486](https://www.crlaborais.pt/documents/10182/341209/Economia+Digital+e+a+Negocia%C3%A7%C3%A3o+Coletiva+(ESTUDO)/doffbafd-f9e4-42eb-aad7-7a3e21038486).
- RAMALHO, M.R.P. (2020). *Tratado de direito do trabalho, Parte III – Situações laborais coletivas*, 3.ª Edição Atualizada. Coimbra: Almedina.
- REDINHA, M.R.G. (2002). Utilização de novas tecnologias no local de trabalho – Algumas questões. In A. Moreira (coord.). *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, pp. 115-118. Coimbra: Almedina.
- RIBEIRO, A.T. (2015). A liberdade sindical na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. In *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, pp. 163-187. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J. (2019). La interpretación extensiva de la ley. *Derechos y Libertades*, n.º 40, pp. 67-108. <https://bit.ly/3n3JNdf>.
- ROTA, A. (2018). Il crumiraggio tecnologico: Una lettura comparata. *Labour & Law Issues*, vol. 4, n.º 1, pp. 33-58.
- SALA FRANCO, T. (2020). El esquirolaje tecnológico. In E.M. Bringsvaerd, X. Thibault Aranda & Á. Jurado Segovia (coords.). *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías – Estudios en homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25.º aniversario como catedrático de derecho del trabajo)*, pp. 887-897. Valencia: Tirant to Blanch.
- SALA FRANCO, T. & GARCÍA DE LA RIVA, I.L. (2013). *Los mecanismos empresariales de defensa frente una huelga*. Valencia: Tirant to Blanch.
- SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (2017). Poderes directivos y nuevas tecnologías. *Temas Laborales*, n.º 138, pp. 163-184.
- SOUSA, D.A. (2019). São os robots um mero instrumento de trabalho ou verdadeiros “trabalhadores”? *Revista de Direito do Trabalho – Edição Especial*, versão eletrónica, pp. RR-5.1-RR-5.7.

- SOUSA, M.R. & GALVÃO, S.S. (1998). *Introdução ao estudo do direito*, 4.^a Edição Revista e Aumentada. Mem Martins: Publicações Europa-América.
- SOUSA, M.T. (2012). *Introdução ao direito*. Coimbra: Almedina.
- SOUSA, R. (2021). A proibição de substituição de grevistas. *Revista Questões Laborais*, n.º 57, pp. 7-58.
- TALENS VISCONTI, E.E. (2013). Esquirolaje tecnológico: Interrogantes abiertos. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. 6, n.º 5, pp. 173-192.
- TASCÓN LOPEZ, R. (2018). *El esquirolaje tecnológico*. Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters.
- TASCÓN LOPEZ, R. (2020). Propuesta de regulación para el esquirolaje tecnológico en el contexto de una hipotética Ley Orgánica de Huelga. *Documentación Laboral*, n.º 121, pp. 91-103.
- TELLES, I. G. (1999). *Introdução ao estudo do direito*, vol. I, 11.^a Edição Refundida e Actualizada. Coimbra: Coimbra Editora.
- TODOLÍ SIGNES, A. (2015). El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga. In E. Borrajo Dacruz (dir.). *Controversias vivas del nuevo derecho del trabajo*. Madrid: Wolters Kluwer.
- TORRENTE GARI, S. (2000). El derecho de huelga y las innovaciones tecnológicas. *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 102, pp. 447-460.
- VALLE MUÑOZ, F.A. (2018). La sustitución tecnológica de trabajadores huelguistas. *Iuslabor. Revista d'Anàlisi de Dret de Treball*, n.º 3, pp. 187-215.
- VEGA RUIZ, M.L. (2019). Revolución digital, trabajo y derechos: El gran reto para el futuro del trabajo. *IusLabor. Revista d'Anàlisi de Dret de Treball*, n.º 2, pp. 155-171.
- VILLANUEVA TURNES, A. (2017). Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017, de 2 de febrero [BOE n.º 59, 10-III-2017] – Derecho a la huelga y los medios tecnológicos. *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 5, n.º 2, pp. 255-258.
- XAVIER, B.G.L. (1984). *Direito da greve*. Lisboa: Verbo.

Jurisprudência

Portugal

Tribunal Constitucional

- Ac. n.º 572/2008, de 26 de novembro, processo n.º 944/2007.
- Ac. n.º 289/92, de 19 de setembro, processo n.º 447/92.
- Ac. n.º 15/2005, de 18 de janeiro, processo n.º 862/2004.

Supremo Tribunal de Justiça

- Ac. de 30/11/2000, processo n.º 00So86, relator: Almeida Devesa.
- Ac. de 19/10/1994, processo n.º 003974, relator: Chichorro Rodrigues.
- Ac. de 10/07/2008, processo n.º 08B1480, relator: Santos Bernardino.

Tribunal da Relação

- Ac. do TRP, de 11/04/2018, processo n.º 431/17.7T8AGD.P1, relator: Teresa Sá Lopes.
- Ac. do TRP, de 05/03/2018, processo n.º 3461/16.2T8AVR.P1, relator: Paula Leal de Carvalho.
- Ac. do TRL, de 12/07/2007, processo n.º 7896/2007-4, relator: Duro Mateus Cardoso.

Procuradoria Geral da República

- Parecer n.º 30/2018, de 4 de janeiro de 2019, in Diário da República, 2.ª série – n.º 27 – 7 de fevereiro de 2019.
- Parecer n.º 6/2019, in Diário da República n.º 34/2019, 2.º suplemento, 2.ª série, série II de 18 de fevereiro de 2019.
- Parecer n.º P000011999, de 18 de janeiro de 1999.

Espanha

Tribunal Constitucional

- *STC* 17/2017, de 2 de fevereiro.
- *STC* 39/2016, de 3 de março.
- *STC* 241/2012, de 17 de dezembro.
- *STC* 33/2011, de 28 de março.
- *STC* 193/2006, de 19 de junho.
- *STC* 191/2006, de 19 de junho.
- *STC* 184/2006, de 19 de junho.

- *STC* 183/2006, de 19 de junho.
- *STC* 17/2003, de 30 de janeiro.
- *STC* 123/1992, de 28 de setembro.
- *STC* 11/1981, de 8 de abril.

Tribunal Supremo

- *STS* de 03/10/2018, n.º de recurso: 3365/2016.
- *STS* de 16/11/2016, n.º de recurso: 59/2006.
- *STS* de 18/03/2016, n.º de recurso: 78/2015.
- *STS* de 20/04/2015, n.º de recurso: 354/2014.
- *STS* de 11/02/2015, n.º de recurso: 95/2014.
- *STS* de 05/12/2012, n.º de recurso: 265/2011.
- *STS* de 11/06/2012, n.º de recurso: 110/2011.
- *STS* de 08/04/2010, n.º de recurso: 4151/2007.
- *STS* de 24/02/2010, n.º de recurso: 1425/2008.
- *STS* de 27/07/2009, n.º de recurso: 161/2007.
- *STS* de 24/07/2007, n.º de recurso: 4329/2003.
- *STS* de 15/04/2005, n.º de recurso: 133/2004.
- *STS* de 09/12/2003, n.º de recurso: 41/2003.
- *STS* de 04/07/2000, n.º de recurso: 75/2000.
- *STS* de 27/09/1999, n.º de recurso: 1825/1998.
- *STS* de 16/03/1998, n.º de recurso: 1884/1997.

Tribunal Superior de Justicia

- *STSJ País Vasco* de 22/02/2011, n.º de recurso: 13/2010.
- *STSJ Cataluña* de 09/01/2003, n.º de recurso: 1/2003.

**O assassinato de Qassem Soleimani e o Direito Internacional:
análise à luz da norma imperativa da proibição da ameaça ou
do uso da força**

Rita Isabel Maurício Preto

Sob a orientação do Professor
Doutor José Azeredo Lopes

Agradecimentos

Sendo a família um dos pilares do meu ser, tem de ser este o meu ponto de partida. À minha mãe, ao meu pai, à minha irmã: as mãos amparadoras com as quais sei que posso sempre contar. À minha tia e ao meu tio, meus confidentes, que me enchem de energia positiva. Aos meus padrinhos, que me deram o privilégio de integrar a sua família e ter, assim, duas casas. Aos meus avós, Mimia e Tózinho, Maria e João, – que fazem do longe perto – e que contribuíram para a pessoa que sou hoje, com todos os ensinamentos e histórias de experiências vividas. Ao meu querido avô Tó, tenho de deixar uma palavra especial. Não há maior orgulho para mim do que quando dizem que somos iguais. Eu sei que somos duas almas numa só. Obrigada por acreditares sempre em mim. Por veres algo em mim que só é perceptível aos teus olhos. Costumam dizer que ninguém é insubstituível. É mentira. Tu és insubstituível! E esta dissertação só existe graças a ti.

E porque família também é aquela que nós escolhemos, ao João, um apoio fundamental na minha vida. Obrigada por seres a minha âncora. Felizmente, tenho ainda outras âncoras na minha vida. Pessoas que estão comigo desde que me lembro de existir: meus amigos de sempre, espero continuar a partilhar convosco todos os sucessos pessoais e profissionais que vão surgindo.

De Coimbra, “na hora da despedida, levei comigo p’ra vida” pessoas que me fazem falta todos os dias. Levantaram-me nos momentos académicos mais dolorosos. Ao Ricardo, um agradecimento especial: é inestimável a tua preocupação constante. Da UCP, também levo p’ra vida amigos que não tinha expectativa de encontrar. Este mestrado adquiriu um lugar de destaque na minha vida, em grande parte, graças a vós.

Por fim, mas não menos importante, não posso deixar de referir dois professores excecionais, com os quais tive o prazer de me cruzar. Por todos os intervalos e pausas de quinze minutos que se transformaram em proveitosas conversas jurídicas e conselhos imprescindíveis, não poderia senão deixar-lhe um agradecimento, cara Professora Doutora Isabel Tavares – é um gosto poder aprender consigo! Ao meu orientador, Professor Doutor Azeredo Lopes, que permite com facilidade simplificar um agradecimento: obrigada por ser um verdadeiro mentor!

Resumo

A proibição da ameaça e do uso da força (art. 2.º, n.º 4 CNU) constitui uma sólida norma *jus cogens* de direito internacional geral, que há muito se encontra sob severo ataque, principalmente no que concerne às ocasiões tidas como suas exceções ao abrigo do art. 51.º CNU.

As tentativas de desconstruir este quadro normativo atingiram um novo e chocante limiar a 3 de janeiro de 2020, quando a Administração Trump tomou a decisão estratégica de recorrer preemptivamente à metodologia dos assassinatos seletivos, por meio de *drone*, para matar um membro do governo iraniano, Qassem Soleimani, no território do Iraque – uma ação inédita que surpreendentemente ficou marcada pelo silêncio da maioria dos Estados: aceitação ou objeção tácita? Falta de interesse ou receio e relutância?

Após vários esforços para justificarem a sua decisão – desde a iminência à doutrina da acumulação de eventos – os EUA caíram num vazio jurídico que levou a assunção do seu ataque como uma represália armada. Mas, nesta queda, foi acompanhado pelo Irão que optou por seguir o mesmo caminho. Nesta encruzilhada, o Iraque viu a sua soberania ser, por duas vezes, violada.

Ações retaliativas não se coadunam com o quadro do *jus ad bellum* em vigor, sendo este um caso que perfeitamente elucida como tentativas indiscriminadas de expansão do instituto de legítima defesa podem, em última instância, significar um abuso de poder estadual.

Palavras-chave: EUA; Irão; Qassem Soleimani; Iraque; uso da força; direito de legítima defesa; assassinatos seletivos; represálias armadas.

Abstract

Under General International Law, the prohibition of the use of force (Article 2(4) of the UN Charter) is a solid *jus cogens* norm that has been under severe attack for a long time, especially concerning the exceptions established under Article 51 of the UN Charter.

Attempts to change this legal framework reached a new and shocking threshold on January 3rd, 2020, when the Trump Administration undertook the strategic decision to kill a top member of the Iranian government, Qassem Soleimani, in the territory of Iraq, by means of a pre-emptive application of the targeted killings methodology through an armed drone. This represented an unprecedented action that was surprisingly met by the sound of the silence of most States: tacit acquiescence or objection? Lack of interest or fear and reluctance?

After several efforts to justify its decision, from imminence to the accumulation of events doctrine, the US fell into a legal void that resulted in its attack being regarded as an armed reprisal. However, Iran followed suit the U.S in this fall, with this crossroads meaning that Iraq would have its sovereignty violated, twice.

Retaliatory actions do not fit into the *jus ad bellum* framework, and this case perfectly shows how indiscriminate attempts of expansion of the right of self-defence can ultimately amount to an abuse of State power.

Keywords: U.S.A.; Iran, Qassem Soleimani; Iraq; use of force; right of self-defence; targeted killings; armed reprisals.

Advertência

Ao longo da presente dissertação, irão surgir vários termos jurídico-internacionais inerentemente interligados à temática nuclear – análise do assassinato de Qassem Soleimani à luz do regime do *jus ad bellum*, nomeadamente os arts. 2.º, n.º 4 e 51.º CNU – os quais merecem a seguinte nota de atenção: o direito de legítima defesa será tratado como uma exceção à proibição da ameaça e do uso da força, porquanto, embora seja debatível se se está perante uma exceção, limitação, consequência ou um regime autónomo à referida norma, esse diferendo extravasa o objeto da investigação em causa; o direito de legítima defesa é indissociável do conceito de ataque armado, o qual, contudo, não será escrutinado *per si*, logo, as controvérsias em redor da sua definição não vão ser detalhadas; o mesmo raciocínio deve aplicar-se ao conceito de agressão e, ainda, à definição de iminência – será apenas afluída no caso concreto, não se suscitando questões quanto ao seu alcance.

Adverte-se, ainda, para o facto de que vão ser utilizadas determinadas expressões – *red herring*, *proxy forces*, *proxy war*, *naked self-defence* – na versão inglesa, atenta a relevância da precisão das palavras na ciência do Direito, assim garantindo a não desvirtuação das mesmas. Por tal motivo, é conveniente compreender *à priori* o seu significado. *Red herring* é uma expressão que aponta para a transmissão de informações que apenas pretendem distrair e equivocar em relação ao tema principal alvo de análise. Já *proxy war* ocorre quando um Estado instiga ou desempenha um papel fulcral no desenvolvimento de um conflito armado, contudo, a sua intervenção ocorre indiretamente. Para conduzir operações subversivas em seu proveito, este Estado recorre a *proxy forces* – forças de substituição ou de procuração –, um elemento terceiro que atua sob a sua direção ou totalmente dependente dos seus apoios logísticos e financeiros.

Lista de siglas e abreviaturas

ADM	Armas de Destruição Massiva
AGNU	Assembleia Geral das Nações Unidas
Art(s).	Artigo(s)
Caso das Plataformas Petrolíferas	TIJ, caso das Plataformas Petrolíferas (República Islâmica do Irão c. Estados Unidos da América), Acórdão sobre a questão de fundo, 6 de novembro de 2003.
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.
CDI	Comissão de Direito Internacional
CENTCOM	<i>U.S. Central Command</i> /Comando Central dos EUA
CESeg2002	Conceito Estratégico de Segurança Nacional dos Estados Unidos de setembro de 2002
CNU	Carta das Nações Unidas
CS	Conselho de Segurança
CV	Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
DIH	Direito Internacional Humanitário
DoD	<i>Department of Defense</i> /Departamento de Defesa dos EUA
EEAS	<i>European Union External Action Service</i> /Serviço Europeu de Ação Externa
EM	Estados-Membros
EUA	Estados Unidos da América
FTO	<i>Foreign Terrorist Organization</i>
IISS	<i>International Institute for Strategic Studies</i> /Instituto Internacional de Estudos Estratégicos
INTERPOL	<i>International Criminal Police Organization</i> /Organização Internacional de Polícia Criminal
IRGC	<i>Islamic Revolutionary Guard Corps</i> /Guarda Revolucionária Islâmica – Força Al-Quds
JCPOA	<i>Joint Comprehensive Plan of Action</i> /Plano de Ação Conjunto Global
(O)NU	(Organização das) Nações Unidas
PARI	Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos

Relatório Callamard	Relatório da Relatora Especial em Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias, Agnes Callamard, apresentado ao Conselho dos Direitos Humanos em conformidade com a Resolução 35/15 do CS.
Relatório Heyns	Relatório do Relator Especial em Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias, Christof Heyns, apresentado em conformidade com a Resolução 67/168 da AGNU, 13 de setembro de 2013
TIJ	Tribunal Internacional de Justiça
EU	União Europeia
U/U	Teoria “Unwilling or Unable”
V.g.	<i>Verbi gratia</i>

Índice

Introdução	9
A ASCENSÃO E MORTE DE UM GENERAL	12
1. Um atrito em crescendo	12
1.1. A importância política de Soleimani	12
1.2. Um antagonismo irremediável	14
1.3. A Comunicação dos EUA ao CS	15
JUS AD BELLUM: NOVOS TIPOS DE LEGÍTIMA DEFESA?	18
A. Aplicação ao caso	21
1. Ação defensiva dos EUA travou ataques iminentes?	21
1.1. Legítima defesa preemptiva	22
2. Uma nova justificação	26
2.1. O requisito do ataque armado	27
2.2. Irão e <i>proxy forces</i> : controlo efetivo?	31
3. Iraque: o envolvimento de um Estado terceiro	34
4. A resposta iraniana	38
Conclusão	41
Bibliografia	43
Documentos Oficiais e Jurisprudência	45
Links relevantes	46
Anexos	47
a) Anexo 1: Declaração do DoD, 3 de janeiro de 2020	47
b) Anexo 2: Carta do Representante Permanente dos EUA às NU, Dirigida ao Presidente do CS, 8 de janeiro de 2020	48
c) Anexo 3: 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 (Excertos).	50

Introdução

Para “preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que por duas vezes (...) trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade”¹, um novo regime jurídico internacional emergiu. A adoção da CNU regulou o direito internacional relativo ao uso da força nas relações internacionais (*jus ad bellum*), cujo núcleo é tido como exemplo de uma norma *jus cogens*²: o art. 2.º, n.º 4³ é, por isso, uma disposição primordial⁴, embora não absoluta, porquanto o art. 51.⁵ CNU lhe impõe, sob certas circunstâncias, uma limitação⁶ temporária ao prever o direito de recorrer à força em legítima defesa⁷. De facto, quando se revele impreterivelmente necessário para repelir um ataque armado já desencadeado ou iminente, o *jus ad bellum* permite a ativação do instituto da legítima defesa, expirando a justificação⁸ perante a cessação da atividade armada contínua. Porém, o paradigma de que a exceção depende de um ataque armado em progresso ou iminente de um Estado contra outro Estado ficou abruptamente fragilizado aquando do ataque que garantiu um lugar histórico ao dia 11 de setembro de 2001.

O ataque de Al-Qaeda a Nova Iorque e Washington, aliado à ambiguidade e indefinição do conceito de direito de legítima defesa – que convida à interpretação⁹ –, proporcionou o surgimento de reivindicações expansionistas numa panóplia de cenários: o Presidente Bush iniciou uma campanha contra o terrorismo, erigida em torno da doutrina da preempção¹⁰, que subverteu a lógica de que o direito de legítima defesa depende de um ataque armado, e em torno do uso de força letal contra alvos individualizados – assassinatos seletivos –, nomeadamente, membros de Al-Qaeda e

¹ Preâmbulo da CNU.

² “Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza” (art. 53.º CV). Tal carácter imperativo encontra-se consubstanciado no Relatório da CDI (72.º Sessão, A/74/10, 16 de setembro de 2019, Capítulo V, normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*), Projeto de conclusões adotadas pela Comissão).

³ “Os membros deverão abster-se nas suas relações internacionais de recorrer à ameaça ou ao uso da força, quer seja contra a integridade territorial ou a independência política de um Estado, quer seja de qualquer outro modo incompatível com os objectivos das Nações Unidas”.

⁴ Schrijver, 2015, pp. 465-484.

⁵ “Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou colectiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança”.

⁶ Também o sistema de segurança coletiva constitui uma exceção ao art. 2.º, n.º 4: o CS, enquanto principal responsável pela manutenção da paz e segurança internacionais, pode autorizar o uso da força. Apesar de os Estados aceitarem que o CS aja em seu nome, é obrigatória a sua atuação voluntária nesse sentido, o que, na prática, torna inconsistente e ineficaz o sistema criado, daí o destaque adquirido pelo instituto da legítima defesa (Heinze & Neilsen, 2020, p. 178).

⁷ Chinkin & Kaldor, 2017, p. 129.

⁸ D’Amico, 2020, p. 6.

⁹ Boyle, 2014, p. 74.

¹⁰ Ao longo desta dissertação, o conceito “legítima defesa antecipatória” referir-se-á a um ataque iminente, ao invés da “legítima defesa preemptiva” que pressupõe ataques não iminentes (cf. p. 29).

de outros grupos terroristas que se encontravam em localizações remotas. No mesmo sentido, Barack Obama, salientando a inadequação do método *boots on the ground* para combater um inimigo irreverente e não convencional, reforçou o direito de eliminar alvos específicos em legítima defesa, em condições de iminência e de necessidade, fora do quadro das hostilidades¹¹.

Com efeito, a delineação de um caminho marcado pelo recurso à metodologia dos assassinatos seletivos e pela invocação do direito de legítima defesa preemptiva contra atores não estaduais, em detrimento do requisito da existência de um ataque armado, bastando a ameaça contra os interesses dos EUA, culminaria previsivelmente na criação de uma zona de anomia para a guerra contra o terrorismo, na qual o direito internacional, embora em vigência, se encontra despojado da sua força normativa, não oferecendo qualquer restrição à violência americana¹². A catalisação dessa zona irremediavelmente acentuou a tensão existente entre dois dos interesses essenciais de direito internacional, a proibição da ameaça e do uso da força e o direito de usar a força em legítima defesa¹³, atingindo, recentemente, uma fricção altamente perigosa com a execução de Soleimani.

A 3 de janeiro de 2020, Trump, numa ação defensiva decisiva para evitar ataques futuros por parte do Irão¹⁴, ordenou a eliminação de Qassem Soleimani – comandante da força de elite iraniana IRGC, integrada pelos EUA na lista das organizações terroristas ou que apoiam o terrorismo¹⁵ –, a qual ocorreu no Iraque num ataque perpetrado por *drones*. Num representativo desenvolvimento inverso e simétrico, os EUA demonstraram como a influência da campanha militar contra Al-Qaeda e o Estado Islâmico pode ser importada para o reino interestadual¹⁶: a eliminação de Soleimani assinala uma alteração substancial na política de defesa dos EUA com a migração da técnica dos assassinatos seletivos, invocada como meio de legítima defesa contra atores não estaduais, para o mundo dos atores estaduais¹⁷. É indesmentível que o general pertencia às altas patentes do governo do Irão¹⁸.

Embora os EUA defendam que lhes é inerente o direito de legítima defesa contra todos aqueles que designem como terroristas, para se afastar a hipótese de uma privação arbitrária do direito à vida¹⁹ é imperativo esclarecer: se Soleimani se encontrava operacionalmente envolvido no planeamento de ataques iminentes contra

¹¹ Dworkin, 2020, p. 1.

¹² Boyle, 2014, p. 70.

¹³ Catic, 2020, p. 10.

¹⁴ Anexo 1: Declaração do DoD, 2 de janeiro de 2020.

¹⁵ Azeredo Lopes, 2020, p. 137.

¹⁶ Dworkin, 2020, p. 1.

¹⁷ Goodman, 2020, p. 10.

¹⁸ Azeredo Lopes, 2020, p. 137.

¹⁹ Gurmendi, 2020, p. 1.

os EUA ou se, pelo contrário, a questão da iminência não passou de um *red herring*²⁰; se o Irão estava empenhado na prossecução desses ataques, tomando uma decisão final nesse sentido; se o uso da força contra Soleimani era a única opção para evitar os ataques; e, por último, se era imprescindível uma imiscuição não consentida no território do Iraque para cessar os ataques²¹.

Face ao exposto, e ainda que Trump tentasse justificar as ações decorridas como necessárias “para evitar uma guerra e não para começar uma guerra”²², esta lógica de dissuasão, que pretende influenciar *ex ante* as decisões de um Estado, pode culminar num efeito prático totalmente oposto, o que inevitavelmente sucedeu com o Irão a comprometer-se publicamente a vingar a morte do seu general²³.

²⁰ Haque, 2020, p. 1.

²¹ Milanovic, 2020, p. 6.

²² Donald Trump, Declarações sobre a morte de Qassem Soleimani, Mar-a-Lago, Florida, 3 de janeiro de 2020.

²³ Milanovic, 2020, p. 4.

A ASCENSÃO E MORTE DE UM GENERAL

“A cruel e terrível vingança vai começar”, foi o mote lançado pela IRGC²⁴, no rescaldo do dia 3 de janeiro de 2020 – marcado pela eliminação do seu comandante, Qassem Soleimani, pelas Forças Armadas dos EUA –, o qual se materializou no lançamento de mísseis contra duas bases americanas estabelecidas no Iraque²⁵ e no incumprimento dos limites de enriquecimento de urânio a que o Irão se vinculara, no JCPOA²⁶, acordo do qual os EUA já se haviam retirado em 2018²⁷.

O *drone* lançado pelos EUA atingiu dois veículos nas imediações do aeroporto de Bagdade, provocando a morte a mais nove militares, de entre eles, al-Muhandis, um dos principais responsáveis da coligação de grupos paramilitares pró-iranianos no Iraque, conhecida como Mobilização Popular²⁸, integrada pela milícia iraquiana, Kata’ib Hezbollah, criada e apoiada economicamente pelo Irão²⁹. Face à inexistência de qualquer justificação oficial relativa à morte de al-Muhandis, tende-se a conjecturar que ele não era o visado do ataque³⁰. Conscientes de que a sua morte era altamente provável, por que razão os EUA eliminariam, de acordo com o *jus ad bellum*, uma figura estadual iraniana, e inevitavelmente militares iraquianos, no Iraque?³¹ Na ausência de um qualquer consentimento prévio, o Iraque condenou veementemente o ataque.

1. Um atrito em crescendo

1.1 A importância política de Soleimani

Uma incontornável figura para o Irão e para a união das *proxy forces* na região do Médio Oriente, a população celebrou o momento em que Soleimani decidiu abandonar uma vida de bastidores a dirigir operações secretas, para se assumir como o mais poderoso líder político-militar do país. Embora idolatrado pelos iranianos³², a verdade é que nunca conseguiu conquistar a unanimidade internacional: para alguns,

²⁴ Soleimani, líder da força de elite iraniana Al-Quds, organização militar integrada nas Forças Armadas do Irão, era considerado um herói nacional e a segunda figura mais poderosa do Estado iraniano, mantendo, obviamente, uma estreita relação com o Líder Supremo do Irão e Chefe das Forças Armadas, Ayatollah Khamenei (BBC, 2020).

²⁵ Corn & VanLandingham, 2020, p. 1.

²⁶ Em 2015, o Irão aceitou assinar um acordo a longo prazo com os EUA, a China, o Reino Unido, França e Rússia (P5+1), o qual pretendia reduzir a atividade nuclear do Irão, altamente criticada pelos Estados vizinhos. Para Barack Obama, o JCPOA representou um avanço positivo no que respeita à segurança da comunidade internacional (D’Amico, 2020, p. 9).

²⁷ AJIL, 2020, p. 313.

²⁸ Azeredo Lopes, 2020, p. 137.

²⁹ Hathaway, 2019, p. 1.

³⁰ Callamard, 2020, p. 1.

³¹ Labuda, 2020, p. 2.

³² BBC, 2020.

o mais audaz e carismático comandante do povo iraniano; para outros, um terrorista responsável pelo assassinato de muitos americanos e civis locais.

Após o conflito entre o Iraque e o Irão, gradualmente foi reconhecida a indispensabilidade de Soleimani para a segurança e interesses nacionais, símbolo da sobrevivência do Estado iraniano³³. A posição geográfica do Irão e o seu talento político-militar para a delineação e condução de operações na região do Médio Oriente facilitou a disseminação dos ideais iranianos tanto que, segundo um estudo realizado pelo IISS, a influência da Arábia Saudita³⁴ foi ultrapassada, perturbando-se a hegemonia da aliança estabelecida entre os EUA e a Arábia Saudita e Israel³⁵.

Ao longo de quarenta anos, através de recrutamento, financiamento e armamento, o general foi edificando uma tentacular rede de atores não estaduais³⁶ – incorporada pelo Hezbollah; os Houthis, um grupo rebelde que levou a Arábia Saudita a declarar que os mesmos eram patrocinados pela Irão (ainda que sem evidências); os Xiitas, estabelecidos no Iraque, mas dependentes do Irão; e o Hamas e a Jihad Islâmica Palestina, ambos classificados como FTO pelos EUA³⁷ –, a qual foi crucial para exportar e expandir influências e ideologias por todo o Médio Oriente³⁸. Desde logo, em 2003, depois da remoção do regime de Saddam Hussein, as milícias impulsionaram Soleimani a tirar partido da inconstância que assolou a região para notavelmente se imiscuir na política do Iraque³⁹; mais tarde, em 2011, na Síria, foram a base estratégica do general, que disponibilizou soldados treinados pelo grupo Hezbollah⁴⁰, para combater os opositores do regime de Bashar al-Assad, tendo sido amplamente creditado pelo sucesso da missão.

Destarte, a sua intervenção nas maiores crises que assolaram o Médio Oriente fomentou os laços com uma rede de milícias geograficamente cada vez mais extensa, e permitiu ao Irão, que ansiava por erradicar a presença dos EUA, influenciar a estabilidade da região. O que se segue é um fado anunciado.

³³ Binkaya, 2020, p. 159.

³⁴ BBC, 2019.

³⁵ Binkaya, 2020, p. 160.

³⁶ BBC, 2019.

³⁷ Hathaway, 2019, pp. 1-2.

³⁸ BBC, 2019.

³⁹ Na ótica de John Bolton, após a saída de Saddam Hussein, a má gestão na edificação de um novo governo no Iraque, que foi governado por uma autoridade provisória, contribuiu para a proliferação da sua influência, bem como para a falta de uma pressão mais incisiva sobre o Irão (Mars, 2020).

⁴⁰ D'Amico, 2020, p. 8.

1.2 Um antagonismo irremediável

Desde o primeiro momento que a Administração Trump se centrou na campanha anti-Irão⁴¹, com John Bolton, Conselheiro de Segurança Nacional dos EUA, a defender uma política de pressão máxima contra o Irão e uma necessidade de mudança de regime⁴².

A tensão entre os Estados intensificou-se quando Trump tomou a decisão estratégica de abandonar o JCPOA, o qual beneficiava significativamente as condições económicas do Irão, avançando, em contrapartida, com a aplicação de sanções económicas, cujo objetivo se pautava por desencorajar qualquer tipo de investimento naquele país. Todavia, a política americana de máxima pressão atingiu outras proporções aquando da designação, em abril de 2019, da IRGC como uma FTO⁴³. O subsequente aviso iraniano de que os EUA poderiam, assim, colocar em causa a sua estabilidade e serenidade⁴⁴ na região do Médio Oriente foi o que premiu o gatilho.

Na esteira do sucedido, seguiram-se reivindicações de Bolton que ecoaram em declarações de outros membros da Administração⁴⁵, especialmente após a notícia de que Soleimani se havia reunido com milícias em Bagdade com vista a prepararem-se para a *proxy war*. Apesar da incerteza em redor desta afirmação, os EUA entenderam-na como uma ameaça, ordenando, por isso, a evacuação de membros da diplomacia americana do Iraque, bem como que as bases americanas estabelecidas no Iraque estivessem em alerta máximo. Considerando que Teerão consentiu que as *proxy forces* perseguissem cidadãos americanos, Bolton deixou de ter dúvidas quanto ao legítimo direito de agir militarmente contra o Irão, seja por ações próprias ou por ações de terceiros⁴⁶.

As divergências entre os Estados escalaram rapidamente, com os EUA a assegurarem que “foram alvos de uma série de ameaças crescentes e ataques armados por parte da República Islâmica do Irão”, designadamente, a destruição de um *drone* americano, em junho de 2019; e a ameaça a um navio militar americano, em julho, por

⁴¹ D’Amico, 2020, p. 10.

⁴² JN, 2019.

⁴³ “O Departamento de Estado reconhece uma realidade sem precedentes: que o Irão não é apenas um patrocinador do terrorismo, como também a IRGC participa ativamente, financia e promove o terrorismo enquanto ferramenta do Estado. A IRGC é o meio pelo qual o governo iraniano dirige e implementa a sua campanha terrorista global. Esta será a primeira vez que os EUA designam uma parte de outro governo como FTO, devendo sublinhar-se o facto de as ações do Irão serem substancialmente diferentes daquelas prosseguidas por outros governos. (...) Esta posição envia uma mensagem clara ao Teerão: apoiar o terrorismo tem consequências graves” (AJIL, 2020, p. 611).

⁴⁴ D’Amico, 2020, p. 11.

⁴⁵ O General McKenzie Jr., responsável pela CENTCOM, solicitou reforços adicionais “para enviar um sinal ao Teerão de que seria responsabilizado se as suas forças militares regulares, a IRGC ou as *proxy forces* iranianas, que operam no Iraque ou noutro qualquer lugar, tentassem agredir forças americanas” (Hathaway, 2019, p. 2).

⁴⁶ Hathaway, 2019, p. 3.

um *drone* iraniano⁴⁷. Nesta dinâmica, o ponto sem retorno foi atingido aquando dos ataques conduzidos pelo Kata'ib Hezbollah contra as bases iraquianas que acolhiam americanos, destacando-se o ataque de dezembro de 2019, que causou a morte de um americano e ferimentos graves a quatro militares americanos⁴⁸. Dois dias mais tarde, a 29 de dezembro, os EUA atingiram instalações utilizadas pela supramencionada milícia localizadas tanto no Iraque, como na Síria, causando vários mortos e feridos. Na sequência desta ação, vários apoiantes das milícias invadiram a embaixada dos EUA em Bagdade, incendiando edifícios até ao dia 1 de janeiro de 2020. Trump, no seu típico estilo belicoso⁴⁹, pronunciou-se – “O Irão será plenamente responsabilizado por todas as vidas perdidas e danos sofridos em qualquer uma das nossas instalações. E irá pagar um PREÇO MUITO ELEVADO! Isto não é um Aviso. É uma Ameaça. Feliz Ano Novo!”⁵⁰ –, e fez jus à sua palavra. De facto, o Irão pagou um preço elevadíssimo. Com apenas um golpe, os EUA expuseram o Irão como um Estado incapaz de proteger o seu líder político-militar mais poderoso⁵¹.

1.3 A Comunicação dos EUA ao CS

Para Washington, Soleimani carregava sangue americano nas suas mãos, apresentando-se como indispensável a decisão tomada pelo Presidente Trump⁵².

As declarações imediatamente posteriores ao ataque foram sobejamente fundamentadas numa perspetiva retaliativa, ao enfatizarem a responsabilidade do general e de todos aqueles ao seu serviço, pela morte de inúmeros americanos e pelos ataques a várias bases americanas, em especial, no Iraque⁵³, clarificando, assim, o seu móbil de evitar futuros ataques iranianos. Só ulteriormente é que esta lógica, muito próxima da retaliação, foi relegada⁵⁴ para segundo plano, verificando-se uma aproximação ao conceito de iminência⁵⁵: segundo os EUA, Soleimani estava –

⁴⁷ Anexo 2: Carta do Representante Permanente dos EUA às NU, dirigida ao Presidente do CS, 8 de janeiro de 2020, § 2.

⁴⁸ Donald Trump, Declarações sobre a morte de Qassem Soleimani, Mar-a-Lago, Florida, 3 de janeiro de 2020.

⁴⁹ Ferro, 2020, p. 3.

⁵⁰ “*Iran will be held fully responsible for lives lost, or damage incurred, at any of our facilities. They will pay a very BIG PRICE! This is not a Warning; it is a Threat. Happy New Year*”, Trump, D., Twitter, 31 de dezembro de 2019.

⁵¹ Binkaya, 2020, p. 162.

⁵² “O Presidente Trump tomou uma decisão séria que era necessária (...) [Qassem Soleimani] tinha sangue de centenas de vidas americanas nas suas mãos. Mas o que estava em causa eram as suas viagens pela região e os seus esforços em materializar um ataque significativo contra os americanos”, Michael Pompeo, Secretário de Estado dos EUA, Declaração de 3 de janeiro de 2020.

⁵³ Anexo 1: Declaração do DoD, 2 de janeiro de 2020.

⁵⁴ Callamard, 2020, p. 1.

⁵⁵ “Soleimani estava a planear ataques iminentes e terríveis contra diplomatas e militares americanos”, Donald Trump, Declarações sobre a morte de Qassem Soleimani, Mar-a-Lago, Florida, 3 de janeiro de 2020.

alegadamente – a dias, semanas, de lançar ataques contra quatro embaixadas norte-americanas, mais concretamente, contra a Embaixada em Bagdade.

Em sentido inverso, Esper, Secretário da Defesa dos EUA, declarou não ter provas ou que, perante a sua existência, não havia tido conhecimento do assunto, afirmando apenas que acreditava que aquelas instalações poderiam vir a ser atacadas⁵⁶. Quiçá, esta tenha sido a razão primordial para os EUA não informarem de imediato o CS, tal como dita o art. 51.º CNU⁵⁷. Repare-se que o direito de legítima defesa tem uma natureza transitória, resistindo tão-só até ao momento em que o CS assume as medidas necessárias (militares ou não militares) para garantir a paz e a segurança internacionais. Ademais, recai sobre todos os EM da ONU a obrigação de apresentarem relatórios ao CS para efeitos de transparência e de justificação perante a comunidade internacional face a uma ação que desestabiliza o princípio da soberania. Note-se, ainda, que a não apresentação de uma exposição escrita não torna ilegal uma ação legal desencadeada em legítima defesa⁵⁸; contudo, a sua ausência pode indiciar que o próprio Estado não está convencido quanto à aplicabilidade da norma⁵⁹.

Após várias alegações de que Soleimani conspirava ataques iminentes contra os militares, as embaixadas e interesses – um termo indefinido⁶⁰ – americanos, somente a 8 de janeiro de 2020 é que os EUA notificaram o CS, olvidando-se por completo de parafrasear a questão da legítima defesa antecipatória⁶¹, destacando, antes, que “as suas ações foram em resposta a uma série de ataques armados ocorridos nos últimos meses, perpetrados pela República Islâmica do Irão, bem como pelas suas milícias contra as forças e interesses dos EUA na região do Médio Oriente, sendo o seu grande objetivo dissuadir a República Islâmica do Irão de apoiar ou efetivar novos ataques contra os interesses dos EUA, assim como degradar as capacidades das milícias, apoiadas pela IRGC, em dirigir ataques”⁶².

A passagem supracitada reúne essencialmente os elementos invocados como bastantes pelos EUA para justificar o ataque. No entanto, as lacunas legais do seu relatório são intransponíveis. Os futuros ataques que os EUA tencionam deter são iminentes? O relatório nada diz. A ação militar dos EUA cumpriu com a necessidade e proporcionalidade inerentes à legítima defesa? O relatório nada diz. O uso da força no

⁵⁶ Azeredo Lopes, 2020, p. 139.

⁵⁷ “As medidas tomadas pelos membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer momento, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais”.

⁵⁸ Esclareceu o TIJ, no caso Nicarágua, que a falta de comunicação ao CS afeta negativamente a reivindicação de legítima defesa do Estado; não a invalida, contudo, enfraquece-a (§ 200).

⁵⁹ Relatório Heyns, 2013, § 93.

⁶⁰ Haque, 2020, p. 1.

⁶¹ Catic, 2020, p. 47.

⁶² Anexo 2: Carta do Representante Permanente dos EUA às NU, dirigida ao Presidente do CS, 8 de janeiro de 2020, § 1.

território do Iraque ocorreu em conformidade com o direito internacional?⁶³ O relatório nada diz.

A redação deste documento guiou-se pelas diretrizes adotadas pelos EUA aquando da legitimação de ataques levados a cabo contra atores não estaduais⁶⁴. No entanto, não pode deixar de se sublinhar que existem diferenças significativas entre a morte de Soleimani e as de Bin-Laden e Baghdadi: embora as suas ações tenham tido um potencial destrutivo semelhante, estes dois últimos eram, respetivamente, líderes de Al-Qaeda e do DAESH, enquanto Soleimani era um general legítimo de um Estado legítimo e soberano⁶⁵. Ao abrirem este precedente, os EUA deram mais um passo na assimilação cada vez mais intensa entre Estado e luta contra o terrorismo⁶⁶ numa fase particularmente crítica, marcada pelo contínuo aumento das ligações entre Estados e *proxy forces* no Médio Oriente⁶⁷.

Face ao exposto, é certo que a eliminação do general Soleimani representa um caso altamente complexo quando analisado do ponto de vista das obrigações internacionais que cabem aos Estados respeitar⁶⁸, particularmente quando tal significa provar que os EUA tinham o direito de usar a força em legítima defesa tanto contra o Irão, como contra o Iraque⁶⁹.

⁶³ Haque, 2020, p. 1.

⁶⁴ Dworkin, 2020, p. 3.

⁶⁵ Binkaya, 2020, p. 160.

⁶⁶ Azeredo Lopes, 2020, p. 136.

⁶⁷ Dworkin, 2020, p. 3.

⁶⁸ D'Amico, 2020, p. 16.

⁶⁹ Milanovic, 2020, p. 2.

JUS AD BELLUM: NOVOS TIPOS DE LEGÍTIMA DEFESA?

O direito é suscetível a mudanças, com o passado a predeterminar o futuro; com o futuro a procurar influenciar um ainda mais distante futuro. A lei apresenta-se, simultaneamente, como resiliente e maleável: como uma massa sólida quando se pretende fustigá-la, mas como um leve fluido quando suavemente se lhe toca. Tal sublime harmonia preconiza o direito positivo que marca as ordens jurídicas largamente baseadas em normas consuetudinárias como o direito internacional: enquanto uma violação de normas consuetudinárias espelha a resistência da lei à mudança, a prática estadual, metamórfica, encarna a sua flexibilidade. A conexão entre o ponto resiliência, típico do plano abstrato, e o ponto maleabilidade, que se concretiza em questões práticas, as demais das vezes, todavia, desarticula-se aquando deste intrigante fenómeno que é o instituto da legítima defesa, particularmente desde 2001⁷⁰.

Como discorrido, o direito de legítima defesa encontra-se codificado na CNU, contudo, não se esgota nessa consagração, na medida em que esta não o constitui na esfera dos Estados, antes resultando do direito internacional consuetudinário que em muito precede a sua redação. Tal como elucidado pelo TIJ no caso Nicarágua⁷¹, a CNU não visa abranger e regular todo o *jus ad bellum*, insistindo na sua coexistência com o direito consuetudinário, daí que certos aspetos do regime jurídico-internacional relativo ao uso da força só sejam tratados pelo costume internacional. Ora, é axiomática a relação entre os pressupostos da legítima defesa na CNU e no direito consuetudinário⁷²: os requisitos essenciais do ataque armado, da necessidade e da proporcionalidade são exigidos pelo direito internacional geral, enquanto a obrigação de reportar de imediato ao CS a ativação deste direito, bem como a avaliação da temporalidade da reação derivam da CNU⁷³.

Com efeito, à utilização correta deste instituto subjaz a interpretação e aplicação do art. 51.º, sem desprezar que esta disposição está exposta a um contínuo processo de mudança através da prática estadual⁷⁴. De facto, o pêndulo que paira sobre o *jus ad bellum* tem sistematicamente oscilado, por um lado, entre interpretações menos restritivas da legítima defesa, nomeadamente por parte da doutrina e da prática estadual e, por outro lado, entre posições mais tradicionais comprovadas na jurisprudência do TIJ. Não obstante a CNU e o direito consuetudinário pareçam resistir a alterações, não há dúvidas de que as perceções relativas ao direito de legítima defesa

⁷⁰ Kammerhofer, 2015, p. 628.

⁷¹ Anexo 3: Caso Nicarágua, §§ 176-177.

⁷² Azeredo Lopes, 2020, pp. 81-82.

⁷³ Distefano, 2014, p. 552.

⁷⁴ Gazzini, 2008, p. 26.

se encontram em transformação, sendo imperativo aprisioná-lo dentro de enquadráveis limites, por forma a obviar que o seu efeito concreto caia no vazio: como pode o direito ser resiliente face a circunstâncias, opiniões e práticas estaduais em contínua mutação⁷⁵? Será o objetivo dos Estados transformar, em concreto, uma posição jurídica ou, pelo contrário, apresentar apenas algo suficientemente plausível ao público-alvo, conscientes a priori de que a jurisprudência internacional evitará julgar o mérito de tais pretensões e de que os restantes Estados não levantarão objeções por o considerarem politicamente insensato⁷⁶?

1. O enredo do art. 51.º CNU

Nos termos do art. 51.º CNU – e com toda a cautela possível – pode afirmar-se que, até 2001, o instituto da legítima defesa tinha como objetivo primário pôr termo a um ataque armado estadual em curso, deduzindo-se, primeiro, que, perante uma mera ameaça de uso da força não é passível o recurso à legítima defesa; e também que o ataque armado teria de partir de um Estado – sujeito internacional cujo estatuto não é compartilhado com atores não estaduais, o que pressupõe que, para se ativar o dito instituto, ter-se-ia de estabelecer um vínculo entre um Estado e o ator não estadual que perpetrou o ataque⁷⁷. Esta continua a ser a visão do TIJ que, tanto no caso Nicarágua⁷⁸, como no caso das Plataformas Petrolíferas⁷⁹ reforçou o facto de o art. 51.º CNU se aplicar apenas perante ataques armados perpetrados por Estados.

Porém, o conceito de legítima defesa antecipatória, mais do que se basear no reconhecido art. 51.º CNU, deriva dos novos tipos de guerra e consequente desenvolvimento da política internacional, tendo paulatinamente conquistado o seu espaço no âmbito do *jus ad bellum*. Face ao exponencial aumento das ameaças terroristas, dependentes cada vez mais de ADM, seria quase perverso impedir um Estado de reagir vis-à-vis um ataque iminente de um agressor munido com aquelas específicas armas. Ademais, o fraco historial do CS a nível da prevenção de atos de agressão faz com que a proteção por si conferida não se assuma como a opção mais apelativa para os Estados, especialmente, quando confrontados com ataques iminentes portadores de consequências catastróficas. Por conseguinte, não surpreende que tal conceito seja amplamente aceite, mas, certamente, não universalmente⁸⁰.

⁷⁵ Kammerhofer, 2015, p. 628.

⁷⁶ Orakhelashvili, 2015, p. 169.

⁷⁷ Kammerhofer, 2015, p. 629.

⁷⁸ Anexo 3: Caso Nicarágua, § 195.

⁷⁹ “Os EUA têm de demonstrar que foram perpetrados ataques passíveis de serem imputados ao Irão; e que esses ataques atingiram o limiar de ataque armado na aceção do art. 51.º CNU e do direito consuetudinário relativo ao uso da força”, § 51.

⁸⁰ A rejeição da legítima defesa antecipatória subjaz a preocupação de que o art. 2.º, n.º 4 CNU fique à mercê de uma regra muito nebulosa, a qual pode desincentivar o recurso ao CS antes de as ameaças se

Não obstante, se a noção de legítima defesa antecipatória – em que o fator tempo é mais remoto do que na legítima defesa intercetiva, pois o ataque está na iminência de ser consumado – continua a ser alvo de controvérsia, mais fraturante é ainda o conceito de legítima defesa preemptiva⁸¹, que proficuamente facilita o desencadeamento dos princípios do *jus ad bellum* aquando do recurso a assassinatos seletivos por meio de *drones*, constituindo, portanto, um uso da força na aceção do art. 2.º, n.º 4 CNU⁸². No entanto, já no CESeg2000⁸³, os EUA insistiram numa reavaliação do conceito de legítima defesa preemptiva, porquanto, várias vezes, desempenham ações militares contra outro país para prevenir ou dissuadir um presumível ataque militar ou uso da força dessa nação contra si, mesmo que não existam quaisquer provas quanto ao planeamento de ataques. Recentemente, é um método por si recorrentemente utilizado contra atores não estaduais – pelo menos até janeiro de 2020 –, tendo em conta que organizações terroristas como o Hezbollah já provaram a sua capacidade para conduzir ataques armados contra Estados além-fronteiras. Estes ataques, cujo sucesso depende da sua imprevisibilidade, ocultação e dissimulação são de uma determinação temporal extremamente complexa, daí o recurso à força contra estes grupos antes de iniciado o ataque armado⁸⁴, numa tentativa de dissuasão.

O facto de os EUA insistirem na adoção de uma interpretação lata de legítima defesa é causa de temor para a comunidade internacional, principalmente porque isso significa um afrouxamento do requisito da necessidade⁸⁵. Longe de ser, face às categorias legais existentes, uma evolução ou adaptação imposta pela eclosão de novas formas de terrorismo⁸⁶, o carácter não defensivo, mas antes orientado para o futuro da

materializarem, fragilizando a importância máxima da proibição da ameaça e do uso da força (Deeks, 2015, p. 664).

⁸¹ Boyle, 2014, p. 62.

⁸² Martin, 2011, p. 224.

⁸³ “Temos de adaptar o conceito de ameaça iminente às capacidades e objetivos dos adversários atuais (...) Há muito que mantemos a opção de prosseguir com ações preemptivas para combater ameaças à nossa segurança nacional. Quanto maior a ameaça, maior o risco de inação – e mais pressionados estaremos, em concreto, para levar a cabo uma ação antecipatória para nos defendermos, ainda que permaneça a incerteza quanto ao momento e ao local do ataque do inimigo. Para deter ou prevenir tais atos hostis por parte dos nossos adversários, os EUA irão, se necessário, agir preemptivamente”, p. 15, in <https://history.defense.gov>.

⁸⁴ Deeks, 2015, p. 672.

⁸⁵ Tavares, 2015, pp. 313-314.

⁸⁶ Quanto à associação da legítima defesa à noção e prevenção do terrorismo internacional, procura justificar-se a antecipação do exercício de legítima defesa na medida em que, dadas as características particulares do terrorismo, o conceito de ameaça deve ser interpretado de uma forma mais ampla que permita a antecipação do momento em que deve considerar-se existir uma ameaça iminente (Tavares, 2015, p. 308).

doutrina da preempção, em última instância, pode significar uma apropriação egocêntrica e descontrolada do conceito⁸⁷ de legítima defesa⁸⁸.

A. Aplicação ao caso

1. Ação defensiva dos EUA travou ataques iminentes?

No dia 3 de janeiro de 2020, por ordem do Presidente, “as Forças Armadas dos EUA executaram (...) o maior terrorista do mundo, Qassem Soleimani, apanhado em flagrante a planejar ataques iminentes⁸⁹ contra os EUA”⁹⁰. A utilização inequívoca da expressão “em flagrante” fez crer que os EUA possuíam provas irrefutáveis de que estava prestes a suceder um ataque específico e identificável⁹¹. Uma mera ilusão.

Quando confrontado, o Secretário de Estado Mike Pompeo foi, involuntariamente, levantando o véu sobre estas incongruências ao afirmar publicamente que não se sabia, com precisão, quando ou onde os ataques se consumariam, somente que a ameaça era real⁹². Pressionado pela comunicação social, Pompeo foi lembrado de que essa não pode, nunca, ser a definição de um ataque iminente; ainda assim, manteve-se fiel à missão de validar a decisão do Presidente Trump: “quando o Presidente estabeleceu a Estratégia de Segurança Nacional há três anos, o pretendido era criar paz e estabilidade no Médio Oriente. E, um elemento-chave para alcançar esse objetivo passava por derrubar Qassem Soleimani, que se tem revelado uma força desmedidamente desestabilizadora na região há demasiado tempo”. A reação jornalística seria previsível: “isso significa que a justificação [para o seu assassinato] foi o facto de ser considerado uma força desestabilizadora na região há muito tempo ou, antes, de se estar perante uma ameaça iminente?”⁹³. Os esforços que Pompeo investiu na defesa da tese americana – um ataque não especificado e não identificável que ameaçava a vida de centenas de americanos, e no qual Soleimani estava diretamente envolvido – saíram frustrados.

⁸⁷ “O art. 51.º CNU esclarece que, face a um ataque armado, todos os Estados têm o direito inerente de legítima defesa. Porém, cada vez mais (...) argumentam os Estados que têm o direito e a obrigação de usar a força preventivamente tanto no território de outros Estados, bem como quando ainda está a ser desenvolvido o sistema de armamento que será usado no ataque futuro. (...) Esta lógica representa um desafio fundamental aos princípios sobre os quais, ainda que imperfeitamente, a paz e a estabilidade mundiais repousaram nos últimos 58 anos. A minha grande preocupação é a de que a adoção destas reivindicações origine precedentes que resultem na proliferação de um uso unilateral e ilegal da força, com ou sem justificação”, Kofi Annan, Declarações à AGNU relativas à adoção de uma política de preempção, passível de resultar na proliferação de um uso unilateral e ilegal da força, 23 de setembro de 2003.

⁸⁸ Gazzini, 2008, p. 30.

⁸⁹ “As *fake news* e os seus Parceiros Democratas encontram-se a trabalhar arduamente para determinar se o futuro ataque de Soleimani era ou não iminente (...). A resposta a ambos é um forte SIM, mas isso nem é verdadeiramente relevante dado o seu passado horrível”, Trump, D., Twitter, 13 de janeiro de 2020.

⁹⁰ Donald Trump, Declarações sobre a morte de Qassem Soleimani, Mar-a-Lago, Florida, 3 de janeiro de 2020.

⁹¹ Lubell, 2015, p. 702.

⁹² NPR, Welna, 2020.

⁹³ NBC News Meet The Press, 2020.

Com efeito, a ausência de detalhes acerca do referido ataque iminente, aliada, no rescaldo do ataque, às declarações do DoD⁹⁴, bem como, mais tarde, ao documento oficial enviado ao CS – silencioso quanto à suposta iminência⁹⁵ – denunciam uma crescente aproximação dos EUA às técnicas de dissuasão – e, por conseguinte, ao conceito de legítima defesa preemptiva – com o intuito de influenciar os decisores, no Irão, a desistirem de uma dada linha de ação⁹⁶, abandonando, assim, a narrativa original assente num ataque protegido pela legítima defesa antecipatória.

Sem embargo, ainda que se aceitasse a posição americana de dispensabilidade da demonstração da iminência temporal⁹⁷, tendo-se, portanto, por ataque iminente não aquele prestes a ser desencadeado, mas aquele que necessita imediatamente de uma ação defensiva para ser, com sucesso, repellido⁹⁸, não foi produzida qualquer prova que permitisse ver o Irão como uma ameaça iminente para os EUA. Ademais, não obstante a morte do general possa ter efetivamente tido um impacto operacional no planeamento de algum ataque iraniano, o seu papel passava pela delineação de estratégias político-militares e não pela sua execução. Logo, a sua morte não foi nem necessária, nem suficiente para perturbar a progressão operacional do (hipotético) ataque⁹⁹. Ora, concluindo-se que o requisito da iminência mais não foi que um *red herring*, a tese americana quebra definitivamente aquando da não verificação dos requisitos da necessidade¹⁰⁰ e da proporcionalidade, pois que a legítima defesa nunca se pode pautar pela retaliação ou punição. As ações decorrentes da legítima defesa, v.g., a utilização de *drones* como meio de assassinar seletivamente indivíduos no território de outro Estado, devem ter sempre como propósito repelir, de forma necessária e proporcional, um ataque armado¹⁰¹.

Em suma, tão-só a existência de um ataque armado iminente por parte do Irão poderia justificar o uso da força no Iraque¹⁰². Recaindo o ónus da prova sobre o Estado-autor, a ineficácia dos EUA em demonstrá-lo evidentemente sugere que qualquer justificação baseada na legítima defesa antecipatória é largamente infundada¹⁰³.

⁹⁴ Anexo 1: Declaração do DoD, 2 de janeiro de 2020.

⁹⁵ Cf. supra, pp. 21-23.

⁹⁶ Milanovic, 2020, p. 4.

⁹⁷ Azeredo Lopes, 2020, p. 110.

⁹⁸ Lubell, 2015, p. 700.

⁹⁹ Reilly, 2020.

¹⁰⁰ Milanovic, 2020, pp. 3-4.

¹⁰¹ Relatório Heyns, 2013, §86.

¹⁰² Haque, 2020, p. 2.

¹⁰³ Reilly, 2020.

1.1 Legítima defesa preemptiva

O conceito de iminência tem servido o propósito de satisfazer aqueles que, por um lado, consideram que limitar a legítima defesa a ataques iniciados se apresenta como demasiado restritivo; e que, por outro, classificam como demasiado permissiva a teoria da legítima defesa preemptiva. Ocupa, assim, um palatável meio-termo¹⁰⁴. Porém, os EUA, cuja percepção de segurança foi traumaticamente alterada com os ataques de 11 de setembro de 2001, e face à falência da posição que primeiramente defenderam, encetaram, mais uma vez, o debate em redor da possibilidade de usar a força em legítima defesa aquando de um ataque armado não iminente.

A legítima defesa preemptiva prega o recurso à força com o propósito de deter uma ameaça difusa, a qual futuramente se irá materializar, ainda que não existam detalhes nem quanto ao momento, nem quanto ao local da sua consumação, podendo estar, ou não, envolvidos atores estaduais¹⁰⁵. É uma invocação, sem prévia autorização internacional, a usar unilateralmente a força para impedir um ataque ainda nem operacional, nem diretamente ameaçador, mas que, se maturado, pode acarretar custos mais elevados e possivelmente inoportunos para a parte que contempla a ação preventiva¹⁰⁶. Neste caso, a percepção da ameaça, além de temporalmente mais remota, também repousa em indicadores vagos e subjetivos¹⁰⁷ – o Estado que receia o ataque estará apto a proceder a uma avaliação objetiva das circunstâncias ou, inversamente, acabará por agir prematuramente com base em medos, informações inviáveis ou, mais grave ainda, por má-fé¹⁰⁸? Está, por isso, a remeter-se a legítima defesa para critérios impossíveis de sindicar¹⁰⁹. Se a legítima defesa preemptiva fosse, nestes moldes, aceite, todos os Estados – inclusive aqueles com capacidades nucleares – poderiam invocá-la, caindo-se num espectro de instabilidade e incerteza: a quem caberia o direito de determinar a existência de uma potencial ameaça? Que proteção seria concedida, e por quem, contra pretensões abusivas de legítima defesa preemptiva¹¹⁰? Embora seja totalmente compreensível que a guerra contra o terror se destaque como pilar essencial da política de defesa dos Estados, especialmente dos EUA, diretamente atingidos por Al-Qaeda – distinta do ponto de vista dos objetivos, meios, financiamento e recrutamento de qualquer outra organização terrorista do passado¹¹¹ – um especial cuidado é premente face a tentativas desmedidas de tirar partido de todos os meios

¹⁰⁴ Milanovic, 2020, p. 2.

¹⁰⁵ Azeredo Lopes, 2020, p. 114.

¹⁰⁶ Tavares, 2015, p. 312.

¹⁰⁷ Distefano, 2014, p. 561.

¹⁰⁸ Chinkin & Kaldor, 2017, p. 148.

¹⁰⁹ Azeredo Lopes, 2020, p. 115.

¹¹⁰ Chinkin & Kaldor, 2017, p. 151.

¹¹¹ Azeredo Lopes, 2020, p. 127.

necessários para combater o terrorismo, com ou sem a autorização da ONU¹¹², principalmente quando isso se traduz em tentativas indiscriminadas de expansão do instituto de legítima defesa que podem, em última instância, significar um abuso de poder estadual: ato necessário ou um ato de represálias?¹¹³.

Note-se que, em 2003, a invasão do Iraque baseou-se na determinação subjetiva de que existia uma ameaça latente representada pelo seu líder à altura, Saddam Hussein, o qual potencialmente utilizava ADM ou procurava incessantemente desenvolver uma capacidade nuclear impossível de deter¹¹⁴. Neste sentido, o Presidente norte-americano concluiu que a futura ameaça representada pelo regime iraquiano era grave e de concretização provável, ainda que não iminente, sustentando, deste modo, num mero juízo de probabilidade – puramente subjetivo – a guerra com o Iraque. Pode, até, arguir-se que a perversidade de Saddam, mais cedo ou mais tarde, levaria à obtenção daquelas armas. No entanto, mesmo que se aceite este argumento como verdadeiro, o tempo que demoraria a adquiri-las tornava a probabilidade da ameaça ténue, não se justificando qualquer intervenção armada a título de legítima defesa, fosse ela preemptiva ou de outro tipo. Ademais, se havia dúvidas quanto à existência de armas no Iraque, essas dúvidas deveriam ter sido contabilizadas para aferir da iminência ou da probabilidade do ataque¹¹⁵. Estas variantes, agregadas a um final esclarecedor de que aquilo que se imputava ao Iraque – detenção de armas químicas e bacteriológicas – não se ancorava, de modo algum, na realidade, proporcionaram a consolidação da rejeição da legítima defesa preemptiva. Não enquadrável no direito internacional, um uso da força ocorrido nestes moldes será considerado categoricamente uma violação da norma *jus cogens* patente no art. 2.º, n.º 4 CNU e, eventualmente, um ato de agressão dirigido contra um ou mais Estados¹¹⁶. Esta posição foi reiterada por aliados muito próximos dos EUA, a Austrália e o Reino Unido, que não reconheceram a existência de tal direito no contexto iraquiano, depositando, antes, a sua confiança na autorização fornecida pelo CS¹¹⁷.

Apesar de rapidamente se aperceberem da sua precipitação, os EUA – enfatizando o anacronismo do *jus ad bellum* – reiteraram a possibilidade de recorrer à metodologia dos assassinatos seletivos à luz do direito de legítima defesa, o qual se pode efetivar preventivamente fora do quadro das hostilidades – visto que os meios e níveis

¹¹² Schrijver, 2015, p. 486.

¹¹³ Lieblich, 2019, p. 5.

¹¹⁴ Chinkin & Kaldor, 2017, p. 149.

¹¹⁵ Tavares, 2015, pp. 322-323.

¹¹⁶ Azeredo Lopes, 2020, pp. 116-117.

¹¹⁷ Boyle, 2014, p. 64.

de força exigidos não são suficientes para se atingir o patamar de conflito armado internacional¹¹⁸ – contra atores não estaduais.

Esta metodologia, *naked self-defence*, considerada fulcral para conter ataques terroristas¹¹⁹ (ou um imprudente contributo que favorece o surgimento de conflitos armados?), tornou-se uma prática típica americana enquanto técnica crucial de dissuasão. Uma técnica legal, segundo Harold Koh¹²⁰, visto que o uso da força aplicável continua sujeito aos requisitos da necessidade e da proporcionalidade¹²¹. No entanto, é evidente que os princípios subjacentes ao *jus ad bellum* não podem ser satisfeitos sob pretensões tão generalizadas de legítima defesa, porquanto, quando não é possível externalizar o motivo de os grupos visados representarem uma ameaça séria, tampouco identificar os ataques armados que justificam o apelo ao art. 51.º CNU como medida de *ultima ratio*, é indemonstrável que esse uso da força se limitou ao estritamente necessário. Do mesmo modo, é inviável avaliar a proporcionalidade do uso da força empregado sem a identificação dos danos que seriam causados por ataques específicos¹²². Daí que, tal como é minoritária a posição de que um Estado deve tão-só responder após iniciado um ataque armado, também o é a posição de que a legítima defesa preemptiva é legal.

Recentemente, a *naked self-defence* repercutiu-se na morte de Soleimani, a qual se assemelhou, em larga medida, aos assassinatos seletivos perpetrados pelos EUA aquando da eliminação de atores não estaduais envolvidos no planeamento e/ou condução de ataques terroristas¹²³. O próprio Pentágono, à época, fez referência, não a ataques, mas ao desenvolvimento ativo de planos de ataque¹²⁴, sem, contudo, entrar no âmbito da preempção. Quiçá, porque, ironicamente, os EUA sabiam que seria o desbravar de um caminho, cujo fim conduziria, inevitavelmente, à ilegalidade da sua conduta e consequente responsabilização internacional.

Após o inêxito da sua argumentação, assistindo-se, em contrapartida, a uma indesejável aproximação à legítima defesa preemptiva, os EUA, no relatório que apresentaram ao CS, estrategicamente optaram por não fazer qualquer menção nem a ataques iminentes¹²⁵, nem à doutrina da preempção. Procuraram, antes, desviar a atenção da comunidade internacional para uma nova justificação. Recebida *cun grano salis*.

¹¹⁸ Al-Hihi, 2020, p. 365.

¹¹⁹ Martin, 2011, p. 244.

¹²⁰ Assessor Jurídico do Departamento de Estado durante a Administração Obama.

¹²¹ Al-Hihi, 2020, p. 366.

¹²² Craig, 2011, p. 247.

¹²³ Dworkin, 2020, p. 2.

¹²⁴ Goodman, 2020, p. 2.

¹²⁵ Reilly, 2020.

2. Uma nova justificação

Numa reviravolta abrupta, a 14 de fevereiro, a Administração Trump explicitou que empreendeu ações militares contra o Irão e milícias associadas, no exercício do seu direito de legítima defesa, não só para se defender de futuros ataques armados, como também em resposta aos vários ataques que precederam o dia 3 de janeiro de 2020¹²⁶, redirecionando, desta forma, a sua argumentação para a doutrina da acumulação de eventos, a qual pressupõe que se avalie o comportamento do Estado agressor, não apenas à luz do(s) comportamento(s) que, num dado momento, desencadeiam a resposta armada do Estado que invoca legítima defesa, mas tomando em consideração outros comportamentos passados. Um comportamento, aqui, é parte de um todo¹²⁷, isto é, de uma panóplia de incidentes armados de escala relativamente reduzida, que são conduzidos pelo mesmo autor e que se encontram razoavelmente ligados geográfica e temporalmente entre si¹²⁸. Enquanto cada ataque isolado infringe o art. 2.º, n.º 4¹²⁹ CNU, só a sua junção poderá corresponder a um de ataque armado¹³⁰.

A doutrina da acumulação de eventos não foi bem recebida pelo CS. Todavia, o aumento das ameaças terroristas levou a uma aceitação paulatina do conceito¹³¹, sendo que, ainda que sem referência expressa, o TIJ, no Caso Nicarágua, estatuiu que uma série de incursões podem, individual ou coletivamente, ascender a um ataque armado¹³². Mais tarde, no Caso das Plataformas Petrolíferas, também se defendeu que ataques menores cumulativamente considerados podem ser classificados como ataque armado¹³³, sendo que, *in casu*, o ónus da prova – de que os acontecimentos, conjuntamente, atingiram o limiar de gravidade exigível para se tratar de um ataque armado – competiria aos EUA¹³⁴. Tais passagens jurisprudenciais estão alinhadas com a formulação do art. 15.º PARI: o ato composto¹³⁵, o qual, desconstruindo-se, respeita

¹²⁶ Haque, 2020, p. 1.

¹²⁷ Azeredo Lopes, 2020, pp. 90-91.

¹²⁸ Gill, 2015, p. 741.

¹²⁹ Os arts. 2.º, n.º 4, e 51.º CNU não se automaticamente correlacionam, logo, não é todo e qualquer incidente que permite a invocação do instituto da legítima defesa individual. A exclusão de violência de escala reduzida do conceito de ataque armado visa evitar o recurso indiscriminado ao referido instituto para, assim, não serem potenciadas situações bélicas. Porém, tem vindo a ser argumentado que esta linha de pensamento é conceptualmente confusa e inconsistente com a prática estadual (Chinkin & Kaldor, 2017, p. 137). Não obstante, não se deve olvidar que um Estado não fica indefeso quando não é atingido o patamar do ataque armado, encontrando-se protegido pelo sistema de segurança coletiva (Azeredo Lopes, 2020, p. 83).

¹³⁰ Distefano, 2014, p. 551.

¹³¹ Kretzmer, 2013, p. 244.

¹³² Anexo 3: Caso Nicarágua, §231.

¹³³ “(...) a cumulative series of minor attacks may constitute an armed attack (...) even taken cumulatively (...) these incidents do not seem to the Court to constitute an armed attack on the United States (...)”, §§ 62-64.

¹³⁴ Talmon & Heipertz, 2020, p. 7.

¹³⁵ “A violação, por um Estado, de uma obrigação internacional por meio de uma série de ações ou de omissões, que agregadas são tidas como ilícitas, ocorre quando essas ações ou omissões, consideradas em conjunto, constituem um ato ilícito – 15.º(1); neste caso, a infração irá respeitar ao período que abrange a

a múltiplos atos ou omissões que, quando agregados, são tidos como ilícitos por se encontrarem estreitamente relacionados entre si seja pela sua intenção, planos, políticas ou, até, pela sua premeditação¹³⁶.

Sendo o ataque armado um requisito nuclear da composição do direito de legítima defesa, é imperativo averiguar se as ações americanas responderam, efetivamente, “a uma série de ataques armados (...) perpetrados pela República Islâmica do Irão”¹³⁷, dado que a ausência de um ataque armado é um forte indicador de que se entrou na esfera das represálias armadas¹³⁸. Note-se que, a linguagem acima utilizada afasta-se da doutrina da acumulação de eventos, apresentando traços da teoria dos ataques “picada de alfinete”, segundo a qual cada uma das ações ilícitas imputadas a um Estado pode ser qualificada como ataque armado, reagindo o Estado vítima apenas no fim deste conjunto de comportamentos que não precisam de ser necessariamente similares, permitindo, assim, uma resposta em legítima defesa muito mais extensiva. Porém, é difícil equacionar, *in casu*, a legitimidade de uma resposta a uma sucessão de ataques armados – a forma mais grave de uso da força –, todos da autoria de um Estado, todos dirigido contra outro Estado, sem que este reaja, esperando pelo momento em pode adotar uma reação mais eficaz para repelir um futuro ataque¹³⁹, principalmente pela dificuldade em avaliar – como se constatará infra – todas as incursões referidas na Carta dos EUA como ataques armados perpetrados pelo Irão.

2.1 O requisito do ataque armado

De acordo com o direito internacional geral, a existência de um ataque armado constitui *conditio sine qua non* do direito de legítima defesa¹⁴⁰. Tal deve-se ao facto de se estar perante um direito “de emergência” com o específico propósito de repelir um ataque armado em curso ou uma ameaça iminente equiparável a um ataque armado. Por isso é que a sua inexistência despe de sentido a invocação do art. 51.º CNU, avançando-se, inversamente, para o campo das medidas retaliatórias, que visam punir um erro que foi cometido. Da mesma forma, protelar temporalmente a resposta que visa erradicar o ataque armado indicia um espírito retaliatório e não defensivo¹⁴¹.

primeira das ações ou omissões em série, vigorando enquanto essas ações ou omissões se repetirem em desconformidade com a obrigação internacional – 15.º(2)”.
¹³⁶ Distefano, 2014, p. 551.

¹³⁷ Anexo 2: Carta do Representante Permanente dos EUA às NU, dirigida ao Presidente do CS, 8 de janeiro de 2020, § 1.

¹³⁸ Kretzmer, 2013, p. 253.

¹³⁹ Azeredo Lopes, 2020, pp. 93-94.

¹⁴⁰ Distefano, 2014, p. 553.

¹⁴¹ Gill, 2015, p. 745.

Incidentes pontuais de pequena escala que, agregados, formam um ataque armado, normalmente, não exigem uma ação em legítima defesa que se prolongue para lá do necessário para repelir o ataque, tratando-se aqui de uma questão de curta duração. Ou seja, o direito de legítima defesa mantém-se operacional até ao momento em que deixa de subsistir a necessidade de afastar um ataque armado em curso ou de evitar a consumação de um ataque iminente¹⁴², situações que levam a que o relógio legal se reinicie. Por conseguinte, no caso concreto, somente uma evidência clara de que houve um ataque armado em curso ou iminente por parte do Irão poderia justificar o uso da força no território do Iraque¹⁴³.

No que respeita à primeira matéria, é de salientar que a Carta submetida à apreciação do CS não descreve sequer um ataque armado¹⁴⁴. Ora, o primeiro incidente registado – destruição de um *drone* americano que monitorizava o Estreito de Ormuz, em junho de 2019, por um míssil iraniano – não consubstanciou um ataque armado¹⁴⁵; porém, ainda que assim fosse, o ataque foi indubitavelmente concluído muito antes de janeiro de 2020, não existindo razão bastante para sustentar a legalidade do direito de legítima defesa por falta de necessidade. No mês seguinte, a ameaça representada por um *drone* iraniano que sobrevoava muito próximo de um navio americano não passou precisamente disso, de uma ameaça¹⁴⁶, a qual não se encontra abrangida pelo art. 51.º CNU, a não ser que personificasse, com um elevado grau de certeza, um ataque iminente. Portanto, para além dos acontecimentos precedentes não alcançarem o limiar exigível aquando da constituição de um ataque armado, as restantes alegações americanas incidiram em ataques que não foram contra si dirigidos, mas antes contra a Arábia Saudita¹⁴⁷, um aliado dos EUA que, contudo, nunca pediu auxílio contra o Irão, sendo, mais uma vez, os seus próprios aliados a corromperem o seu alegado direito de legítima defesa¹⁴⁸; como também nos episódios que marcaram os dias 27 e 31 de dezembro de 2019¹⁴⁹, os quais, ainda que ascendam ao patamar de ataque armado, não são passíveis de serem atribuídos ao Irão¹⁵⁰. Face ao exposto, mesmo que se proceda a uma apreciação conjunta destas ações várias, a doutrina da acumulação de eventos não é suficiente para afirmar que se consumou um ataque armado, já que os vários

¹⁴² Gill, 2015, p. 745.

¹⁴³ Haque, 2020, p. 2.

¹⁴⁴ Afasta-se, assim, a teoria dos ataques “picada de alfinetes”, pois, mesmo que se considere que ocorreram “discretos” ataques armados, em janeiro de 2020 esses estavam concluídos.

¹⁴⁵ O TIJ, no Caso Nicarágua, estabeleceu que “é necessário distinguir as formas mais graves de uso da força (aquelas que vão constituir um ataque armado) de outras formas menos graves”, § 191.

¹⁴⁶ Na realidade, esta “aproximação ameaçadora” do *drone* iraniano levou os EUA a abaterem-no, como medida defensiva necessária para proteger o navio e respetiva tripulação (LaGrone, 2019).

¹⁴⁷ Anexo 2: Carta do Representante Permanente dos EUA às NU, dirigida ao Presidente do CS, 8 de janeiro de 2020, § 2 *in fine*.

¹⁴⁸ Relatório Callamard, 2020, §§ 57-59.

¹⁴⁹ Cf. *infra*, ponto 2.3.2.

¹⁵⁰ Haque, 2020, p. 3.

incidentes não aparentam qualquer ligação entre si, seja a nível temporal, seja dos alvos a abater, não existindo igualmente um aumento progressivo da sua gravidade¹⁵¹. Sem surpresa, os EUA posicionaram-se no extremo oposto, validando todo e qualquer uso da força armada como um ataque armado. Ora, se, v.g., um disparo contra um *drone* (que o Irão alega ter atravessado ilegalmente para o seu espaço aéreo) pudesse desencadear o direito de legítima defesa dos EUA, um incidente de escala bastante reduzida seria o suficiente para justificar ataques destrutivos e mortais¹⁵² – uma posição cabalmente inaceitável que corromperia tanto as razões, como os objetivos que culminaram na consagração do *jus ad bellum* na CNU. Sem embargo, mesmo que num cenário muito infausto se aceitasse esta linha de pensamento, concluindo-se pela existência de um ataque armado, é a própria carta enviada pelos EUA ao CS que indica que as suas ações foram “em resposta a”¹⁵³, o que sugere que os vários incidentes nela descritos já haviam definitivamente terminado quando Soleimani foi assassinado¹⁵⁴. Ora, ainda assim, como alguma doutrina salientou, a aplicação da teoria da acumulação de eventos não poderia ser chamada à colação, visto que não foram fornecidas provas de uma ligação entre as referidas incursões, e que os EUA já haviam respondido militarmente no dia 29 de dezembro de 2019¹⁵⁵. Isto significa que o relógio legal se reiniciou.

Já no que concerne à segunda questão, em momento algum os EUA declararam que se estavam a defender de um ataque iminente¹⁵⁶. A propósito, logo no dia 13 de janeiro de 2020, o procurador-geral dos EUA, William Barr, declarou publicamente que, quando se presencia uma situação pautada por ataques constantes, que visam repetidamente alvos americanos, não faz francamente sentido exigir informações à priori acerca do local e da hora exata do próximo ataque¹⁵⁷. O mesmo entendimento foi corroborado pelo Conselheiro Geral do DoD, Paul C. Ney, ao proferir que, perante uma série de incursões por parte do Irão, um ataque iminente não é condição necessária para se recorrer à força em legítima defesa, pois é esperado que um novo ataque se concretize; daí que seja mais adequado tratar o ataque como esperado, ao invés de iminente¹⁵⁸. Esta construção de Ney, todavia, dissolve-se facilmente sob o mais leve

¹⁵¹ Relatório Callamard, 2020, § 57.

¹⁵² Haque, 2020, p. 3.

¹⁵³ Anexo 2: Carta do Representante Permanente dos EUA às NU, dirigida ao Presidente do CS, 8 de janeiro de 2020, § 1.

¹⁵⁴ Haque, 2020, p. 2.

¹⁵⁵ Ferro, 2020, p. 7.

¹⁵⁶ Relatório Callamard, 2020, § 61.

¹⁵⁷ “I think when you're dealing with a situation where you already have attacks underway, you have a campaign that involves repeated attacks on American targets, I don't think there's a requirement, frankly, for, you know, knowing the exact time and place of the next attack”, Talmon & Heipertz, 2020, p. 8.

¹⁵⁸ “[u]nder international law, an imminent attack is not a necessary condition for resort to force in self-defence in this circumstance because armed attacks by Iran already had occurred and were expected to occur again”, Haque, 2020, p. 1.

escrutínio crítico: se o art. 51.º CNU não permite o direito de legítima defesa preemptiva contra um esperado primeiro ataque, com que intuito iria abranger a legítima defesa preemptiva contra mais um ataque – no âmbito da doutrina da acumulação de eventos – que é esperado, mas não iminente?¹⁵⁹ Com efeito, ainda que os EUA possuísem provas relativas à iminência de um ataque que apenas poderia ser travado com a eliminação do general Soleimani, as suas inúmeras declarações públicas divergentes tornam esta possibilidade muito remota, aparentando o art. 51.º CNU ser a mais conveniente desculpa para ocultar os caprichos de um Estado¹⁶⁰.

Em suma, face a ausência tanto de um ataque armado como de uma ameaça iminente, não existia nada contra o qual os EUA se pudessem legalmente defender. Por isso, dever-se-ia, antes, ter recorrido ao CS para este autorizar um subsequente uso da força para manter ou restaurar a paz e segurança internacionais, ao invés de uma decisão unilateral que excedeu a necessidade emanada do direito de legítima defesa, aproximando-se de uma vingança¹⁶¹. Neste âmbito, é interessante, aliás, ressaltar que foi muito reduzido o número de Estados que anuiu a legalidade dos acontecimentos¹⁶², sendo que a maioria se revelou relutante em expressar uma opinião, optando pela neutralidade¹⁶³. Uma das razões para a instalação deste panorama geral está possivelmente relacionada com o facto de os EUA serem o país mais poderoso do mundo, com o seu poder económico a sobrepor-se ao mundo jurídico. A Administração Trump, embora não ignorasse o direito internacional, já diversas vezes comunicou que, todavia, não o tem em devida consideração, tão-só atuando numa linha de conformidade quando tem razões independentes para o fazer. A realidade é que, de facto, um Estado poderoso pode violar o direito internacional sem sofrer consequências¹⁶⁴, devido à ausência de um sistema jurídico internacional suficientemente robusto para impelir os Estados poderosos a obedecer às suas regras e interpretações jurídicas¹⁶⁵. E daí a neutralidade demonstrada, pois as relações com os EUA pretendem-se estáveis. Note-se ainda que, neste contexto, não deixa de ser curioso

¹⁵⁹ Id., p. 2.

¹⁶⁰ Relatório Callamard, §64.

¹⁶¹ Corn & VanLandingham, 2020, p. 3.

¹⁶² De modo expectável, Israel, que defende a doutrina da preempção (Boyle, 2014, p. 65), manteve-se ao lado de um dos seus maiores aliados, com o Primeiro-Ministro a esclarecer que “durante décadas, [Qassem Soleimani] semeou medo, miséria e angústia, e estava a planejar algo muito pior. Assim, o Presidente Trump deve ser felicitado por ter atuado rápida, corajosa e resolutamente contra este terrorista, arquiteto da campanha de carnificina e terror do Irão em todo o Médio Oriente e resto do mundo”, Anssari & Nußberger, 2020, p. 24.

¹⁶³ “O atual ciclo de violência no Iraque tem de ser travado antes que se torne incontrollável (...). Mais diálogo e esforços para se alcançar a compreensão mútua são necessários (...). A UE está pronta para continuar o seu compromisso com todas as partes, a fim de contribuir para o alívio das tensões e, assim, inverter a dinâmica do conflito”, Declaração do Alto Representante do EEAS, Joseph Borrell, sobre os recentes desenvolvimentos no Iraque, 3 de janeiro de 2020.

¹⁶⁴ Hakimi, 2020, pp. 1283-1295.

¹⁶⁵ Boyle, 2014, p. 72.

que o serviço de investigação parlamentar alemão tenha decidido pela ilegalidade do ataque – “em relação ao ataque dos EUA de 3 de janeiro, pode fortemente duvidar-se da existência de uma situação que permita a invocação do direito de legítima defesa na aceção do art. 51.º CNU (...). A Administração dos EUA não demonstrou substancialmente condições prévias para um exercício legal da legítima defesa”¹⁶⁶ –, mas que, em sentido oposto, o país tenha optado por se pautar oficialmente por declarações com laivos de compreensão face ao sucedido¹⁶⁷.

2.2 Irão e proxy forces: controlo efetivo?

Prima facie, os Estados não podem travar uma “guerra” contra atores não estaduais¹⁶⁸. Contudo, deixou-se aberta uma janela entre os arts. 2.º, n.º 4, e 51.º CNU: enquanto o primeiro aborda claramente uma proibição dirigida aos sujeitos internacionais, este último apenas trata do ataque armado sofrido pelo Estado, sendo omissos quanto ao(s) autor(es) e, por conseguinte, quanto à necessidade de imputar a responsabilidade do ataque a um Estado como requisito prévio de exercício da legítima defesa¹⁶⁹. Iniciou-se, deste modo, um aceso debate relativo ao direito de o Estado vítima, invocando o art. 51.º CNU, atuar em legítima defesa não contra um Estado (ou não só contra um Estado), mas contra um ator não estadual¹⁷⁰.

Embora, desde 2001, os EUA aleguem a existência de um direito de legítima defesa contra ataques armados cometidos por atores não estaduais¹⁷¹, compete, desde logo, esclarecer que uma interpretação tão abrangente corromperia a natureza do art. 51.º CNU, já que ampliaria o seu âmbito de aplicação – contra a organização terrorista, em primeiro lugar; e contra o Estado que deu abrigo ou apoiou essa organização, em segundo lugar –, contrariando o seu propósito de exceção ao art. 2.º, n.º 4 CNU¹⁷², o que é ainda agravado pelo facto de a jurisprudência internacional já ter esclarecido que o ato de dar guarida a atores não estaduais não constitui parâmetro suficiente para se

¹⁶⁶ Anssari & Nußberger, 2020, p. 44.

¹⁶⁷ “Condenamos os recentes ataques às forças de coligação no Iraque, estando verdadeiramente preocupados com o papel negativo que o Irão tem desempenhado na região, através do IRGC e da força Al-Quds sob o comando do General Soleimani. (...) Apelamos especificamente ao Irão para que se abstenha de novas ações violentas”, Declaração conjunta do Presidente Macron, da Chanceler Merkel e do Primeiro-Ministro Boris Johnson, 6 de janeiro de 2020.

¹⁶⁸ É, ainda, notável a parte doutrinária que mantém a opinião de que o art. 51.º prevê somente ataques armados perpetrados por Estados, sustentando a sua posição no facto de o art. 2.º, n.º 4 CNU se referir especificamente ao uso da força estadual contra a integridade territorial ou a independência política de outro Estado, assumindo-se que o art. 51.º CNU, como uma exceção à plasmada proibição, só pode compreender esse uso da força estadual (Kreztmer, 2013, p. 246).

¹⁶⁹ Lieblich, 2019, p. 6.

¹⁷⁰ Azeredo Lopes, 2020, p. 127.

¹⁷¹ Chinkin & Kaldor, 2017, p. 160. Saliente-se, ainda, que o TIJ nunca se debruçou sobre esta questão, não existindo quaisquer delimitações jurisprudenciais no que concerne às circunstâncias em que um Estado tem o direito de recorrer à força em legítima defesa apenas contra atores não estaduais (Trapp, 2015, p. 686).

¹⁷² Azeredo Lopes, 2020, p. 131.

entrar na esfera desse instituto defensivo¹⁷³. Ora, sendo este quadro legal totalmente erigido em torno de uma premissa que visa conter o desenvolvimento de conflitos armados, é compreensível que se entre num campo superlativamente exigente, tão-só não equacionando qualquer obstáculo ao desencadeamento da proteção prevista no art. 51.º CNU o ataque armado perpetrado por um ator não estadual passível de ser atribuído a um Estado – configuração que conserva a violência estadual como pressuposto do ataque armado, uma atitude intermédia mais complacente com o escopo de aplicação do art. referido¹⁷⁴.

A capacidade e a vontade de os Estados se imiscuírem em conflitos armados através de *proxy forces* é uma prática que tem vindo a assumir-se como fonte de preocupação para a comunidade internacional¹⁷⁵, sendo certo que, não obstante o termo *proxy forces* não possuir um verdadeiro significado jurídico-legal no direito internacional, os Estados podem ser internacionalmente responsabilizados pelo desempenho de atores não estaduais em circunstâncias circunscritas¹⁷⁶, porquanto, como classificado pelo TIJ, no Caso Nicarágua, podem consumir-se ataques armados tanto diretos como indiretos¹⁷⁷. Com efeito, quando as ações de forças irregulares forem legalmente atribuídas a um Estado – por serem *de facto* um órgão estadual (ataque direto), ou por agirem sob a direção ou controlo efetivo do Estado (ataque indireto). considerar-se-á que é o próprio Estado que está a atuar, em violação das suas obrigações internacionais¹⁷⁸ (arts. 4.^o¹⁷⁹ e 8.^o¹⁸⁰ PARI, respetivamente). Neste seguimento, e quanto ao caso concreto, a Administração Trump baseou o relatório enviado ao CS na suposição de que o Irão era legalmente responsável pelos atos realizados pelas *proxy forces*¹⁸¹, particularmente, aqueles referentes aos dias 27 de dezembro – a milícia Kata’ib Hezbollah atacou bases americanas, causando a morte de um construtor americano – e 31 de dezembro de 2019 – a mesma milícia, em conluio com outras apoiadas pela IRGC, participou num ataque contra a Embaixada americana em Bagdade, o que resultou em danos patrimoniais significativos¹⁸² – justificando, assim, a sua ação em legítima defesa contra esse país.

¹⁷³ Chinkin & Kaldor, 2017, p. 161.

¹⁷⁴ Azeredo Lopes, 2020, p. 133.

¹⁷⁵ Trapp, 2015, p. 681.

¹⁷⁶ Hathaway, 2019, p. 4.

¹⁷⁷ Anexo 3: Caso Nicarágua, §195.

¹⁷⁸ Lieblich, 2019, p. 6.

¹⁷⁹ “A conduta de qualquer órgão do Estado é considerada um ato desse Estado ao abrigo do direito internacional”.

¹⁸⁰ “A conduta de uma pessoa ou grupo de pessoas deve ser, de acordo com o direito internacional, considerada como equiparável ao ato de um Estado quando a pessoa ou grupo de pessoas estiver, de facto, a agir sob as instruções, a direção ou controlo desse Estado na sua execução”.

¹⁸¹ Goodman, 2030, p. 3.

¹⁸² Anexo 2: Carta do Representante Permanente dos EUA às NU, dirigida ao Presidente do CS, 8 de janeiro de 2020, § 3.

De facto, podem surgir situações em que entidades ou pessoas privadas agem sob a direção ou controlo efetivo de um Estado, ou executam condutas indevidas em conformidade com as instruções de um Estado. Na maioria dos casos, são os próprios órgãos estaduais que complementam as suas atividades através do recrutamento de grupos privados, enquanto auxiliares que permanecem fora do aparelho governativo estadual, sendo que as suas ações só tornam possível o recurso ao direito inerente de legítima defesa por parte do Estado vítima, quando o Estado – em cuja jurisdição se encontram – dirigiu ou controlou essas ações específicas; e a conduta de que o Estado lesado se queixa integra, precisamente, essa operação. Logo, uma conduta meramente associada incidentalmente ou de forma periférica a uma operação não dirigida ou controlada pelo Estado extravasa a relação estadual inerente à ativação do instituto da legítima defesa¹⁸³. No mesmo sentido elucidou o TIJ, clarificando que “apesar dos subsídios e demais apoios que foram concedidos pelos EUA, não foram apresentadas provas suficientes, capazes de estabelecerem um grau de controlo efetivo em todos os domínios, que concluam que os Contras agiam em seu nome”, deixando, portanto, selado que, mesmo que o envolvimento de um Estado seja “preponderante ou decisivo no financiamento, na organização, formação e fornecimento de equipamento (...) é por si só insuficiente (...) para efeitos de atribuição dos atos cometidos”¹⁸⁴.

Face ao ocorrido, deduz-se que um dos passos lógicos a ser dado pelos EUA passaria pela sólida apresentação de uma intrínseca ligação de direção, instrução ou de controlo do Irão em relação às *proxy forces* que perpetraram os ataques mencionados. Porém, na sua justificação foi cometida uma falha linguística que impediu a edificação dessa ponte. Termos como “apoio” ou “ajudas” por parte do Estado iraniano sustentam alegações infundadas de controlo efetivo¹⁸⁵ e, muito menos, o provam. Um elo de ligação sustentado apenas no apoio fornecido por um Estado a uma força irregular não tem firmeza suficiente para preencher o critério da atribuição subjacente à aplicação do art. 51.º CNU, não existindo, desta forma, qualquer base legal para recorrer à força contra o Irão. Na realidade, a Carta americana refere apenas um ataque que é indubitavelmente da autoria do Irão: o ataque de 7 de janeiro dado como resposta aos acontecimentos do precedente dia 3¹⁸⁶.

Note-se que, defender e consagrar um teste de atribuição de condutas baseado em apoios concedidos por um Estado, desencadearia significativas consequências para a comunidade global, nomeadamente, para os EUA que, ao longo da história, em

¹⁸³ Art. 8.º PARI.

¹⁸⁴ Anexo 3: Caso Nicarágua, §§ 109-115.

¹⁸⁵ Goodman, 2020, p. 4.

¹⁸⁶ Haque, 2020, p. 4.

múltiplas situações, apoiaram *proxy forces*¹⁸⁷. Ora, um limiar assim tão básico rapidamente transformaria um conflito iniciado por milícias, numa guerra direta entre Estados¹⁸⁸, contrariando por completo um dos propósitos cruciais que levou à redação da CNU: evitar que a história bélica mundial se repetisse. Por conseguinte, na impossibilidade de estabelecer essa indissociável relação de acordo com os fundamentos legais do critério da atribuição, um Estado não pode, em nome do direito de legítima defesa, reagir através de meios militares contra os atores não estaduais no local onde se encontram.

Posto isto, é de concluir que, mais uma vez, foi reafirmado o paradigma das relações interestaduais como base da ordem internacional, influenciando-se inevitavelmente o regime do *jus ad bellum*¹⁸⁹; e que, a imbatível construção lógica que culminou na morte de Soleimani, mesmo que, a princípio, admissível, colapsou sob o peso do seu próprio fracasso, um fracasso facilmente previsível¹⁹⁰.

3. Iraque: o envolvimento de um Estado terceiro

Será possível recorrer à força em legítima defesa contra atores não estaduais no território de um Estado terceiro que não pode ser responsabilizado pelos ataques perpetrados por essas entidades¹⁹¹?

A conceptualização de que os Estados podem usar a força não contra um Estado *per si*, mas contra atores não estaduais dentro do território de um Estado que, apesar de não compactuar com as suas ações, não consentiu tal intervenção, não é conivente com o *jus ad bellum*. Ainda que pareça um oxímoro, porquanto há o reconhecimento do erro – de que ataques terroristas podem ascender ao patamar de ataques armados na aceção do art. 2.º, n.º 4 CNU –, mas a negação de um remédio – não se admite a resposta em legítima defesa¹⁹² –, a matéria do consentimento estadual testa a resiliência do regime perentório do uso da força face a tentativas de derrogação. A presença de operações militares estrangeiras no território de um Estado é legal ante um consentimento expresso, proferido pelo seu governo legítimo, e desde que ocorra dentro dos termos espaciais, temporais e logísticos acordados¹⁹³. Isto significa que uma ação militar circunscrita ao enquadramento do consentimento será tolerada,

¹⁸⁷ A título exemplificativo, os EUA apoiaram financeiramente e equiparam o Exército Livre da Síria, o qual se opõe ao regime de Bashar al-Assad. Segundo a visão supramencionada, isto significaria que a Síria poderia iniciar uma guerra contra os EUA pelos atos praticados pelos atores não estaduais que apoiaram (Hathaway, 2019, p. 5).

¹⁸⁸ Goodman, 2020, p. 4.

¹⁸⁹ Distefano, 2014, p. 559.

¹⁹⁰ Milanovic, 2020, p. 6.

¹⁹¹ Kretzmer, 2013, p. 246.

¹⁹² Craig, 2011, p. 241.

¹⁹³ Orakhelashvili, 2015, p. 167.

admitindo-se a exclusão da sua ilicitude¹⁹⁴. Falhando este pressuposto, tal uso da força será qualificado como agressão¹⁹⁵, propiciando violações tanto de DIDH, como de DIH... O Iraque nunca consentiu um ataque contra o General Soleimani no seu território. E, esta manifesta violação de soberania constituiu, segundo o Iraque, um verdadeiro ato de agressão¹⁹⁶.

Os EUA cada vez mais desvalorizam o critério do controlo efetivo¹⁹⁷, não tendo dado importância legal ao facto de Soleimani ter sido assassinado no Iraque. Em momento algum, no relatório americano enviado ao CS, foi abordada a morte dos militares iraquianos, tampouco dada uma justificação para a violação da soberania do Iraque¹⁹⁸, daí a suposição de que foram danos colaterais, ao invés de alvos específicos¹⁹⁹. Parece que os EUA presumiram que o direito de legítima defesa de um Estado contra um homónimo se sobrepõe ao direito de soberania de um terceiro Estado que não consentiu o uso da força no seu território²⁰⁰. Esta presunção vai ao encontro das alegações americanas de que o direito de legítima defesa inclui o direito de agir preventivamente dentro das fronteiras de um outro Estado, em conformidade com a responsabilidade que lhes subjaz de combate ao terrorismo internacional²⁰¹. No entanto, já se apresentando como de difícil defesa a concretização deste juízo aquando de um ataque armado em curso ou iminente, revela-se praticamente impossível a aplicação deste raciocínio perante a não ocorrência e não iminência de uma incursão²⁰².

O fracasso justificativo dos EUA deveria colocar um termo a esta análise, concluindo-se pela consumação de mortes arbitrárias, cuja responsabilidade recai sobre si. Porém, e ainda que não tenha sido invocada esta posição no caso concreto, há doutrina que defende uma interpretação expansionista do direito de legítima defesa, vislumbrando aqui uma explicação.

Desde o dia 11 de setembro de 2001 que os EUA advogam o recurso à força no território de um Estado que, embora não o tenha consentido, abriga uma ameaça²⁰³, representada por atores não estaduais, e se recusa (*unwilling*) ou é incapaz (*unable*) de a eliminar, privilegiando, desta forma, a necessidade de legítima defesa, em detrimento

¹⁹⁴ Art. 20.º PARI.

¹⁹⁵ Orakhelashvili, 2015, p. 167.

¹⁹⁶ “O incidente constitui uma agressão contra o Estado, Governo e povo do Iraque; uma flagrante violação das condições que regulam a presença das forças dos EUA no país; uma escalada alarmante que pode desencadear uma guerra devastadora no Iraque, na região e no mundo”, Carta do Representante Permanente do Iraque às NU, dirigida ao Presidente do CS, 6 de janeiro de 2020.

¹⁹⁷ Heinze & Neilsen, 2020, p. 185.

¹⁹⁸ Relatório Callamard, 2020, § 68.

¹⁹⁹ Se o ataque por meio de *drone* visasse igualmente os militares iraquianos, os EUA teriam de provar que possuíam um direito de legítima defesa contra o Iraque, dado o Kata’ib Hezbollah integrar as Forças Armadas do Iraque, fazendo, assim, parte, do aparelho governativo iraquiano (Labuda, 2020, p. 2).

²⁰⁰ Haque, 2020, p. 4.

²⁰¹ D’Amico, 2020, p. 22.

²⁰² Haque, 2020, p. 4.

²⁰³ Relatório Callamard, 2020, § 70.

da soberania estadual²⁰⁴. A teoria U/U surge, assim, em circunstâncias análogas àquelas que pressupõem um direito de legítima defesa contra atores não estaduais, uma vez que focaliza o uso da força no território do Estado onde essas organizações se localizam. Contudo, ao invés de ser validado por uma matriz de atribuição, o recurso à força rege-se pela necessidade de travar ataques²⁰⁵ que continuam a ser perpetrados (1) porque o Estado não cumpre com as suas obrigações de diligência ou os aceita sem qualquer oposição; ou (2), por falta de recursos militares, é incapaz de afastar a ameaça, defendendo-se que, neste cenário, o requisito da necessidade, exigível pelo *jus ad bellum*, é imediatamente preenchido²⁰⁶. Chamar à colação a doutrina U/U teria de significar que se encontrava corrompida a possibilidade de consentimento por, v.g., não se conseguir avaliar se as decisões do Iraque são independentes face à influência exercida pelo Irão; e que existia a necessidade de atacar Soleimani naquele momento e naquele lugar²⁰⁷. Mesmo que se aceite esta construção ideológica, a sua inaplicabilidade é intransponível.

Em primeiro lugar, ganha destaque a falácia de que um ator não estadual, personificador de uma real ameaça, se localizava no Iraque. Ora, Soleimani era um funcionário de Estado – o que pressupõe que se faça uma impraticável interpretação mais ampla da referida teoria, de modo a incluir-se atores não estaduais, mas também atores estaduais²⁰⁸ – e, como tal, viajar, enquanto representante do Irão, era comum. Significa isto que os EUA poderiam visar Soleimani independentemente do Estado onde se encontrasse? Estaria esta “ameaça iraniana” localizada momentaneamente num país, deixando-o vulnerável a ataques?²⁰⁹ Poder ser-se alvo de um ataque em qualquer parte do mundo não tem fundamento legal. Não se verifica, por conseguinte, o requisito da U/U de que a ameaça tem de se localizar no país que não deu o seu consentimento para o uso da força. Ademais, a Carta enviada pelos EUA ao CS constitui prova de que não havia qualquer ligação entre os alegados ataques e o Iraque, nunca sugerido como o local que iria sofrer um ataque iminente²¹⁰. Por isso é que, apesar de os EUA terem tentado contrariar, se vislumbra uma aproximação deste assassinato a técnicas dissuasoras de futuros ataques em relação aos quais não se conseguiu, ainda, estabelecer nem uma linha temporal nem espacial, sendo prematuras as reivindicações de iminência e de necessidade. Por fim, não existiam quaisquer evidências quanto à

²⁰⁴ É de salientar que um teste assente na falta de vontade ou de incapacidade de um Estado não pode ser entendido como uma justificação independente para se apelar ao uso da força em solo estrangeiro. Pelo contrário, se se aceitar esta doutrina, ela nasce como uma parcela integrativa da reivindicação de legítima defesa (Relatório Heyns, 2013, § 91).

²⁰⁵ Milanovic, 2020, p. 2.

²⁰⁶ Lieblich, 2019, p. 12.

²⁰⁷ Milanovic, 2020, p. 2.

²⁰⁸ AJIL, 2020, p. 318.

²⁰⁹ Relatório Callamard, 2020, § 73.

²¹⁰ Ferro, 2020, p. 9.

incapacidade ou indisponibilidade de cooperação iraquiana: historicamente, a doutrina U/U tem surgido conectada a Estados que, ou são cúmplices dos atores não estaduais, permitindo o planeamento de ataques no seu território, ou são incapazes de controlar as ações desses atores no seu território²¹¹. Sendo o Iraque um conhecido aliado dos EUA, a ausência de qualquer consulta prévia para consentir o ataque por meio de *drone*, avançando-se para a doutrina U/U²¹², irrompe como um verdadeiro paradoxo.

Em suma, a falta de consentimento, bem como a exclusão da lógica da teoria U/U aclaram o facto de ter existido uma agressão contra o Estado iraquiano, propugnando-se que não é legalmente admissível a intervenção intencional dentro de um Estado sem o seu consentimento ou aquiescência subsequente²¹³. Note-se, ainda, que o facto de os EUA terem unilateralmente classificado a IRGC como uma FTO – ficando os seus membros à mercê das medidas americanas antiterroristas –, não origina uma obrigação vinculativa para os outros Estados²¹⁴. Nem o art. 51.º CNU, nem as obrigações de DIDH são modificadas em virtude de uma classificação deste tipo. Por conseguinte, não competia ao Iraque prosseguir uma ação contra o líder ou membros do referido grupo²¹⁵. Assim, para além de terem violado a soberania do Iraque, os EUA violaram igualmente o direito à vida de Soleimani, ficando aquém do teste da necessidade – antes de decidirem pelo assassinato seletivo, deveriam ter provado a indisponibilidade de utilização de meios não-militares – e da demonstração de que este general representava um perigo iminente para os outros²¹⁶.

²¹¹ Relatório Callamard, 2020, § 76-78.

²¹² Embora os EUA sejam um dos proponentes desta teoria, a maioria da comunidade internacional não a aceita, por contornar o requisito do consentimento expresse. *In casu*, os EUA poderiam alegar que a falta do consentimento do Iraque é uma prova da sua relutância em enfrentar a ameaça representada por Soleimani, proporcionando um resultado discrepante que anula a relevância prática do consentimento: os parâmetros para o uso da força no território de um terceiro Estado são esbatidos, não se compreendendo quais os limites impostos ao Estado que decide recorrer à força num território estrangeiro ao abrigo do direito de legítima defesa. A doutrina U/U faz com que o consentimento, uma reconhecida exceção à norma da proibição da ameaça e do uso da força, se torne irrelevante (Labuda, 2020, p. 4).

²¹³ D'Amico, 2020, p. 24.

²¹⁴ “A designação, por um Estado, de um ramo oficial das forças armadas de outro(s) Estado(s) como uma FTO constitui uma violação de princípios geralmente reconhecidos de direito internacional e da CNU – incluindo o princípio da igualdade de soberania –, e tal não pode, sob quaisquer circunstâncias, justificar a ameaça ou uso da força contra eles, o que também se aplica ao território de outros Estados”, Carta do Representante Permanente do Irão às NU, dirigida ao Presidente do CS, 3 de janeiro de 2020.

²¹⁵ Relatório Callamard, 2020, §74.

²¹⁶ Segundo o adotado, um primeiro ataque não desencadeia o quadro legal do DIH, logo, vigora o regime do DIDH que classifica este assassinato seletivo como ilegal. Já uma apreciação contrária, de que um primeiro ataque leva à vigência da *lex specialis* defende que, como Chefe das Forças Al-Quds, Soleimani seria um alvo legítimo; porém, mesmo vigorando o DIH, a ilegalidade deste assassinato manter-se-ia porque violações de *jus ad bellum* constituem *ipso facto* violações do direito à vida (Gurmendi, 2020, pp. 1-2).

4. A resposta iraniana

A Carta submetida pelos EUA ao CS falhou. Falhou quando tentou associar os ataques armados ocorridos ao Irão. Falhou na demonstração da aproximação de ataques iminentes perpetrados pelo Irão. Falhou o preenchimento do requisito da necessidade. A instalação de uma presuntiva confissão de que o *drone* que atingiu Soleimani não foi mais do que uma medida retaliativa²¹⁷ era expectável.

Nenhum uso da força pode advir da vontade de um Estado se defender de um ataque armada que já ocorreu, ou de ameaças futuras representadas tanto por Estados como por atores não estaduais, porquanto o regime do *jus ad bellum* é incompatível com objetivos preventivos, punitivos e dissuasores. Em alguns casos, o uso da força pode resultar de uma avaliação credível de que se aproxima um ataque iminente. No caso concreto, falhou a credibilidade, sucedendo um uso da força prospetivo, localizado no espectro da legítima defesa preemptiva²¹⁸. Tal enquadramento agravou-se ainda mais aquando de um assassinato seletivo (des)orientado pelo planeamento de um ataque que, ao ser executado por um *drone*, indica premeditação; pela inexistência de provas de que o alvo representava uma ameaça à vida dos americanos; pela morte de mais nove pessoas que nunca foram identificadas como ameaças iminentes, sendo que cinco delas eram civis iraquianos, um conhecido aliado dos EUA²¹⁹. Ao referir-se a um ataque armado²²⁰, implicando, assim, o seu direito de usar a força em legítima defesa contra os EUA, o Irão atraiu a atenção da comunidade internacional para o mau presságio que se avizinhava.

Cinco dias passados, o Irão retaliou com o lançamento de mísseis de precisão que atingiram bases americanas instaladas no Iraque²²¹, designadamente, aquela a partir da qual foi lançado o *drone* que matou Soleimani²²². Todavia, decisões toldadas por fortes emoções podem ter efeitos nefastos, sendo disso um exemplo gritante o abate do voo 752 da *Ukraine International Airlines*, confundido com um avião americano. Um momento de constrangimento político nacional e internacional. Dois fatores essenciais justificaram a resposta iraniana: a necessidade de reestabelecer os laços que o general mantinha com as *proxy forces*, cruciais para os interesses nacionais e regionais do Irão; e a sede de vingança inerente a um governo psicologicamente afetado, após ter perdido

²¹⁷ Haque, 2020, p. 4.

²¹⁸ Kretzmer, 2013, p. 250.

²¹⁹ Relatório Callamard, 2020, §48.

²²⁰ “Assistiu-se a um ato de agressão contra o Irão que atinge o patamar de ataque armado e nós vamos responder. Mas responderemos de forma proporcional – não de forma desproporcionada (...) como o Presidente Trump”, Javad Zarif, Ministro dos Negócios Estrangeiros do Irão.

²²¹ “Em conformidade com o direito internacional, e no exercício do direito inerente de legítima defesa, o Irão vai tomar todas as medidas necessárias e proporcionais contra qualquer ameaça ou uso da força”, Carta do Representante Permanente do Irão às NU, dirigida ao Presidente do CS, 7 de janeiro de 2020.

²²² Relatório Callamard, 2020, § 7.

uma das suas figuras centrais, indispensável para a política e influência do país no Médio Oriente²²³. No rescaldo do ataque, o Irão comunicou ao CS que “no exercício do seu direito inerente de legítima defesa (...) havia concluído uma medida militar proporcional ao atacarem a base americana no Iraque responsável pelo ataque armado contra Soleimani”²²⁴. Esta medida não foi proporcional, nem necessária, o que acelerou as reações da comunidade internacional.

É abissal a diferença de tom quando se trata de avaliar as ações iranianas. Basta confrontar as duas declarações de Portugal para assimilar a discrepância: a 3 de janeiro de 2020, Portugal “[acompanhava] com grande preocupação os recentes desenvolvimentos no Iraque. Apelamos à máxima contenção a fim de evitar o agravamento da situação”; já a 8 de janeiro, “Portugal condena os ataques do Irão contra bases militares iraquianas, onde se encontram as forças da Coligação”²²⁵. Esta linha comportamental foi seguida pela generalidade dos países, com a Alemanha a condenar o ataque²²⁶, e a Itália a partilhar, pela primeira vez, uma opinião face ao sucedido²²⁷. Ora, esta alteração da sua neutralidade denota como os Estados, mesmo ante incidentes altamente questionáveis em que a falta de provas é um facto, preferem abster-se de expressar oposição quanto à legalidade de o ataque²²⁸, privilegiando, antes, interesses políticos e alianças com o país mais poderoso de todos, os EUA.

Em suma, assumir que a ação dos EUA constituiu um ataque armado na aceção do art. 51.º CNU, o que reflexamente garante um direito de legítima defesa ao Irão, não torna resolúvel o problema primário de se estar perante um ataque concluído, condição que elimina a urgência inerente ao ato de repelir um ataque. A única teoria jurídica na qual o Irão poderia razoavelmente confiar era precisamente aquela que foi usada contra si: argumentar que estavam na presença de ataques americanos iminentes. Invocar esta posição sem veracidade confirmada iria implicitamente validar a posição dos EUA, e presumivelmente por isso é que nenhuma declaração do Irão se apropriou da palavra iminência²²⁹. Neste sentido, é rápida a conclusão de que se entrou no campo das represálias armadas, sendo a ausência de um ataque armado, o *timing* da ação do Irão

²²³ Binkaya, 2020, p. 163.

²²⁴ Carta do Representante Permanente do Irão às NU, dirigida ao Presidente do CS, 8 de janeiro de 2020.

²²⁵ Ministério dos Negócios Estrangeiros de Portugal, 3 e 8 de janeiro de 2020.

²²⁶ “Condenamos os ataques iranianos às bases militares iraquianas, onde também se encontram forças da Coligação”, Declarações do Ministro dos Negócios Estrangeiros da Alemanha, Maas, sobre os ataques às bases militares iraquianas, 8 de janeiro de 2020.

²²⁷ “Itália (...) condena o ataque de Teerão às duas bases que albergam soldados da Coligação. Este é um ato grave que aumenta a tensão num contexto, já de si, crítico”, Declarações do Ministro das Relações Exteriores e da Cooperação Internacional, Luigi di Maio, sobre os ataques às bases militares iraquianas, 8 de janeiro de 2020.

²²⁸ O silêncio que assumem tem desencadeado debates sobre o seu valor no âmbito do direito excecional de legítima defesa – poderá o silêncio valer como *opinio juris*? (Relatório Callamard, 2020, § 71).

²²⁹ Milanovic, 2020, p. 2.

e a sua natureza punitiva indícios²³⁰ de que, na esteira do ataque americano, também a sua resposta se encontrou imbuída de um caráter tipicamente punitivo. E ataques armados com finalidades retaliativas nunca são admissíveis²³¹. Posto isto, é certo que o Irão teria saído a ganhar se se tivesse mantido alinhado com as suas primeiras declarações, de acordo com as quais os Estados não devem assumir o papel sancionatório que incumbe ao CS, o qual, não obstante todos os seus limites – as demais das vezes impostos pelo poder de veto dos seus membros permanentes –, continua a desempenhar um papel primordial a nível da responsabilização internacional dos Estados ligados à prossecução de atos ilícitos²³².

A Carta submetida pelo Irão ao CS falhou. Falhou o preenchimento do requisito da necessidade. Falhou ao recorrer à força no território do Iraque, sem o seu consentimento²³³, ironicamente após apelar à “independência, soberania, unidade e integridade territorial da República do Iraque”²³⁴. Falhou quando invocou o direito de legítima defesa, atento um ataque já terminado. Falhou após Hassan Rohani expor abertamente que uma retaliação se aproximava²³⁵.

Esta demonstração de força que envolveu os EUA e o Irão assinala a mais recente tentativa de abalar o quadro normativo, no qual a paz e a segurança internacionais se têm baseado nos últimos 75 anos²³⁶. Tais ações apenas mostraram o seu desrespeito pela democracia e pelas normas de direito internacional.

²³⁰ Kretzmer, 2013, p. 254.

²³¹ Haque, 2020, p. 4.

²³² Corn & VanLandingham, 2020, p. 2.

²³³ Id., 2020, p. 5.

²³⁴ Carta do Representante Permanente do Irão às NU, dirigida ao Presidente do CS, 8 de janeiro de 2020.

²³⁵ “Sem qualquer dúvida, o Irão e outros países da região que anseiam pela liberdade vão vingar-se”, Presidente do Irão, 3 de janeiro de 2020.

²³⁶ Relatório Callamard, 2020, § 67.

Conclusão

O direito internacional prevê a eventualidade de um Estado usar a força contra outro Estado se e apenas quando tal se revele necessário para repelir um ataque armado iminente ou em curso, ou quando haja uma autorização do CS nesse sentido por já não ser exequível restaurar a paz e a segurança internacionais por meios não-militares²³⁷. Logo, invocações dissimuladoras do direito de legítima defesa, puramente para encobrir ações punitivas/vingativas, são proibidas. A atual conjuntura político-económica tem feito, todavia, evoluir o direito internacional de tal modo que, represálias armadas consideradas *de jure* ilegais, parecem *de facto* aceites²³⁸, sendo disso expoente máximo o dia 3 de janeiro de 2020.

Qassem Soleimani foi arbitrariamente privado do seu direito à vida, bem como vários militares iraquianos, visto não existirem quaisquer provas relativas ao planeamento de ataques iminentes contra os EUA, no território do Iraque. Não foram apresentadas provas que justificassem um ataque por meio de *drone* no território de um Estado terceiro sem o seu aval, ao ponto de os danos causados nesse país serem proporcionais aos danos alegadamente evitados. Não foram apresentadas provas quanto à impossibilidade temporal de os EUA contactarem o CS para que se enfrentassem as alegadas ameaças iminentes. Não existia uma ameaça real, em curso ou iminente²³⁹. As justificações da Administração Trump, em grande parte, concentraram-se nas atividades passadas de Soleimani. E, embora existam provas que o liguem a violações de DIDH tanto no Irão, como na Síria e no Iraque, isso não é suficiente para legitimar o seu assassinato²⁴⁰.

Este episódio recuperou a rejeição categórica da legítima defesa preemptiva, a qual já havia sido afirmada aquando da intervenção no Iraque. A comunidade internacional não aceita transpor os limites impostos pelo requisito da iminência – é demasiado elevado o risco que uma ação desse tipo representa para a ordem global²⁴¹. Da mesma forma, não aceita uma distinção entre uso da força contra um Estado e uso da força dentro de um Estado. Sendo, em abstrato, árduo pensar-se num quadro legal que preveja um uso da força em legítima defesa tão-só contra atores não estaduais, o *jus ad bellum* continua a exigir o preenchimento do requisito da atribuição da conduta de um ator não estadual a um Estado²⁴².

Destarte, o ataque aéreo americano demonstrou a importância de salvaguardar o estatuto *jus cogens* do princípio da proibição da ameaça ou do uso da força,

²³⁷ Azeredo Lopes, 2020, p. 52.

²³⁸ Heinze & Neilsen, 2020, p. 178,

²³⁹ Relatório Callamard, 2020, § 82.

²⁴⁰ Id., 2020, p. 3.

²⁴¹ Deeks, 2015, pp. 668-676.

²⁴² Craig, 2011, p. 236.

nomeadamente, face a interpretações expansionistas das suas exceções²⁴³. Para tal, é conveniente que o CS ou a AGNU avancem com uma ação esclarecedora, principalmente, quando a justificação por legítima defesa não é possível por ausência de provas. A sua inação contribuiu para que as tensões entre os Estados, ainda hoje, prevalecessem.

O início de 2021 ficou marcado pela não reeleição de Donald Trump, a qual desencadeou reações em cascata. O Irão renovou – após uma rejeição – o seu pedido à INTERPOL para que fosse emitido um alerta vermelho²⁴⁴, por atos de terrorismo, contra Donald Trump, bem como outros quarenta e sete funcionários americanos, assinalando, assim, o primeiro ano da morte de Qassem Soleimani. Dois dias passados, a 7 de janeiro de 2021, emitiu o Iraque um mandado de captura, pela morte do comandante al-Muhandis, contra o antigo Presidente dos EUA²⁴⁵. No dia seguinte, a conta de *Twitter* de Trump foi cancelada, por ser tida como uma via de incitamento ao ódio²⁴⁶ – recorde-se que, em janeiro de 2020, foi um dos meios mais utilizados por aquele para exercer pressão sobre o Irão.

Apesar de a Presidência de Trump ter chegado ao fim, a promessa iraniana, de que todos os envolvidos irão pagar por estes atos atrozes, permanece. E a verdade é que o ataque de 2020 continua em destaque. Ainda hoje, à procura de um desfecho para o caso.

²⁴³ Schrijver, 2015, p. 486.

²⁴⁴ A INTERPOL rejeitou, em junho, o primeiro pedido do Irão, clarificando-se que a sua Constituição interna não permite quaisquer intervenções de foro político, militar, religioso ou racial. Com a saída de Trump da presidência dos EUA, o Irão reiterou o seu pedido, renovando as esperanças de que é possível avançar com as acusações de assassinato e de terrorismo. No entanto, a resposta da INTERPOL manteve-se inalterada (Chappell, 2021).

²⁴⁵ Bastos Reis, 2021.

²⁴⁶ “Suspendemos permanentemente a conta [@realDonaldTrump] devido ao risco de uma maior incitação à violência. (...) Estas contas não se encontram acima das nossas regras, não podendo usar o *Twitter* para incitar à violência, entre outras coisas”, Twitter Inc., 8 de janeiro de 2021.

Bibliografia

- AJIL (2020). U.S. drone strike in Iraq kills Iranian military leader Qasem Soleimani. *American Journal of International Law, Contemporary Practice of the United States – Use of Force, Arms Control, and Nonproliferation*, vol. 114, n.º 2, pp. 313-323.
- AL-HIHI, E. (2020). The right to life in jus ad bellum targeting: A functional approach to extraterritorial jurisdiction in human rights law. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 24, n.º 2, pp. 359-388.
- ANSSARI, M. & NUßBERGER, B. (2020). Compilation of States' reactions to U.S. and Iranian uses of force in Iraq in January 2020. *Just Security, Reiss Center on Law and Security at New York University School of Law*, 22 de janeiro de 2020.
- AZEREDO LOPES, J. (2020). Uso da força e direito internacional. In *Regimes Jurídicos Internacionais*, vols. I e II. Porto: Universidade Católica Editora.
- BINKAYA, A. (2020). Causes and effects of the assassination of Qasem Soleimani: A political perspective. *The Copernicus Journal of Political Studies*, vol. 1, pp. 159-166.
- BOYLE, J. (2014). Making sense of self-defence in the war on terror, *Journal on the Use of Force and International Law*, vol. 1, n.º 1, pp. 55-79.
- CALLAMARD, A. (2020). The targeted killing of General Soleimani: Its lawfulness and why it matters. *Just Security, Reiss Center on Law and Security at New York University School of Law*, 8 de janeiro, pp. 1-8.
- CATIC, E. (2020). *A right to self-defence or an excuse to use armed force? About the legality of using self-defence before an armed attack has occurred*. Tese de mestrado em Direito Internacional. Estocolmo, Faculdade de Direito da Universidade de Estocolmo.
- CHINKIN, C. & KALDOR, M. (2017). Self-defence as a justification for war: The geo-political and war on terror models. In *International law and new wars*, pp. 129-174. Col. Cambridge Studies on the American South. Cambridge: Cambridge University Press.
- CORN, G. & VANLANDINGHAM, R. (2020). Lawful self-defence vs. revenge strikes: Scrutinizing Iran and U.S. uses of force under International Law. *Just Security, Reiss Center on Law and Security at New York University School of Law*, 8 de janeiro, pp. 1-6.
- CRAIG, M. (2011). Going medieval: Targeted killing, self-defence, and the *jus ad bellum* regime. In C. Finkelstein, J. D. Ohlin & A. Altman (eds.). *Targeted killings: Law & morality in an asymmetrical world*, pp. 223-252. Oxford: Oxford University Press.
- D'AMICO, G. (2020). *The legality of Qasem Soleimani's killing under international law*, Tese apresentada para a obtenção do grau de licenciado em Política, Filosofia e Economia, Departamento de Ciência Política. Roma, LUISS Universidade Internacional de Estudos Sociais Guido Carli.
- DEEKS, A. (2015). Taming the doctrine of pre-emption. In Weller, M. (ed.). *The Oxford handbook of the use of force in international law*, pp. 661-678. Oxford: Oxford University Press.
- DISTEFANO, G. (2014). Use of force. In *The Oxford handbook of international law in armed conflict*, pp. 545-573. Oxford: Oxford University Press.

- DWORKIN, A. (2020). Soleimani strike marks a novel shift in targeted killing, dangerous to the global order. *Just Security, Reiss Center on Law and Security at New York University School of Law*, 7 de janeiro, pp. 1-3.
- FERRO, L. (2020). Killing Qassem Soleimani: International lawyers divided and conquered. *Case Western Reserve Journal of International Law*, Forthcoming (available at SSRN).
- GAZZINI, T. (2008). A response to Amos Guiora: Pre-emptive self-defence against non-State actors? *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 13, n.º 1, pp. 25-32.
- GILL, T. D. (2015). When does self-defence end?. In Weller, M. (ed.). *The Oxford handbook of the use of force in international law*, pp. 737-751. Oxford: Oxford University Press.
- HAKIMI, M. (2020). Why should we care about international law? *Michigan Law Review*, vol. 118, n.º 6, pp. 1283-1306.
- HATHAWAY, O (2019). Bolton's stated predicate for war with Iran doesn't work. *Just Security, Reiss Center on Law and Security at New York University School of Law*, 31 de março, pp. 1-6.
- HEINZE, E. & NEILSEN, R. (2020). Limited force and the return of reprisals in the law of armed conflict. *Ethics & International Affairs*, vol. 34, n.º 2, pp. 175-188.
- KAMMERHOFER, J. (2015). The resilience of the restrictive rules on self-defence, pp. 627-648. In Weller, M. (ed.). *The Oxford handbook of the use of force in international law*, pp. 157-175. Oxford: Oxford University Press.
- KRETZMER, D. (2013). The inherent right to self-defence and proportionality in *jus ad bellum*. *The European Journal of International Law*, vol. 24, n.º 1, pp. 235-282.
- LABUDA, P. (2020). The killing of Soleimani, the use of force against Iraq and overlooked *ius ad bellum* questions. *EJIL: Talk! – Blog of the European Journal of International Law*, 13 de janeiro, pp. 1-5.
- LIEBLICH, E. (2019). Self-defense against non-state actors and the myth of the innocent state. *Global Governance and Human Rights (Collected Courses of the Academy of European Law)*, pp. 1-28.
- LUBELL, N. (2015). The problem of imminence in an uncertain world. In Weller, M. (ed.). *The Oxford handbook of the use of force in international law*, pp. 697-719. Oxford: Oxford University Press.
- MILANOVIC, M. (2020). Iran unlawfully retaliates against the United States, violating Iraq sovereignty in the process. *EJIL: Talk! – Blog of the European Journal of International Law*, 8 de janeiro, pp. 1-3.
- MILANOVIC, M. (2020). The Soleimani strike and self-defence against an imminent armed attack. *EJIL: Talk! – Blog of the European Journal of International Law*, 7 de janeiro, pp. 1-7.
- ORAKHELASHVILI, A. (2015). Changing *jus cogens* through State practice? The case of the prohibition of the use of force and its exceptions. In Weller, M. (ed.). *The Oxford handbook of the use of force in international law*, pp. 157-175. Oxford: Oxford University Press.

- SCHRIJVER, N. (2015). The ban on the use of force in the UN Charter, pp. 465-487. In Weller, M. (ed.). *The Oxford handbook of the use of force in international law*, pp. 157-175. Oxford: Oxford University Press.
- TALMON, S. & HEIPERTZ, M. (2020). The U.S. killing of Iranian general Qasem Soleimani: Of wrong trees and red herrings, and why the killing may be lawful after all. *German Practice of International Law*, vol. 18, pp. 1-16.
- TAVARES, I. (2015). *Guerra e responsabilidade. A intervenção militar no Iraque em 2003*. Col. Biblioteca de Investigação. Porto: Universidade Católica Editora.
- TRAPP, K. (2015). Can non-state actors mount an armed attack? In Weller, M. (ed.). *The Oxford handbook of the use of force in international law*, pp. 679-696. Oxford: Oxford University Press.

Documentos Oficiais e Jurisprudência

- Administração de Donald Trump: Declarações sobre a morte de Qassem Soleimani, Mar-a-Lago, Florida, 3 de janeiro de 2020.
- Casa Branca, Escritório do Secretário da Defesa dos EUA (Histórico): Estratégia de Segurança Nacional, setembro de 2002, in <https://history.defense.gov/Historical-Sources/National-Security-Strategy/>.
- Departamento da Defesa dos EUA: Declaração de 2 de janeiro de 2020.
- Departamento de Estado dos EUA: Declarações do Secretário de Estado dos EUA, Michael Pompeo, 3 de janeiro de 2020.
- Kofi Annan, Secretário-Geral das NU: Declarações à AGNU relativas à “Adoção de uma Política de Preempção, passível de resultar na proliferação de um uso unilateral e ilegal da força”, 23 de setembro de 2003.
- NU Doc. A/68/382: Relatório do Relator Especial em Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias, Christof Heyns, apresentado em conformidade com a Resolução 67/168 da AGNU, 13 de setembro de 2013.
- NU Doc. A/HRC/44/38: Relatório da Relatora Especial em Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias, Agnes Callamard, apresentado ao Conselho dos Direitos Humanos em conformidade com a Resolução 35/15 do CS.
- NU Doc. S/2020/13: Carta do Representante Permanente do Irão às NU, dirigida ao Presidente do CS, 3 de janeiro de 2020.
- NU Doc. S/2020/15: Carta do Representante Permanente do Iraque às NU, dirigida ao Presidente do CS, 6 de janeiro de 2020.
- NU Doc. S/2020/16: Carta do Representante Permanente do Irão às NU, dirigida ao Presidente do CS, 8 de janeiro de 2020.
- NU Doc. S/2020/20: Carta do Representante Permanente dos EUA às NU, dirigida ao Presidente do CS, 8 de janeiro de 2020.
- 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.
- TIJ, *Caso das Plataformas Petrolíferas (República Islâmica do Irão c. Estados Unidos da América)*, Acórdão sobre a questão de fundo, 6 de novembro de 2003.

Links relevantes

- BASTOS REIS, P. (2021). Iraque emite mandado de captura contra Donald Trump. *Público*, 7 de janeiro de 2021. <https://www.publico.pt/2021/01/07/mundo/noticia/iraque-emite-mandado-captura-donald-trump-1945444>.
- BBC NEWS. Iran's network of influence in Mid-East "growing". 7 de novembro de 2019, retirado de <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-50324912>.
- BBC NEWS. Iran's Qasem Soleimani: Why the US had him in its sights. 3 de janeiro de 2020. <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-50980093>.
- BBC NEWS. Qasem Soleimani: US kills top Iranian general in Baghdad air strike. 3 de janeiro de 2020. <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-50979463>.
- CHAPPELL, B. (2021). Iran renews Interpol request to arrest Trump, other U.S. officials. *NPR*, 5 de janeiro de 2021. <https://www.npr.org/2021/01/05/953575759/iran-renews-interpol-request-to-arrest-trump-other-u-s-officials>.
- GURMENDI, A. (2020). Raising questions on targeted killings as first strikes in IACs. *OpinioJuris*, 9 de janeiro de 2020. <http://opiniojuris.org/2020/01/09/raising-questions-on-targeted-killings-as-first-strikes-in-iacs/>.
- JN. Irão pede aos EUA que abandonem políticas de guerra após a demissão Bolton. *JN Diplomacia*, 11 de setembro de 2019. <https://www.jn.pt/mundo/irao-pede-aos-eua-que-abandonem-politicas-de-guerra-apos-demissao-de-bolton-11289844.html>.
- LAGRONE, S. (2019). USS boxer downs Iranian drone in "defensive action". *USNI News*, 18 de julho de 2019, <https://news.usni.org/2019/07/18/uss-boxer-downs-iranian-drone-in-defensive-action>.
- MARS, A. & Bolton J. (2020). Donald Trump é um presidente amoral. *El País*, 3 de agosto de 2020. <https://brasil.elpais.com/internacional/2020-08-03/john-bolton-donald-trump-e-um-presidente-amoral.html>.
- REILLY, O. (2020). Why Trump's drone strike on Qasem Soleimani was an illegal use of force under international law. *Exeter Law*, novembro de 2020. <http://www.exeterlaw.org/international-law/why-trumps-drone-strike-on-qasem-soleimani-was-an-illegal-use-of-force-under-international-law>.
- TWITTER. Permanent suspension of @realDonaldTrump, *Twitter Inc.*, 8 de janeiro de 2021. https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2020/suspension.html.
- WELNA, D. (2020). "Imminent" threat – Trump justification of attack on Iranian General is undefined, *NPR*, 10 de janeiro de 2020. <https://www.npr.org/2020/01/10/795438264/imminent-threat-trump-justification-of-attack-on-iranian-general-is-undefined?t=1586087126833>.

Anexos

a) Anexo 1: Declaração do DoD, 3 de janeiro de 2020



Statement by the Department of Defense

JAN. 2, 2020

At the direction of the President, the U.S. military has taken decisive defensive action to protect U.S. personnel abroad by killing Qasem Soleimani, the head of the Islamic Revolutionary Guard Corps-Quds Force, a U.S.-designated Foreign Terrorist Organization.

General Soleimani was actively developing plans to attack American diplomats and service members in Iraq and throughout the region. General Soleimani and his Quds Force were responsible for the deaths of hundreds of American and coalition service members and the wounding of thousands more. He had orchestrated attacks on coalition bases in Iraq over the last several months – including the attack on December 27th – culminating in the death and wounding of additional American and Iraqi personnel. General Soleimani also approved the attacks on the U.S. Embassy in Baghdad that took place this week. This strike was aimed at deterring future Iranian attack plans. The United States will continue to take all necessary action to protect our people and our interests wherever they are around the world.

**b) Anexo 2: Carta do Representante Permanente dos EUA às NU,
Dirigida ao Presidente do CS, 8 de janeiro de 2020**

United
Nations

S/2020/20



Security Council

Distr.: General

9 January 2020

Original: English

**Letter dated 8 January 2020 from the Permanent
Representative of the United States of America to
the United Nations addressed to the President of
the Security Council**

In accordance with Article 51 of the Charter of the United Nations, I wish to report, on behalf of my Government, that the United States has undertaken certain actions in the exercise of its inherent right of self-defence. These actions were in response to an escalating series of armed attacks in recent months by the Islamic Republic of Iran and Iran-supported militias on United States forces and interests in the Middle East region, in order to deter the Islamic Republic of Iran from conducting or supporting further attacks against the United States or United States interests, and to degrade the Islamic Republic of Iran and Islamic Revolutionary Guard Corps Qods Force-supported militias' ability to conduct attacks. These actions include an operation on 2 January 2020 against leadership elements of Iran's Islamic Revolutionary Guard Corps Qods Force on the territory of Iraq. The United States is prepared to take additional actions in the region as necessary to continue to protect United States personnel and interests.

Over the past several months, the United States has been the target of a series of escalating threats and armed attacks by the Islamic Republic of Iran. These have included a threat to the amphibious ship USS *Boxer* on 18 July 2019, while the ship was

conducting a planned inbound transit of the Strait of Hormuz, by an Iranian unmanned aerial system, which was previously reported to the Council, as well as an armed attack on 19 June 2019 by an Iranian surface-to-air missile on an unmanned United States Navy MQ-4 surveillance aircraft on a routine surveillance mission monitoring the Strait of Hormuz in international airspace. The actions taken by the United States occurred in the context of continuing armed attacks by the Islamic Republic of Iran that have endangered international peace and security, including attacks on commercial vessels off the port of Fujayrah and in the Gulf of Oman that threaten freedom of navigation and the security of international commerce, and missile and unmanned aircraft attacks on the territory of Saudi Arabia.

Additionally, Qods Force-backed militias have engaged in a series of attacks against United States forces. Qods Force-backed militia groups in Iraq, including Kata'ib Hizballah, have conducted a series of indirect fire attacks targeting bases where United States forces in Iraq are located. On 27 December 2019, one such attack resulted in the death of a United States Government contractor and injury to four United States service members, all of whom were present in Iraq with the consent and at the request of the Iraqi Government for counter-ISIS operations notified to the Council in the United States letter dated 23 September 2014. In immediate response to this 27 December attack, the United States struck five targets associated with Kata'ib Hizballah in Iraq and Syria on 29 December 2019. Kata'ib Hizballah and other Qods Force-backed militias then participated in an attack on the United States Embassy in Baghdad on 31 December 2019, which resulted in significant damage to Embassy property.

Since our response, Iran on 7 January launched more than a dozen ballistic missiles against United States military and coalition forces in Iraq. It is clear that these missiles were launched from Iran and targeted at least two Iraqi military bases hosting United States military and coalition personnel at Al-Asad and Erbil.

The United States wishes to note – as it has done repeatedly over the past years – that we remain committed to a diplomatic resolution. We stand ready to engage without preconditions in serious negotiations with Iran, with the goal of preventing further endangerment of international peace and security or escalation by the Iranian regime.

I ask that you circulate the present letter as a document of the Security Council.

(Signed) Kelly Craft
Ambassador
Permanent Representative

**c) Anexo 3: 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 (Excertos).**

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING MILITARY AND
PARAMILITARY ACTIVITIES IN AND
AGAINST NICARAGUA

(NICARAGUA v. UNITED STATES OF AMERICA)

MERITS

JUDGMENT OF 27 JUNE 1986

1986

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE DES ACTIVITÉS MILITAIRES
ET PARAMILITAIRES AU NICARAGUA
ET CONTRE CELUI-CI

(NICARAGUA c. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE)

FOND

that members of the former Somoza National Guard, together with civilian opponents to the Sandinista régime, withdrew from Nicaragua soon after that régime was installed in Managua, and sought to continue their struggle against it, even if in a disorganized way and with limited and ineffectual resources, before the Respondent took advantage of the existence of these opponents and incorporated this fact into its policies vis-à-vis the régime of the Applicant. Nor does the evidence warrant a finding that the United States gave "direct and critical combat support", at least if that form of words is taken to mean that this support was tantamount to direct intervention by the United States combat forces, or that all *contra* operations reflected strategy and tactics wholly devised by the United States. On the other hand, the Court holds it established that the United States authorities largely financed, trained, equipped, armed and organized the FDN.

109. What the Court has to determine at this point is whether or not the relationship of the *contras* to the United States Government was so much one of dependence on the one side and control on the other that it would be right to equate the *contras*, for legal purposes, with an organ of the United States Government, or as acting on behalf of that Government. Here it is relevant to note that in May 1983 the assessment of the Intelligence Committee, in the Report referred to in paragraph 95 above, was that the *contras* "constitute[d] an independent force" and that the "only element of control that could be exercised by the United States" was "cessation of aid". Paradoxically this assessment serves to underline, *a contrario*, the potential for control inherent in the degree of the *contras*' dependence on aid. Yet despite the heavy subsidies and other support provided to them by the United States, there is no clear evidence of the United States having actually exercised such a degree of control in all fields as to justify treating the *contras* as acting on its behalf.

110. So far as the potential control constituted by the possibility of cessation of United States military aid is concerned, it may be noted that after 1 October 1984 such aid was no longer authorized, though the sharing of intelligence, and the provision of "humanitarian assistance" as defined in the above-cited legislation (paragraph 97) may continue. Yet, according to Nicaragua's own case, and according to press reports, *contra* activity has continued. In sum, the evidence available to the Court indicates that the various forms of assistance provided to the *contras* by the United States have been crucial to the pursuit of their activities, but is insufficient to demonstrate their complete dependence on United States aid. On the other hand, it indicates that in the initial years of United States assistance the *contra* force was so dependent. However, whether the United States Government at any stage devised the strategy and directed the tactics of the *contras* depends on the extent to which the United States made use of the potential for control inherent in that dependence. The Court already indicated that it has insufficient evidence to reach a finding on this point. It is *a fortiori* unable to determine that the *contra* force may be equated for

observe humanitarian standards and no reference to the concept of military necessity". In support of this, Nicaragua has catalogued numerous incidents, attributed to "CIA-trained mercenaries" or "mercenary forces", of kidnapping, assassination, torture, rape, killing of prisoners, and killing of civilians not dictated by military necessity. The declaration of Commander Carrión annexed to the Memorial lists the first such incident in December 1981, and continues up to the end of 1984. Two of the witnesses called by Nicaragua (Father Loison and Mr. Glennon) gave oral evidence as to events of this kind. By way of examples of evidence to provide "direct proof of the tactics adopted by the *contras* under United States guidance and control", the Memorial of Nicaragua offers a statement, reported in the press, by the ex-FDN leader Mr. Edgar Chamorro, repeated in the latter's affidavit, of assassinations in Nicaraguan villages; the alleged existence of a classified Defence Intelligence Agency report of July 1982, reported in the *New York Times* on 21 October 1984, disclosing that the *contras* were carrying out assassinations; and the preparation by the CIA in 1983 of a manual of psychological warfare. At the hearings, reliance was also placed on the affidavit of Mr. Chamorro.

114. In this respect, the Court notes that according to Nicaragua, the *contras* are no more than bands of mercenaries which have been recruited, organized, paid and commanded by the Government of the United States. This would mean that they have no real autonomy in relation to that Government. Consequently, any offences which they have committed would be imputable to the Government of the United States, like those of any other forces placed under the latter's command. In the view of Nicaragua, "*stricto sensu*, the military and paramilitary attacks launched by the United States against Nicaragua do not constitute a case of civil strife. They are essentially the acts of the United States." If such a finding of the imputability of the acts of the *contras* to the United States were to be made, no question would arise of mere complicity in those acts, or of incitement of the *contras* to commit them.

115. The Court has taken the view (paragraph 110 above) that United States participation, even if preponderant or decisive, in the financing, organizing, training, supplying and equipping of the *contras*, the selection of its military or paramilitary targets, and the planning of the whole of its operation, is still insufficient in itself, on the basis of the evidence in the possession of the Court, for the purpose of attributing to the United States the acts committed by the *contras* in the course of their military or paramilitary operations in Nicaragua. All the forms of United States participation mentioned above, and even the general control by the respondent State over a force with a high degree of dependency on it, would not in themselves mean, without further evidence, that the United States directed or enforced the perpetration of the acts contrary to human rights and humanitarian law alleged by the applicant State. Such acts could well be committed by members of the *contras* without the control of the United

States. For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed.

116. The Court does not consider that the assistance given by the United States to the *contras* warrants the conclusion that these forces are subject to the United States to such an extent that any acts they have committed are imputable to that State. It takes the view that the *contras* remain responsible for their acts, and that the United States is not responsible for the acts of the *contras*, but for its own conduct vis-à-vis Nicaragua, including conduct related to the acts of the *contras*. What the Court has to investigate is not the complaints relating to alleged violations of humanitarian law by the *contras*, regarded by Nicaragua as imputable to the United States, but rather unlawful acts for which the United States may be responsible directly in connection with the activities of the *contras*. The lawfulness or otherwise of such acts of the United States is a question different from the violations of humanitarian law of which the *contras* may or may not have been guilty. It is for this reason that the Court does not have to determine whether the violations of humanitarian law attributed to the *contras* were in fact committed by them. At the same time, the question whether the United States Government was, or must have been, aware at the relevant time that allegations of breaches of humanitarian law were being made against the *contras* is relevant to an assessment of the lawfulness of the action of the United States. In this respect, the material facts are primarily those connected with the issue in 1983 of a manual of psychological operations.

117. Nicaragua has in fact produced in evidence before the Court two publications which it claims were prepared by the CIA and supplied to the *contras* in 1983. The first of these, in Spanish, is entitled “*Operaciones psicológicas en guerra de guerrillas*” (Psychological Operations in Guerrilla Warfare), by “Tayacán”; the certified copy supplied to the Court carries no publisher’s name or date. In its Preface, the publication is described as

“a manual for the training of guerrillas in psychological operations, and its application to the concrete case of the Christian and democratic crusade being waged in Nicaragua by the Freedom Commandos”.

The second is entitled the *Freedom Fighter’s Manual*, with the subtitle “Practical guide to liberating Nicaragua from oppression and misery by paralyzing the military-industrial complex of the traitorous marxist state without having to use special tools and with minimal risk for the combatant”. The text is printed in English and Spanish, and illustrated with simple drawings : it consists of guidance for elementary sabotage techniques. The only indications available to the Court of its authorship are reports in the *New York Times*, quoting a United States Congressman and

the treaties which cannot be applied by virtue of the United States reservation. On a number of points, the areas governed by the two sources of law do not exactly overlap, and the substantive rules in which they are framed are not identical in content. But in addition, even if a treaty norm and a customary norm relevant to the present dispute were to have exactly the same content, this would not be a reason for the Court to take the view that the operation of the treaty process must necessarily deprive the customary norm of its separate applicability. Nor can the multilateral treaty reservation be interpreted as meaning that, once applicable to a given dispute, it would exclude the application of any rule of customary international law the content of which was the same as, or analogous to, that of the treaty-law rule which had caused the reservation to become effective.

176. As regards the suggestion that the areas covered by the two sources of law are identical, the Court observes that the United Nations Charter, the convention to which most of the United States argument is directed, by no means covers the whole area of the regulation of the use of force in international relations. On one essential point, this treaty itself refers to pre-existing customary international law ; this reference to customary law is contained in the actual text of Article 51, which mentions the “inherent right” (in the French text the “*droit naturel*”) of individual or collective self-defence, which “nothing in the present Charter shall impair” and which applies in the event of an armed attack. The Court therefore finds that Article 51 of the Charter is only meaningful on the basis that there is a “natural” or “inherent” right of self-defence, and it is hard to see how this can be other than of a customary nature, even if its present content has been confirmed and influenced by the Charter. Moreover the Charter, having itself recognized the existence of this right, does not go on to regulate directly all aspects of its content. For example, it does not contain any specific rule whereby self-defence would warrant only measures which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it, a rule well established in customary international law. Moreover, a definition of the “armed attack” which, if found to exist, authorizes the exercise of the “inherent right” of self-defence, is not provided in the Charter, and is not part of treaty law. It cannot therefore be held that Article 51 is a provision which “subsumes and supervenes” customary international law. It rather demonstrates that in the field in question, the importance of which for the present dispute need hardly be stressed, customary international law continues to exist alongside treaty law. The areas governed by the two sources of law thus do not overlap exactly, and the rules do not have the same content. This could also be demonstrated for other subjects, in particular for the principle of non-intervention.

177. But as observed above (paragraph 175), even if the customary norm and the treaty norm were to have exactly the same content, this

would not be a reason for the Court to hold that the incorporation of the customary norm into treaty-law must deprive the customary norm of its applicability as distinct from that of the treaty norm. The existence of identical rules in international treaty law and customary law has been clearly recognized by the Court in the *North Sea Continental Shelf* cases. To a large extent, those cases turned on the question whether a rule enshrined in a treaty also existed as a customary rule, either because the treaty had merely codified the custom, or caused it to “crystallize”, or because it had influenced its subsequent adoption. The Court found that this identity of content in treaty law and in customary international law did not exist in the case of the rule invoked, which appeared in one article of the treaty, but did not suggest that such identity was debarred as a matter of principle : on the contrary, it considered it to be clear that certain other articles of the treaty in question “were . . . regarded as reflecting, or as crystallizing, received or at least emergent rules of customary international law” (*I.C.J. Reports 1969*, p. 39, para. 63). More generally, there are no grounds for holding that when customary international law is comprised of rules identical to those of treaty law, the latter “supervenes” the former, so that the customary international law has no further existence of its own.

178. There are a number of reasons for considering that, even if two norms belonging to two sources of international law appear identical in content, and even if the States in question are bound by these rules both on the level of treaty-law and on that of customary international law, these norms retain a separate existence. This is so from the standpoint of their applicability. In a legal dispute affecting two States, one of them may argue that the applicability of a treaty rule to its own conduct depends on the other State’s conduct in respect of the application of other rules, on other subjects, also included in the same treaty. For example, if a State exercises its right to terminate or suspend the operation of a treaty on the ground of the violation by the other party of a “provision essential to the accomplishment of the object or purpose of the treaty” (in the words of Art. 60, para. 3 (b), of the Vienna Convention on the Law of Treaties), it is exempted, vis-à-vis the other State, from a rule of treaty-law because of the breach by that other State of a different rule of treaty-law. But if the two rules in question also exist as rules of customary international law, the failure of the one State to apply the one rule does not justify the other State in declining to apply the other rule. Rules which are identical in treaty law and in customary international law are also distinguishable by reference to the methods of interpretation and application. A State may accept a rule contained in a treaty not simply because it favours the application of the rule itself, but also because the treaty establishes what that State regards as desirable institutions or mechanisms to ensure implementation of the rule. Thus, if that rule parallels a rule of customary international law, two rules of the same content are subject to separate treatment as regards the organs competent to verify their implementation, depending on whether they are

Memorial on the Merits submitted in the present case states that the principle prohibiting the use of force embodied in Article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations “has come to be recognized as *jus cogens*”. The United States, in its Counter-Memorial on the questions of jurisdiction and admissibility, found it material to quote the views of scholars that this principle is a “universal norm”, a “universal international law”, a “universally recognized principle of international law”, and a “principle of *jus cogens*”.

191. As regards certain particular aspects of the principle in question, it will be necessary to distinguish the most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack) from other less grave forms. In determining the legal rule which applies to these latter forms, the Court can again draw on the formulations contained in the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations (General Assembly resolution 2625 (XXV), referred to above). As already observed, the adoption by States of this text affords an indication of their *opinio juris* as to customary international law on the question. Alongside certain descriptions which may refer to aggression, this text includes others which refer only to less grave forms of the use of force. In particular, according to this resolution :

“Every State has the duty to refrain from the threat or use of force to violate the existing international boundaries of another State or as a means of solving international disputes, including territorial disputes and problems concerning frontiers of States.

.
States have a duty to refrain from acts of reprisal involving the use of force.

.
Every State has the duty to refrain from any forcible action which deprives peoples referred to in the elaboration of the principle of equal rights and self-determination of that right to self-determination and freedom and independence.

Every State has the duty to refrain from organizing or encouraging the organization of irregular forces or armed bands, including mercenaries, for incursion into the territory of another State.

Every State has the duty to refrain from organizing, instigating, assisting or participating in acts of civil strife or terrorist acts in another State or acquiescing in organized activities within its territory directed towards the commission of such acts, when the acts referred to in the present paragraph involve a threat or use of force.”

Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, the reference to the prohibition of force is followed by a paragraph stating that :

“nothing in the foregoing paragraphs shall be construed as enlarging or diminishing in any way the scope of the provisions of the Charter concerning cases in which the use of force is lawful”.

This resolution demonstrates that the States represented in the General Assembly regard the exception to the prohibition of force constituted by the right of individual or collective self-defence as already a matter of customary international law.

194. With regard to the characteristics governing the right of self-defence, since the Parties consider the existence of this right to be established as a matter of customary international law, they have concentrated on the conditions governing its use. In view of the circumstances in which the dispute has arisen, reliance is placed by the Parties only on the right of self-defence in the case of an armed attack which has already occurred, and the issue of the lawfulness of a response to the imminent threat of armed attack has not been raised. Accordingly the Court expresses no view on that issue. The Parties also agree in holding that whether the response to the attack is lawful depends on observance of the criteria of the necessity and the proportionality of the measures taken in self-defence. Since the existence of the right of collective self-defence is established in customary international law, the Court must define the specific conditions which may have to be met for its exercise, in addition to the conditions of necessity and proportionality to which the Parties have referred.

195. In the case of individual self-defence, the exercise of this right is subject to the State concerned having been the victim of an armed attack. Reliance on collective self-defence of course does not remove the need for this. There appears now to be general agreement on the nature of the acts which can be treated as constituting armed attacks. In particular, it may be considered to be agreed that an armed attack must be understood as including not merely action by regular armed forces across an international border, but also “the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to” (*inter alia*) an actual armed attack conducted by regular forces, “or its substantial involvement therein”. This description, contained in Article 3, paragraph (g), of the Definition of Aggression annexed to General Assembly resolution 3314 (XXIX), may be taken to reflect customary international law. The Court sees no reason to deny that, in customary law, the prohibition of armed attacks may apply to the sending by a State of armed bands to the territory of another State, if such an operation, because of its scale and effects, would have been classified as an armed attack rather than as a mere frontier incident had it been carried out by regular armed forces. But the

Court does not believe that the concept of “armed attack” includes not only acts by armed bands where such acts occur on a significant scale but also assistance to rebels in the form of the provision of weapons or logistical or other support. Such assistance may be regarded as a threat or use of force, or amount to intervention in the internal or external affairs of other States. It is also clear that it is the State which is the victim of an armed attack which must form and declare the view that it has been so attacked. There is no rule in customary international law permitting another State to exercise the right of collective self-defence on the basis of its own assessment of the situation. Where collective self-defence is invoked, it is to be expected that the State for whose benefit this right is used will have declared itself to be the victim of an armed attack.

196. The question remains whether the lawfulness of the use of collective self-defence by the third State for the benefit of the attacked State also depends on a request addressed by that State to the third State. A provision of the Charter of the Organization of American States is here in point : and while the Court has no jurisdiction to consider that instrument as applicable to the dispute, it may examine it to ascertain what light it throws on the content of customary international law. The Court notes that the Organization of American States Charter includes, in Article 3 (*f*), the principle that : “an act of aggression against one American State is an act of aggression against all the other American States” and a provision in Article 27 that :

“Every act of aggression by a State against the territorial integrity or the inviolability of the territory or against the sovereignty or political independence of an American State shall be considered an act of aggression against the other American States.”

197. Furthermore, by Article 3, paragraph 1, of the Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance, signed at Rio de Janeiro on 2 September 1947, the High-Contracting Parties

“agree that an armed attack by any State against an American State shall be considered as an attack against all the American States and, consequently, each one of the said Contracting Parties undertakes to assist in meeting the attack in the exercise of the inherent right of individual or collective self-defence recognized by Article 51 of the Charter of the United Nations” ;

and under paragraph 2 of that Article,

“On the request of the State or States directly attacked and until the decision of the Organ of Consultation of the Inter-American System, each one of the Contracting Parties may determine the immediate

measures which it may individually take in fulfilment of the obligation contained in the preceding paragraph and in accordance with the principle of continental solidarity.”

(The 1947 Rio Treaty was modified by the 1975 Protocol of San José, Costa Rica, but that Protocol is not yet in force.)

198. The Court observes that the Treaty of Rio de Janeiro provides that measures of collective self-defence taken by each State are decided “on the request of the State or States directly attacked”. It is significant that this requirement of a request on the part of the attacked State appears in the treaty particularly devoted to these matters of mutual assistance ; it is not found in the more general text (the Charter of the Organization of American States), but Article 28 of that Charter provides for the application of the measures and procedures laid down in “the special treaties on the subject”.

199. At all events, the Court finds that in customary international law, whether of a general kind or that particular to the inter-American legal system, there is no rule permitting the exercise of collective self-defence in the absence of a request by the State which regards itself as the victim of an armed attack. The Court concludes that the requirement of a request by the State which is the victim of the alleged attack is additional to the requirement that such a State should have declared itself to have been attacked.

200. At this point, the Court may consider whether in customary international law there is any requirement corresponding to that found in the treaty law of the United Nations Charter, by which the State claiming to use the right of individual or collective self-defence must report to an international body, empowered to determine the conformity with international law of the measures which the State is seeking to justify on that basis. Thus Article 51 of the United Nations Charter requires that measures taken by States in exercise of this right of self-defence must be “immediately reported” to the Security Council. As the Court has observed above (paragraphs 178 and 188), a principle enshrined in a treaty, if reflected in customary international law, may well be so unencumbered with the conditions and modalities surrounding it in the treaty. Whatever influence the Charter may have had on customary international law in these matters, it is clear that in customary international law it is not a condition of the lawfulness of the use of force in self-defence that a procedure so closely dependent on the content of a treaty commitment and of the institutions established by it, should have been followed. On the other hand, if self-defence is advanced as a justification for measures which would otherwise be in breach both of the principle of customary international law and of that contained in the Charter, it is to be expected that the conditions of the Charter should be respected. Thus for the purpose of enquiry into the customary law position, the absence of a report may be one of the factors indicating whether the State in question was itself convinced that it was acting in self-defence.

assistance to the *contras* in Nicaragua, by “organizing or encouraging the organization of irregular forces or armed bands . . . for incursion into the territory of another State”, and “participating in acts of civil strife . . . in another State”, in the terms of General Assembly resolution 2625 (XXV). According to that resolution, participation of this kind is contrary to the principle of the prohibition of the use of force when the acts of civil strife referred to “involve a threat or use of force”. In the view of the Court, while the arming and training of the *contras* can certainly be said to involve the threat or use of force against Nicaragua, this is not necessarily so in respect of all the assistance given by the United States Government. In particular, the Court considers that the mere supply of funds to the *contras*, while undoubtedly an act of intervention in the internal affairs of Nicaragua, as will be explained below, does not in itself amount to a use of force.

229. The Court must thus consider whether, as the Respondent claims, the acts in question of the United States are justified by the exercise of its right of collective self-defence against an armed attack. The Court must therefore establish whether the circumstances required for the exercise of this right of self-defence are present and, if so, whether the steps taken by the United States actually correspond to the requirements of international law. For the Court to conclude that the United States was lawfully exercising its right of collective self-defence, it must first find that Nicaragua engaged in an armed attack against El Salvador, Honduras or Costa Rica.

230. As regards El Salvador, the Court has found (paragraph 160 above) that it is satisfied that between July 1979 and the early months of 1981, an intermittent flow of arms was routed via the territory of Nicaragua to the armed opposition in that country. The Court was not however satisfied that assistance has reached the Salvadorian armed opposition, on a scale of any significance, since the early months of 1981, or that the Government of Nicaragua was responsible for any flow of arms at either period. Even assuming that the supply of arms to the opposition in El Salvador could be treated as imputable to the Government of Nicaragua, to justify invocation of the right of collective self-defence in customary international law, it would have to be equated with an armed attack by Nicaragua on El Salvador. As stated above, the Court is unable to consider that, in customary international law, the provision of arms to the opposition in another State constitutes an armed attack on that State. Even at a time when the arms flow was at its peak, and again assuming the participation of the Nicaraguan Government, that would not constitute such armed attack.

231. Turning to Honduras and Costa Rica, the Court has also stated (paragraph 164 above) that it should find established that certain trans-

border incursions into the territory of those two States, in 1982, 1983 and 1984, were imputable to the Government of Nicaragua. Very little information is however available to the Court as to the circumstances of these incursions or their possible motivations, which renders it difficult to decide whether they may be treated for legal purposes as amounting, singly or collectively, to an "armed attack" by Nicaragua on either or both States. The Court notes that during the Security Council debate in March/April 1984, the representative of Costa Rica made no accusation of an armed attack, emphasizing merely his country's neutrality and support for the Contadora process (S/PV.2529, pp. 13-23) ; the representative of Honduras however stated that

"my country is the object of aggression made manifest through a number of incidents by Nicaragua against our territorial integrity and civilian population" (*ibid.*, p. 37).

There are however other considerations which justify the Court in finding that neither these incursions, nor the alleged supply of arms to the opposition in El Salvador, may be relied on as justifying the exercise of the right of collective self-defence.

232. The exercise of the right of collective self-defence presupposes that an armed attack has occurred ; and it is evident that it is the victim State, being the most directly aware of that fact, which is likely to draw general attention to its plight. It is also evident that if the victim State wishes another State to come to its help in the exercise of the right of collective self-defence, it will normally make an express request to that effect. Thus in the present instance, the Court is entitled to take account, in judging the asserted justification of the exercise of collective self-defence by the United States, of the actual conduct of El Salvador, Honduras and Costa Rica at the relevant time, as indicative of a belief by the State in question that it was the victim of an armed attack by Nicaragua, and of the making of a request by the victim State to the United States for help in the exercise of collective self-defence.

233. The Court has seen no evidence that the conduct of those States was consistent with such a situation, either at the time when the United States first embarked on the activities which were allegedly justified by self-defence, or indeed for a long period subsequently. So far as El Salvador is concerned, it appears to the Court that while El Salvador did in fact officially declare itself the victim of an armed attack, and did ask for the United States to exercise its right of collective self-defence, this occurred only on a date much later than the commencement of the United States activities which were allegedly justified by this request. The Court notes that on 3 April 1984, the representative of El Salvador before the United Nations Security Council, while complaining of the "open foreign intervention practised by Nicaragua in our internal affairs" (S/PV.2528, p. 58), refrained from stating that El Salvador had been subjected to armed

**A validade da cláusula compromissória do caso Petrobras à luz do
ordenamento jurídico português e brasileiro**

Sara Regina de Pádua Andrade

Sob a orientação do Professor
Doutor António Agostinho Guedes

“A vida é assim: esquenta e
esfria, aperta e daí afrouxa,
sossega e depois desinquieta.
O que ela quer da gente é
coragem”

-Guimarães Rosa

Agradecimentos

Agradeço aos meus pais por me incentivarem e tornarem possível enfrentar este desafio.

Agradeço ao Francisco, meu companheiro de vida, por ter me feito mais forte, confiante e mais feliz ao concretizá-lo.

Agradeço a estes e aos meus irmãos, primos, tios, amigos e familiares que tornar esta caminhada mais leve e que contribuíram de diferentes formas para a sua realização.

Por fim, agradeço ao Professor Doutor António Agostinho Guedes, meu Orientador e Professor, pela disponibilidade permanente, pela paciência inesgotável e por ser meu guia e conselheiro nesta e em outras lutas profissionais e pessoais.

Resumo

O presente trabalho visa dar respostas a duas questões. A primeira é saber se a partir de uma análise crítica do Acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil n.º 151.130 – SP (2017/00433173-8) (Ac. STJ) é possível propor uma conclusão diversa da proferida pelo voto vencedor do referido acórdão acerca da validade da cláusula compromissória prevista no Artigo 58.º dos Estatutos da Petrobras (Artigo 58.º). A segunda questão prende-se em saber se o Artigo 58.º, à luz do ordenamento jurídico português, produziria efeitos se estivesse previsto nos estatutos de uma sociedade de economia “mista”¹ portuguesa. Para dar respostas a estas questões utilizaremos o seguinte referencial teórico: maioritariamente o Ac. do STJ, sobretudo o relatório da ministra Nancy Adrigli, na análise do ordenamento jurídico brasileiro; essencialmente as doutrinas de A. M. Cordeiro, M. A. Barrocas e P. Maia, para analisar o ordenamento jurídico português. Confrontaremos as referidas bases teóricas com os entendimentos proferidos por outros autores, bem como com a legislação consolidada nos respetivos ordenamentos. A partir do estado da arte identificado em cada país, serão elucidadas semelhanças e divergências destes sistemas quanto às questões dos efeitos das cláusulas compromissórias, a problemática da arbitrabilidade do litígio e da arbitragem societária. Realizada essa análise, será proposta uma interpretação acerca da validade do Artigo 58.º, tanto à luz do ordenamento jurídico-brasileiro como quanto do ordenamento jurídico português. Em conclusão preliminar, entendemos ser possível propor uma decisão em sentido diverso ao maioritário no âmbito do Ac. STJ e, à luz do ordenamento jurídico português, inclina-se pela validade do Artigo 58.º do Estatuto da Petrobras.

Palavras-chave: cláusula compromissória; princípio competência-competência; cláusulas patológicas; arbitragem societária; artigo 58.º dos estatutos da Petrobras; invalidade da cláusula compromissória.

¹ O Inciso III, art. 5.º do Decreto-Lei n.º 200/67 conceitua a sociedade de economia mista nos seguintes termos: “Sociedade de economia mista – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração indireta”.

Abstract

This dissertation aims to provide answers to two specific questions. The first is whether a critical analysis of Brazilian Superior Court of Justice ruling no. 151.130 – SP (2017/00433173-8) (“BSCJ ruling”) allows us to propose a conclusion different from the one reached by the winning vote in that ruling on the validity of the arbitration clause set forth in Article 58 of Petrobras’ Articles of Association (Article 58). The second is whether, in the light of the Portuguese legal system, Article 58 would be effective if it were provided for in the articles of a mixed-economy company². In order to answer these questions, we will use the following theoretical framework: (1) in the analysis of the Brazilian legal system, mostly the BSCJ ruling, especially Minister Nancy Adrighi’s report, (2) and the doctrines of A. M. Cordeiro, M. A. Barrocas and P. Maia to analyse the Portuguese legal system. We will confront the referred theoretical bases with the understandings pronounced by other authors, as well as with the consolidated legislation in the respective legal systems. Based on the state of the art identified in each country, we will highlight both systems’ similarities and divergences regarding the effects of arbitration clauses, the problem dispute arbitrability, and corporate arbitration. After this analysis, we propose an interpretation of the validity of Article 58 considering both the Brazilian and the Portuguese legal systems. As a preliminary conclusion, we consider that it is possible to propose a decision different from the one reached by the winning vote in the BSCJ ruling. As regards the Portuguese legal system, we are inclined to the validity of said Article 58.

Keywords: commitment clause; competence principle; pathological clauses; corporate arbitration; article 58 of Petrobras’ statutes; invalidity of the commitment clause.

² Item III, Article 5 of Decree-Law 200/67 defines mixed-economy company in the following terms: “Mixed economy company – the entity endowed with legal personality of private law, created by law for the exploitation of economic activity, in the form of a joint stock company, whose shares with voting rights belong in their majority to the Union or to an entity of the indirect Administration”.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac. RC-PT	Acórdão do tribunal da relação de Coimbra
Ac. RG-PT	Acórdão do tribunal da relação de Guimarães
Ac. RL-PT	Acórdão do tribunal da relação de Lisboa
Ac. RP-PT	Acórdão do tribunal da relação do Porto
Ac. STJ	Acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (STJ), n.º 151.130 – SP (2017/00433173-8)
Ac. STJ-PT	Acórdão do Supremo tribunal de justiça de Portugal
APA	Associação Portuguesa de Arbitragem
art.	artigo(s)
CAM-BOVESP	Câmara de Arbitragem do Mercado
CC	Código Civil Português (Decreto-Lei n.º 47344)
CLT	Consolidação das Leis Do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil Português (Lei n.º 41/2013)
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Lei n.º 15/2002)
LAB	Lei de Arbitragem Brasileira (Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996)
LAV	Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011)
MS	Mato Grosso do Sul
n.º(s)	número(s)
P(p).	página(s)
PETROBRAS	Petróleo Brasileiro S.A.
PPP	Parceria Público-Privada
Ref.	Referência
RIA	Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação
RJAS	Regime Jurídico da Arbitragem societária (projeto)
ROA	Revista da Ordem Dos Advogados (Portugal)
SP	São Paulo
ss.	seguintes
STJ	Superior Tribunal de Justiça do Brasil
TRF	Tribunal Regional Federal
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

Índice

Introdução	8
1 Descrição sumária dos fatos	13
2 Convenção de arbitragem	14
2.1 Definição	14
2.2 Efeitos da convenção de arbitragem	15
2.3 A competência do tribunal arbitral para apreciar a sua própria competência (princípio competência-competência) e o afastamento da jurisdição estatal	17
2.4 O entendimento do STJ Brasileiro e seus fundamentos	19
3 Exceções a produção dos efeitos da convenção de arbitragem e a manifestação do princípio competência-competência	20
3.1 Exceções	20
3.2 As cláusulas patológicas segundo o Ac. STJ	22
3.3 A vinculação do Estado à convenção de arbitragem (arbitrabilidade subjetiva)	23
3.3.1 A arbitrabilidade subjetiva	23
3.3.2 A União como parte na convenção à luz do ordenamento jurídico português	25
3.3.3 O entendimento do STJ sobre a questão da arbitrabilidade subjetiva	26
3.4 A disponibilidade dos direitos em litígio (arbitrabilidade objetiva)	27
3.4.1 A arbitrabilidade objetiva	27
3.4.2 O entendimento do STJ brasileiro sobre a questão da arbitrabilidade objetiva	28
3.5 Arbitragem societária à luz do ordenamento jurídico português	30
4 A validade da cláusula compromissória do caso Petrobras à luz do ordenamento jurídico português e brasileiro	32
4.1 À luz do ordenamento jurídico brasileiro, o Artigo 58.º deve produzir efeitos?	33
4.2 À luz do ordenamento jurídico português, o Artigo 58.º produziria efeitos se estivesse inserido nos estatutos de uma sociedade mista portuguesa?	35
Considerações finais	38
Bibliografia	39
Decisões judiciais citadas	41

Introdução

A arbitragem é um fenómeno socioeconómico que, de alguma forma, pode ser considerado imposta aos legisladores de todo o mundo como meio de viabilizar e acompanhar o desenvolvimento económico em escala global³. A globalização dos mercados financeiros e comerciais catalisou a necessidade de um meio de resolução de litígios que desse resposta à carência desse novo modelo de trocas. O mercado passou, portanto, a exigir especialidade, celeridade, sigilo, flexibilidade quanto às regras aplicadas e um processo “taylor made”⁴. Todas essas características foram encontradas na arbitragem e, por isso, esta tornou-se um instrumento indispensável⁵ ao bom funcionamento do mercadejo. Sendo assim, esta tese será dedicada à análise de um dos aspetos que acreditamos ser fundamental à arbitragem: a convenção de arbitragem⁶. A arbitragem se concretiza através destas convenções e, por isso, muitas das problemáticas discutidas no âmbito deste ramo passam pela análise cuidada deste negócio. Para além do exposto, a opção por este enquadramento temático deve-se ao fato de, sabida da estreita relação comercial e cultural entre Brasil e Portugal, entendermos que traçar semelhanças e diferenças a respeito desta matéria contribuirá para um maior êxito das convenções arbitrais luso-brasileiras.

Com este propósito, realizaremos um estudo das convenções de arbitragem assente no Acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, n.º 151.130 – SP (2017/00433173-8), na medida em que procuramos concretizar os seguintes objetivos principais: o primeiro é saber se, alicerçados em uma análise crítica do Ac. STJ, é possível chegarmos a uma conclusão diversa da proferida pelo voto vencedor. O segundo é saber se, à luz do ordenamento jurídico português, o Artigo 58.º do Estatuto da Petrobras (Artigo 58.º) seria válido se estivesse inserido nas clausulas estatutárias de uma empresa “mista” portuguesa.

Para esse efeito, passaremos a transcrevermos o Artigo 58.º do Estatuto da Petrobras na íntegra, bem como o parágrafo único que o acompanha:

“Art. 58. Deverão ser resolvidas por meio de arbitragem, obedecidas as regras previstas pela Câmara de Arbitragem do Mercado, as disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404, de 1976, neste Estatuto Social, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, bem como as demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes dos contratos eventualmente celebrados pela Petrobras com

³ Sobre a conceção moderna de arbitrabilidade: Barrocas, 2011, p. 104.

⁴ Segundo o dicionário de Cambridge a expressão “taylor made” significa “Specially made for a particular purpose”. É este o sentido que empregamos no presente manuscrito.

⁵ Barrocas, 2011, pp. 46-47.

⁶ Partilha desta mesma opinião Pinheiro, 2004, p. 1.

bolsa de valores ou entidade mantenedora de mercado de balcão organizado, credenciada na Comissão de Valores Mobiliários, tendo por objetivo a adoção de padrões de governança societária fixados por estas entidades, e dos respectivos regulamentos de práticas diferenciadas de governança corporativa, se for o caso.

Parágrafo único. As deliberações da União, através de voto em Assembleia Geral, que visem a orientações de seus negócios, nos termos do artigo 238 da Lei n.º 6.404, de 1976, são considerados formas de exercício de direitos indisponíveis e não estarão sujeitas ao procedimento arbitral previsto no caput deste artigo”.

Nesse contexto, iremos ao longo da presente dissertação delimitar o conceito de cláusula compromissória, dos requisitos exigidos para a validade destas e assinalar os contornos da arbitrabilidade objetiva e subjetiva. Por fim, iremos posicionarmo-nos sobre a validade, ou não, do referida Artigo 58.º à luz do ordenamento jurídico português e brasileiro.

Utilizaremos como referencial teórico do ordenamento jurídico brasileiro o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, n.º 151.130 – SP (2017/00433173-8) (doravante Ac. STJ), sobretudo o relatório da ministra N. Adrigli, que, a partir de um conflito positivo de competências entre a Câmara de Comércio CAM-BOVESPA, o Juízo Federal da 13.ª Vara e o TRF 3.ª Região, aborda a questão da validade da cláusula compromissória. A opção por esta decisão prende-se com o fato de, face à complexidade do caso em julgamento, ser exigido aos decisores uma análise transversal ao direito da arbitragem. Isto é, por levantar a questão da invalidade *prima facie* da cláusula compromissória, ao decidir os ministros relatores do Ac. STJ, N. Adrigli, M. A. Bellizze e L. F. Salomão tiveram de, por um lado, regressar aos pilares fundamentais da arbitragem e definir contornos do âmbito de aplicação e alcance desta figura; por outro, foi preciso dar respostas a questões que ainda se encontram em desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso da arbitragem societária e da questão do Estado como parte numa convenção de arbitragem. Para analisarmos o ordenamento jurídico português, por sua vez, utilizaremos essencialmente as doutrinas de A. M. Cordeiro, M. A. Barrocas e P. Maia.

Confrontaremos as referidas bases teóricas com o entendimento proferido por outros autores, bem como com a consagração legal consolidada nos respetivos ordenamentos, vislumbrando a satisfação das hipóteses que apresentaremos nesta tese. A primeira hipótese é que o voto vencido proferido pela ministra N. Adrigli é mais coerente com o ordenamento jurídico brasileiro presente e futuro. Como segunda hipótese entendemos que o Artigo 58.º, uma vez inserido em uma empresa “mista” portuguesa seria considerado válido à luz do ordenamento jurídico português.

Para testar as referidas hipóteses, a metodologia utilizada nesta tese terá como obra de referência “(Re)pensando a pesquisa jurídica”, das autoras M. B. S. Gustin, M. T. F. Dias e C. S. Nicácio, Almedina, 2020. A linha de pensamento teórico metodológica que utilizaremos será

a crítico-metodológica, na interpretação do direito como uma “rede complexa de linguagens e de significados”. Esta opção prende-se com o fato de nos parecer fundamental estabelecer uma estreita comunicação entre o direito e aspetos políticos, sociais e económicos para se identificar a interpretação de normas e conceitos mais coerentes com o sistema jurídico como um todo. A partir da linha supramencionada, a vertente teórica-metodológica que seguiremos será a jurídico-dogmática uma vez que, ao longo desta tese tentaremos compreender, individualmente, as relações normativas internas do ordenamento jurídico brasileiro e português com vista a, por exemplo, propor interpretações normativas que preencham eventuais lacunas identificadas em cada um destes ordenamentos.

Para além da análise teórica e abstrata supramencionada, esta pesquisa também ambiciona propor uma solução eficaz para as questões colocadas em causa. Pretendemos propor uma decisão judicial alternativa a do voto vencedor no Ac. STJ e identificar possíveis interpretações normativas que possam preencher as lacunas que acreditamos existir no ordenamento jurídico português. Para este efeito nos valeremos de um processo de raciocínio indutivo-dedutivo. O raciocínio indutivo será utilizado sobretudo quando estiver em causa a análise do Ac. STJ, uma vez que partiremos de um caso concreto para investigar de forma mais ampla os contornos dogmáticos, normativos e jurisprudenciais da problemática da validade das cláusulas compromissórias, à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Feita esta análise indutiva, será aplicado um raciocínio dedutivo sobre o enquadramento alcançado pela referida análise com vista a confirmar a decisão proferida no Ac. STJ ou identificar outra possível solução para o caso decidido. Para escrutinar o ordenamento jurídico português, por sua vez, utilizaremos predominantemente, o raciocínio dedutivo. Partiremos de normas, princípios gerais e interpretações da doutrina para definir convenções de arbitragem, seus efeitos, os contornos do princípio competência-competência, o Artigo 58.º será subsumido a estes e por fim, responder aos objetivos do presente trabalho.

Para concretizar este raciocínio, utilizar-se-á sobretudo o género de pesquisa teórico propostos pelo autor Pedro Demo⁷. Esse género pode ser identificado na revisão de teorias, conceitos e referências teórica-doutrinárias, nomeadamente quando se verificar a definição de cláusulas compromissórias, cláusulas patológicas, os efeitos destas, bem como, ao analisarmos os contornos da interpretação de normas. Dentro do género teórico, seguindo a classificação de Witker e Olalla⁸, faremos uma pesquisa jurídico-descritivo, jurídico-comparativo, jurídico-compreensivo, jurídico-prospetivo e jurídico-exploratório. A primeira será utilizada, por exemplo, para delimitar os contornos do problema da validade das cláusulas compromissórias, através da definição de conceitos básicos essenciais para se identificar e interpretar uma cláusula compromissória. O género jurídico-comparativo revelar-se-á quando se identificar

⁷ Demo, 1995, p. 293.

⁸ Velásquez & Olalla, 1991, p. 148.

similitudes e diferenças no ordenamento jurídico brasileiro e no português, bem como quando se analisar individualmente cada sistema jurídico e comparar-se diferentes fontes de direito dentro de um mesmo sistema com vista, por exemplo, à integração de lacunas. Esta comparação tem fundamental relevância na elaboração da nossa segunda hipótese, uma vez que o facto de a jurisprudência brasileira trazer soluções ainda não consolidadas no ordenamento jurídico português nos levantar a possibilidade de, através da analogia, propor a solução já consolidada no primeiro país ao segundo. Também será realizada uma pesquisa jurídico-compreensivo, uma vez que faremos a decomposição da convenção de arbitragem nos seus requisitos de arbitrabilidade subjetiva, objetiva e a análise da arbitrabilidade societária, para encontrar a solução para o problema da validade do Artigo 58.º. Uma vez que a arbitrabilidade societária ainda não foi consolidada no ordenamento jurídico português, fará parte deste trabalho uma pesquisa jurídico-prospetiva com vista a refletir as possíveis soluções entre as quais o legislador possa optar, tendo em consideração o projeto de lei do Regime Jurídico da Arbitragem Societária (RJAS). Por fim, utilizaremos a análise jurídico-propositiva, pois ao longo do trabalho, iremos questionar normas, conceitos e institutos jurídicos e propor para uma solução para a primeira hipótese deste trabalho, bem como propor uma possível interpretação normativa que preencha a lacuna em que se encontra a segunda hipótese.

Este trabalho utilizará tanto fontes diretas como, predominantemente, fontes indiretas. Como fonte direta analisaremos a cláusula compromissória dos estatutos da Petrobras (Artigo 58.º). Como fonte indireta, para analisar o ordenamento jurídico brasileiro, investigaremos maioritariamente o Ac. do STJ, sobretudo o relatório da ministra N. Adrigli que será utilizado também como integrante do marco teórico do presente trabalho, normas do ordenamento jurídico brasileiras e referenciais doutrinários deste mesmo país que nos possam auxiliar a compreender aspetos relevantes para interpretação do referido acórdão. Para analisar a segunda hipótese, apesar de nos socorrermos em grande medida de fontes secundárias diretas, como normas e princípios, dedicar-se-á especialmente às fontes secundárias indiretas, sobretudo à doutrina referida no marco teórico deste trabalho, uma vez que se trata de uma análise em abstrato de uma realidade futura. Portanto, nos apoiaremos nesta para enquadrar a temática das convenções de arbitragem à luz do ordenamento jurídico português e, a partir deste, elucidar vieses interpretativos de normas já existentes que possam preencher as lacunas do sistema jurídico de Portugal, nomeadamente quanto à arbitragem societária.

Dispondo da metodologia apresentada, o presente trabalho utilizar-se-á a referida decisão como ponto de partida para a análise de aspetos fundamentais da validade de uma cláusula compromissória, nomeadamente arbitrabilidade objetiva e arbitrabilidade subjetiva, o entendimento da jurisprudência sobre o alcance do Princípio competência-competência e a problemática da arbitragem societária. Em confronto com essa amostragem da experiência

brasileira, será exposta as posições doutrinárias indicadas sobre os pontos controvertidos na lide em questão.

Com vista a atingir os objetivos deste trabalho e experimentar as hipóteses do mesmo, dividiremos a apresentação desta tese em três momentos. Num primeiro momento definiremos cláusulas compromissórias e buscaremos delimitar os efeitos positivos e negativos destas cláusulas. Além disso, considerando a interligação destes com o princípio da competência-competência, neste momento dedicar-nos-emos a analisar o âmbito, aplicação e limites deste princípio. No segundo momento analisaremos situações excepcionais, ou seja, os casos em que a cláusula compromissória não produz seus efeitos. Ainda neste momento analisaremos alguns aspetos da arbitragem societária relevantes para apurarmos a validade do Artigo 58.º. Por fim, no terceiro momento, dedicar-nos-emos a responder as duas questões apresentadas como objetivo deste trabalho: (i) A partir de uma análise crítico-metodológica do Ac. STJ chegar-se-á a mesma conclusão proferida pelo voto vencedor? (ii) Em Portugal, o Artigo 58.º produziria efeitos se estivesse previsto nos estatutos de uma empresa mista portuguesa?

Como dito anteriormente, o interesse por esta problemática deve-se ao nosso entendimento que o êxito de um procedimento arbitral para um litígio futuro reside na sua origem, ou seja, na cláusula compromissória. Sendo esta um negócio jurídico em que as partes dispõem de ampla liberdade contratual, é preciso garantir a perfeita compreensão da vontade de cada um dos contraentes. Com vista a acautelar o sucesso das convenções arbitrais acordadas entre Brasil e Portugal, dedicaremos esse trabalho a confrontar estas duas realidades. Acreditamos que a certeza e segurança quanto à validade de uma cláusula compromissória, aumentará a confiança jurídica das partes, evitando, *in fine*, a frustração dos contraentes com o estabelecimento de convenções inválidas.

1 Descrição sumária dos fatos

Utilizaremos como referencial factual a descrição sumária dos fatos apresentados pelo ministro L. F. Salomão, na página 48 e seguintes do Ac. STJ.

American International Group Retirement Plan e outros sócios minoritários da empresa Petrobras S.A. instauraram um pedido de resolução do conflito de competência no Superior Tribunal de Justiça do Brasil (STJ), processo n.º 151.130 – SP (2017/00433173-8), indicando como suscitados a Câmara de Arbitragem do Mercado - CAM-BOVESPA, o Juízo Federal da 13.^a Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo e o Tribunal Regional Federal da 3.^a Região. O fato que deu origem ao referido conflito foi a instauração de procedimento arbitral, pelas Requerentes, em face da Petrobras S.A. e da União (ref. Procedimento Arbitral n.º 75/2016 – CAM-BOVESPA) com base na cláusula compromissória prevista no Artigo 58.º do Estatuto Social da Petrobras. A União requereu sua exclusão do procedimento arbitral. O pedido de exclusão foi indeferido pelo Presidente da Câmara de Arbitragem, em 5/10/2016, em deliberação inicial da matéria (fls. 728/743). Em 7/12/2016, a União moveu ação perante o Juízo Federal suscitado, com pedido de antecipação de tutela (ref. Processo n.º 0025090-62.2016.4.03.6100), pretendendo à declaração de inexistência de relação jurídica que a obrigue a participar do procedimento arbitral instaurado pela CAM-BOVESPA, bem como à nulidade do procedimento. O Juízo Federal suscitado deferiu o referido pedido. As suscitantes interpuseram um agravo de instrumento no TRF 3.^a Região (Ref. AI n.º 0023155-51.2016.4.03.0000), que manteve a decisão da instância anterior. O mérito do agravo de instrumento encontra-se pendente de julgamento, conforme andamento processual obtido na origem (fls. 721/725).

No STJ, as requerentes pedem minimamente a declaração da competência da Câmara de Arbitragem do Comércio – CAM-BOVESPA para decidir quanto à obrigatoriedade da participação da União no procedimento arbitral e também ao sobrestamento da ação declaratória em trâmite no Juízo Federal suscitado, bem como do respectivo agravo de instrumento perante o TRF 3.^a Região. Contudo o pedido liminar foi inicialmente indeferido pela eminente, ministra N. Adrigi (fls. 663/666). Em 8/5/2018, a douta ministra N. Adrigi, em juízo de reconsideração, deferiu ambos os pedidos supramencionados (fls. 905/911). Diante da referida decisão, a União interpôs agravo interno (fls. 930/948).

Em sentença arbitral parcial, proferida em 22/4/2019, o Tribunal arbitral decidiu pela legitimidade passiva da União, justificado pela aplicação da cláusula compromissória contida no Estatuto Social da Petrobras (Artigo 58.º) à União (fls. 1068/1086 e 1119/1156). Iniciado o julgamento que deu origem ao Acórdão que ora nos ocupamos, a ministra N. Adrigi conheceu do conflito para declarar a competência do Tribunal Arbitral, sob o fundamento da precedência lógico-temporal da cláusula arbitral, considerando prejudicado o julgamento do agravo interno interposto pela União. O ministro L. F. Salomão pediu vista dos autos e se pronunciou em

sentido contrário ao da referida ministra, com o fundamento na exigência da legalidade estrita para se vincular a união. Este último, acompanhado de mais onze ministros compuseram o voto vencedor⁹.

2 Convenção de arbitragem

2.1 Definição

A Lei-modelo da Uncitral (doravante Lei-Modelo) e a Convenção de Nova Iorque¹⁰ são *soft law* de direito internacional¹¹ que consolidaram o entendimento comum a boa parte dos ordenamentos jurídicos sobre as boas práticas em matéria de arbitragem¹². Sendo assim, partiremos da previsão da Lei-Modelo para definir convenção de arbitragem. O n.º 1 do art. 7.º desta lei prevê que “Convenção de arbitragem é o acordo pelo qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual. Uma convenção de arbitragem pode adotar a forma de uma cláusula compromissória em um contrato ou a de um acordo autônomo”.

Acolhido este entendimento no ordenamento jurídico português, A. M. Cordeiro, define convenção de arbitragem como sendo “um negócio jurídico pelo qual as partes estabelecem o recurso a árbitros, para compor o litígio, potencial ou atual, entre eles”. O autor esclarece ainda a diferença entre as modalidades desse negócio: “(é) um acordo pelo qual as partes remetem a composição de eventuais litígios futuros (cláusula compromissória) ou presente (compromisso), para árbitros”¹³. A. P. Monteiro¹⁴, acrescenta que esse acordo (...) consubstancia a expressão da vontade das partes em, por um lado, subtrair o seu litígio à esfera dos tribunais estaduais e, por outro lado, atribuir competência a árbitros para a decisão do mesmo”. M. P. Barrocas¹⁵, ao abordar esse tema, chama a atenção para característica distintiva deste acordo face aos demais meios de resolução de litígio: “Por esse ato de vontade, as partes determinam que os litígios entre si, emergentes de uma certa relação jurídica, contratual ou

⁹ Relativamente à precedência lógico-temporal da cláusula arbitral, encontra-se consagrado na jurisprudência portuguesa, no Ac. STJ-PT 21/06/2016, entendimento semelhante ao manifestado pela ministra N. Adrighi.

¹⁰ Convenção de Nova Iorque (Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais), 10 de junho de 1958.

¹¹ Para o desenvolvimento mais aprofundado do papel da “soft law” no direito arbitral internacional: Redfien and Hunter, (s.d.), p. 67.

¹² A flexibilidade na configuração dos processos arbitrais deve-se ao facto de o compromisso arbitral consistir num negócio jurídico e, portanto, permitir às partes gozarem de todas as liberdades inerentes a este, nomeadamente a de configurá-lo dentro dos limites da liberdade contratual. Contudo, isso não impede que sejam estabelecidos standards internacionais que facilitem o estabelecimento desses acordos entre os diferentes ordenamentos jurídicos.

¹³ Cordeiro, 2015, pp. 90 e ss. Partilham desse mesmo entendimento: Monteiro, Silva & Mirante, 2019, p. 126. Quanto aos requisitos da convenção de arbitragem, podemos citar a seguinte jurisprudência: Ac. STJ-PT 3/10/91.

¹⁴ Monteiro, 2019, p. 126.

¹⁵ Barrocas, 2011, p. 143.

extracontratual, (...) serão resolvidas por um terceiro através de uma decisão que formará caso julgado¹⁶ e é suscetível de ser executada”¹⁷.

A convenção de arbitragem para além de consolidar a vontade das partes quanto à produção dos efeitos negativos e positivos inerentes a contratualização desta, também tem o importante papel de definir qual será o seu próprio objeto. Sendo assim, caberá a esse acordo delimitar o escopo de jurisdição do tribunal arbitral. Segundo M. F. Gouveia, a convenção arbitral seria como um foco de luz, que ilumina a jurisdição do tribunal arbitral, isto é, aquilo que estiver coberto pela luz será da jurisdição desse tribunal e aquilo que estiver na escuridão permanece sob jurisdição do tribunal estatal¹⁸.

2.2 Efeitos da convenção de arbitragem

A convenção de arbitragem produz um efeito positivo e um efeito negativo¹⁹. O primeiro “corresponde à atribuição de competência aos árbitros”²⁰; o segundo “consiste na exclusão da jurisdição dos tribunais estaduais para julgar os litígios abrangidos pela convenção por força e como efeito da celebração desta”²¹. Ao se vincularem a uma cláusula compromissória, por exemplo, inelutavelmente surgirá na esfera jurídica de cada uma das partes, por força do princípio *pacta sunt servanda*²², um direito potestativo²³ de instaurar um procedimento arbitral e uma sujeição reflexa a esse direito, ou seja, ficará sujeito a que o litígio objeto da referida convenção seja resolvido por arbitragem. Assim, ao celebrarem este acordo, as partes renunciam ao seu direito de verem as controvérsias por ele abrangidas²⁴ decididas pelos tribunais comuns²⁵.

É de se notar que em Portugal²⁶⁻²⁷, no n.º 1 do art. 5.º da LAV²⁸⁻²⁹, prevê-se que “O tribunal estadual no qual seja proposta ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que este

¹⁶ Quanto a possibilidade de formar caso julgado devemos ter em atenção que não se aplica a todos os casos. O legislador, no n.º 7 do art. 42.º da LAV, só considera a sentença arbitral com força de caso julgado nos casos em que a “A sentença arbitral que não caiba recurso e que já não é suscetível de alteração no termo do artigo 45.º da LAV”. Para maior desenvolvimento sobre o caso julgado de decisões arbitrais domésticas: Cordeiro, 2015, p. 407.

¹⁷ Sobre a natureza e os efeitos da convenção de arbitragem, podemos citar a seguinte jurisprudência: Ac. STJ-PT 10/4/86; Ac. STJ-PT 29/5/91.

¹⁸ Gouveia, 2014, p. 126.

¹⁹ Neste sentido pronuncia-se a jurisprudência no Ac. STJ-PT 31/1/91.

²⁰ Pires & Dias, 2020, pp. 68-69. Sobre a competência dos árbitros: Ac. STJ-PT 15/10/96; Ac. STJ-PT 21/10/03.

²¹ Barrocas, 2011, p. 168.

²² Barrocas, 2011, p. 165.

²³ Considera que o direito de ação arbitral tem natureza potestativa a jurisprudência consagrada no Ac. STJ-PT 11/11/03.

²⁴ Para maior desenvolvimento: Barrocas, 2011, p. 156.

²⁵ Monteiro, 2019, p. 186.

²⁶ Pires & Dias, 2020, p. 69.

²⁷ Remissão para a alínea a) do artigo 577.º do CPC, Portugal.

²⁸ Devemos chamar a atenção para o facto de a parte final desse artigo prever exceções a essa regra. Monteiro, 2019, p. 186.

²⁹ Regulamentação do Efeito negativo em outras normas: Convenção de Nova Iorque, II/3; Lei Modelo da UNCITRAL, 1985 (Com as alterações adotadas em 2006), art. 8.º; Parágrafo 1032 da ZPO alemão e 1448.º do CPC francês.

apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, absolvê-lo da instância (...). Em harmonia com a lei de arbitragem está a alínea b) do art. 96.º do CPC que determina a incompetência absoluta do juiz estadual³⁰ para conhecer o mérito do caso nessas circunstâncias.

Nesse mesmo ordenamento jurídico, nos casos em que se instaura no tribunal estatal um litígio objeto de uma convenção de arbitragem, esta última não produz efeitos automáticos, ou seja, não afasta imediatamente a competência do tribunal comum. Para que os efeitos deste negócio se produzam é preciso que, diante do tribunal estatal, se verifiquem os seguintes requisitos: (i) a parte demandada invoque a existência de uma convenção de arbitragem³¹; (ii) faça prova da existência desta convenção; (iii) respeite o prazo previsto para o efeito³²; e (iv) o compromisso arbitral suscitado não seja manifestamente nulo³³, ineficaz ou inexecutável³⁴.

Com efeito, ao não exercer o seu direito potestativo de ver seu pleito decidido por um tribunal arbitral, dentro do prazo permitido para o fazer, podemos interpretar que o réu renunciou a esse direito ou que houve revogação³⁵, tácita ou expressa, da convenção estabelecida entre as partes³⁶ (n.ºs 2 e 3 do art. 4.º da LAV). É de se interpretar que a renúncia terá lugar nos casos em que o direito a arbitragem decorre de uma cláusula compromissória³⁷. Essa interpretação fundamenta-se no fato de que, ainda que nenhuma das partes queiram invocar em um determinado caso concreto a existência da cláusula compromissória, a cláusula compromissória deve continuar a produzir efeitos para os demais casos abrangidos pelo seu objeto. A revogação, por sua vez, ainda que admitida livremente, tendo em atenção o limite temporal estipulado por lei (até a prolação da decisão arbitral), parece ser a consequência jurídica prevista no ordenamento jurídico português para os casos em que há um compromisso arbitral e este não é invocado pelas partes. Assim entende-se que o compromisso arbitral tem como objeto um litígio presente. Por isso, ao não suscitarem a preterição do tribunal estatal, estão a revogar o seu direito de socorrer ao tribunal arbitral, já que este não é válido para

³⁰ Remissão para o art. 96.º do CPC, Portugal.

³¹ Assim é, pois a convenção de arbitragem não é de conhecimento oficioso. O facto de não ser de conhecimento oficioso faz com que o princípio competência-competência não seja integralmente assegurado na ordem jurídica portuguesa na medida em que a produção dos seus efeitos depende da convocação da existência da convenção de arbitragem por pelo menos uma das partes. Barrocas, 2011, p. 166.

³² Remissão Lei da Arbitragem Voluntária (LAV) - Lei n.º 63/2011, 14 de dezembro, n.º 1 do artigo 5.º. Para maior desenvolvimento: Cordeiro, 2015, p. 120.

³³ Para maior desenvolvimento: Pires & Dias, 2020. No Ac. RL-PT 22/9/15 e Ac. RL-PT 22/2/18 a jurisprudência portuguesa se pronuncia sobre as cláusulas manifestamente nulas e seus efeitos.

³⁴ Entendemos que o compromisso arbitral é, em regra, um negócio jurídico, apesar de reconhecermos desvios. Defende esse mesmo entendimento Cordeiro, 2015, p. 93.

³⁵ Segundo A. M. Cordeiro, “A revogação tácita pode resultar de as partes, mau grado a existência de uma convenção de arbitragem, irem disputar-se para um tribunal do Estado, sem a invocarem”. O autor esclarece ainda que a exigência de forma escrita, nestes casos, poderia se verificar com a apresentação das peças processuais apresentadas pelo tribunal. Cordeiro, 2015, pp. 115 e ss.

³⁶ Para maior desenvolvimento Barrocas, 2011, p. 166.

³⁷ Nos importa destacar que as cláusulas compromissórias previstas nos estatutos sociais têm, por regra, uma formulação abstrata com vista a se aplicar a mais de um litígio. Diferente destas são os compromissos arbitrais que, por regra, dizem respeito a um litígio pontual e concreto.

litígios futuros. Por fim, há de se destacar a previsão do n.º 1 do art. 5.º da LAV. Nestes artigos está prevista a caducidade dos compromissos arbitrais por não invocação tempestiva da exceção de preterição do tribunal arbitral³⁸.

Do exposto, conclui-se que o efeito negativo da convenção de arbitragem tem a função de proteger este negócio³⁹. Contudo, uma vez que esta proteção pode comprimir o princípio da autonomia da vontade⁴⁰, o legislador previu a exceção da preterição do tribunal arbitral⁴¹, com vista a identificar uma hierarquia entre esses dois interesses, salvaguardando a autonomia da vontade em detrimento da proteção do contrato nos casos em que as partes estiverem de acordo em desvincular-se do mesmo.

2.3 A competência do tribunal arbitral para apreciar a sua própria competência (princípio competência-competência) e o afastamento da jurisdição estatal

O Princípio competência-competência⁴² encontra-se consagrado na doutrina alemã, e internacionalmente, com a seguinte formulação: “o poder dos tribunais arbitrais decidirem sobre a sua própria competência, com força vinculativa geral”⁴³. Apesar de não se confundir com o efeito negativo mencionado no ponto anterior, este princípio também é responsável por proteger a jurisdição do tribunal arbitral impedindo que esta seja recusada liminarmente pelo juiz estatal⁴⁴. Portanto, a legitimidade funcional do princípio competência-competência traduz-se em evitar o esvaziamento da eficácia prática da convenção de arbitragem, a qual poderia ser colocada em causa caso se se permitissem objeções jurisdicionais analisadas pelos tribunais estaduais⁴⁵. Assim como o princípio da autonomia da convenção de arbitragem⁴⁶, o Princípio competência-competência visa conferir máxima efetividade à convenção de arbitragem⁴⁷.

Este princípio compreende uma vertente positiva e outra negativa. A primeira consagra a competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência, bem como

³⁸ Quanto a prescrição e caducidade do compromisso arbitral, remetemos para o caso do n.º 3 do art. 327.º CC e do art. 332.º do CC respetivamente.

³⁹ Monteiro, 2019, p. 185.

⁴⁰ N.º 2 do art. 4.º da LAV. Monteiro, 2019, p. 185.

⁴¹ N.º 1 do art. 5.º, da LAV.

⁴² Conhecido internacionalmente pela sua nomenclatura em alemão, “Kompetenz-Kompetenz”. Na jurisprudência portuguesa, entre outros, os acórdãos Ac. RL-PT 7/11/02, Ac. RL-PT 18/05/04, Ac. RL-PT 21/04/05, Ac. STJ-PT 26/4/16, Ac. RG-PT 30/01/14 e Ac. STJ-PT 03/20/18 abordam o tema do princípio da competência-competência.

⁴³ Cordeiro, 2015, p. 195, ref. 801. Os acórdãos Ac. STJ-PT 15/10/96 e Ac. STJ-PT 21/10/03 abordam a questão da competência do tribunal arbitral.

⁴⁴ Quanto a competência residual do tribunal estadual, é possível encontrar maiores desenvolvimentos no Ac. RL-PT 21/04/05.

⁴⁵ Pires & Dias, 2020, p. 74.

⁴⁶ O Ac. RL-PT 27/11/03 aborda a questão do princípio da autonomia da convenção de arbitragem.

⁴⁷ Pires & Dias, 2020, p. 74.

quanto a existência, a validade e a extensão de uma convenção de arbitragem⁴⁸. Já a vertente negativa consagra a regra da “prioridade em favor dos árbitros”, isto é, atribui a preferência dos árbitros em relação aos juízes estatais para decidir o caso⁴⁹. Por força do Princípio competência-competência, no ordenamento jurídico português, em linha com o disposto na Convenção de Nova Iorque, o tribunal estadual que seja chamado a decidir um litígio objeto de uma convenção de arbitragem deve absolver o réu da instância, exceto quando exista motivo manifesto para não o fazer⁵⁰.

A jurisprudência portuguesa tem consolidado a seguinte interpretação do Princípio competência-competência: “Face ao princípio consagrado no art. 18.º, n.º 1, da LAV, segundo o qual incumbe prioritariamente ao tribunal arbitral pronunciar-se sobre a sua própria competência, apreciando para tal os pressupostos que a condicionam – validade, eficácia e aplicabilidade ao litígio da convenção de arbitragem –, os tribunais judiciais⁵¹ só devem rejeitar a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral, deduzida por uma das partes, determinando o prosseguimento do processo perante a jurisdição estadual, quando seja manifesto e incontroverso que a convenção/cláusula compromissória invocada é inválida, ineficaz ou inexecutável ou que o litígio, de forma ostensiva, se não situa no respetivo âmbito de aplicação”⁵².

Diferente aplicação do Princípio da competência-competência encontra-se consagrada no ordenamento jurídico brasileiro, concretamente no parágrafo único do art. 8.º da Lei de Arbitragem Brasileira (LAB)⁵³, com a seguinte redação: “Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. Feita a remissão desse artigo para art. 20.º, 32.º, n.º 1, e 33.º da mesma lei depreende-se que no Brasil não há integral transposição do n.º 3 do art. II da Convenção de Nova Iorque⁵⁴, uma vez que não admite exceções à primazia temporal do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência. No entanto, apesar de consolidado em abstrato este entendimento, há desvios da sua aplicação no caso concreto. O acórdão do STJ, objeto de análise deste trabalho, é um exemplo deste desvio uma vez que neste foi decidido pela não competência do tribunal arbitral

⁴⁸ Chamamos a atenção para a questão do paradoxo inerente a essa questão segundo o entendimento de Cordeiro, 2015, pp. 193 e ss. A vertente positiva reconhece a competência deste tribunal para decidir sobre essa matéria ainda que estejamos diante de uma cláusula inválida. Sobre o efeito positivo da convenção de arbitragem, Ac. STJ-PT 26/4/16.

⁴⁹ Pires & Dias, 2020, p. 74, cit. Gaillarde, E., *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, p. 18.

⁵⁰ Para maior desenvolvimento: Pires & Dias, 2020, p. 74.

⁵¹ No presente texto, por razões de adaptação linguística aos termos usados no Brasil e em Portugal, devemos entender tribunais judiciais e tribunais estaduais como sinónimos.

⁵² Consolida este entendimento a seguinte jurisprudência: Ac. STJ-PT 20/3/18. Sobre a exceção dilatória da preterição do tribunal arbitral, os acórdãos Ac. RP-PT 23/3/04 e Ac. RC-PT 05/02/2013.

⁵³ Lei Federal n.º 9.307/1996, alterado pela Lei n.º 13.129/2015.

⁵⁴ Felipe V.; cit. Pires & Dias, 2020, p. 75.

para decidir sobre a sua própria competência, bem como para decidir a validade e existência do Artigo 58.⁵⁵

2.4 O entendimento do STJ Brasileiro e seus fundamentos

Para analisar o entendimento consagrado no ordenamento jurídico brasileiro acerca da aplicação do princípio competência-competência, partir-se-á do relatório da ministra N. Adrigli, voto vencido, proferido no Ac. do STJ. Segundo esta “a aplicação do princípio competência-competência no âmbito das arbitragens, para que não seja inoportuna ou indevida a interferência do Poder Judiciário, deve-se respeitar a precedência temporal da decisão arbitral e, somente após realizar o adequado controle pela via judicial”. Defende a ministra que apenas esse entendimento se mostra coerente com “uma política de respeito à vontade das partes, que optaram pela arbitragem na solução dos seus conflitos” e configura uma “garantia de acesso à jurisdição arbitral”. Além disso, a ministra N. Adrigli sustenta que interpretação diversa ofenderia o poder e a autonomia das decisões dos árbitros e configuraria uma obstrução do procedimento arbitral⁵⁶.

Relativamente ao alcance da cláusula compromissória e do Princípio competência-competência, a ministra defende que “a fixação do alcance da cláusula compromissória está incluída no princípio competência-competência, devendo ser conferida preferência lógico-temporal ao tribunal arbitral para a interpretação quanto aos legítimos limites do compromisso arbitral”. No art. 8.º da Lei brasileira de arbitragem (LAB), o legislador prevê que “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. Do exposto, é de se concluir que o posicionamento da ministra N. Adrigli sobre a relação do princípio competência-competência e a produção dos efeitos das cláusulas compromissórias é coerente com o espírito do direito brasileiro. Além disso, do apresentado também é possível inferir que, a semelhança do ordenamento jurídico português, verifica-se a intenção do legislador brasileiro em blindar as cláusulas compromissórias do eventual esvaziamento que poderia se verificar caso fosse possível uma intervenção precoce do juízo estadual. Dito isto, será analisado em seguida os casos em que as convenções de arbitragem não produzem seus efeitos e as razões que justificam essas exceções.

⁵⁵ Outra particularidade do ordenamento jurídico brasileiro é a aceitação de processos concorrenciais entre o tribunal arbitral e o tribunal judicial. Para maior desenvolvimento, Pires & Dias, 2020, pp. 75 e ss.

⁵⁶ Nesse sentido está a doutrina de Cahali, 2011, p. 231.

3. Exceções a produção dos efeitos da convenção de arbitragem e a manifestação do Princípio competência-competência

3.1 Exceções

Conforme mencionado no ponto 2.2 deste texto em Portugal, quando estamos diante da situação em que se instaura no tribunal judicial um litígio objeto de convenção de arbitragem, esta não produz automaticamente os seus efeitos. Para afastar a competência do tribunal judicial é preciso que se preencham os já mencionados pressupostos. Caso isso não ocorra, o tribunal estatal será o tribunal competente para dirimir o litígio em causa, ainda que este seja objeto de uma convenção de arbitragem⁵⁷.

Para além dessa hipótese, de acordo com a parte final do n.º 1 do art. 5.º da LAV, o tribunal arbitral também pode perder a sua competência em casos de “manifesta” nulidade, ineficácia ou inexecutabilidade da convenção de arbitragem⁵⁸. A. M. Cordeiro entende que a figura da “nulidade manifesta” é particular do direito da arbitragem e goza de estreita aplicabilidade⁵⁹. Para que se reconheça este instituto, o autor defende que é preciso que a nulidade “seja constatável independentemente da produção complementar de prova” pois “se há dúvidas, a nulidade (ou outra invalidade) já não é manifesta”⁶⁰.

Nos casos de invalidade manifesta, ainda que haja requerimento do réu para absolvição desse da instância, o juiz judicial não deve fazê-lo. Entende-se que “são apreciáveis *ex officio* as situações (i) de inarbitrabilidade em face do 1.º da LAV; (2) de nulidade não-sanável da convenção de arbitragem (...); reconduzimos à nulidade não-sanável a situações ditas de inexistência”⁶¹. Para além desta hipótese, a intervenção do poder estatal está limitada ao controle a posteriori através da ação de anulação ou de oposição à execução da sentença arbitral⁶². A anulação de sentença arbitral esta prevista art. 46.º, n.º 3, alínea a), subalínea i), nos seguintes termos: “3 – A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal estadual competente se: a) A parte que faz o pedido demonstrar que: i) Uma das partes da convenção de arbitragem estava afetada por uma incapacidade; ou que essa convenção não é válida nos

⁵⁷ N.º 1 do art. 5.º da LAV. Na jurisprudência portuguesa, foi decidido pela incompetência do tribunal arbitral nos seguintes acórdãos: Ac. STJ-PT 6/1/77 (falta de arbitrabilidade objetiva); Ac. RL-PT. 9/11/00 e Ac. RL-PT. 24/11/05 (alargamento do objeto para além do previsto na convenção de arbitragem.); Ac. RL-PT 11/1/11 (objetos indisponíveis). No Ac. RL-PT. 7/11/02, por sua vez, a jurisprudência decide pela incompetência do tribunal e a aplicação do princípio competência-competência nestes casos.

⁵⁸ Para melhor desenvolvimento: Cordeiro, 2015, pp. 109-112, onde o autor desenvolve o entendimento da Doutrina portuguesa sobre o alcance das invalidades.

⁵⁹ Cordeiro, 2015, p. 111.

⁶⁰ Cordeiro, 2015, p. 121. Em sentido semelhante ao defendido pela doutrina citada, decide o Ac. RG-PT 30/01/14, sobre os requisitos da “nulidade manifesta”.

⁶¹ Cordeiro, 2015, p. 205.

⁶² N.º 4 do art. 39.º; art. 46.º e art. 48.º da LAV.

termos da lei a que as partes a sujeitaram ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da presente lei”⁶³.

A lei brasileira, por sua vez, não admite “exceções à prerrogativa do tribunal arbitral para decidir com primazia temporal, sobre a sua própria jurisdição”⁶⁴. Segundo F. V. Sperandio “não cabe ao poder judiciário examinar, sequer superficialmente, impugnações à convenção de arbitragem”⁶⁵. Contudo, as cortes superiores do Brasil têm admitido uma única exceção a prerrogativa do tribunal arbitral nos casos em que se verificam cláusula *prima facie* “patológica”⁶⁶. Apesar de haver alguma flutuação na definição deste conceito, ele tem sido frequentemente empregado na classificação dos casos de cláusulas compromissórias inválidas ou defeituosas. Para este efeito, entende-se por defeituosos os acordos que suscitam “dúvidas interpretativas, por ambiguidade, incoerência ou imperfeição, muitas vezes colocando em causa a própria vontade das partes em arbitrar”⁶⁷.

A problemática das cláusulas defeituosas é comum a todos os ordenamentos jurídicos e tem encontrado diferentes soluções. Há ordenamentos jurídicos, como o português, que, nestes casos, optam por atribuir a competência ao próprio tribunal arbitral para utilizar técnicas de interpretação e, eventualmente, integração da cláusula com vista a fixar o sentido pretendido pelas partes. Noutros ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, parece vigorar o princípio da “salvação da convenção arbitral”⁶⁸, ainda que seja com o auxílio do tribunal estatal por meio de uma figura próxima da “execução específica da cláusula compromissória” (artigo 7.º da LAB).

De acordo com o marco teórico estipulado no presente trabalho as “Cláusulas Patológicas” são o único grupo de casos em que se admite, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, a compressão do princípio competência-competência. Sendo assim, investigaremos, a partir da decisão do STJ, sobretudo a partir do relatório da ministra N. Adrigli, qual foi a definição de cláusulas patológicas acolhida pelo tribunal brasileiro e a confrontaremos com entendimento sobre esta consagrado na doutrina portuguesa.

3.2 As cláusulas patológicas segundo o Ac. STJ

A ministra N. Adrigli considera cláusulas patológicas aquelas que padecem de manifesta ilegalidade⁶⁹. Segundo ela, dado o alto grau de vício *prima facie* identificado nestas cláusulas, as mesmas perdem a força vinculante⁷⁰. Sendo assim, a semelhança do ordenamento jurídico português, a verificação de uma cláusula patológica implicaria uma compressão do princípio

⁶³ Para aprofundar a interpretação desta norma: Barrocas, 2011, p. 167.

⁶⁴ Sperandio, 2018, p. 86.

⁶⁵ Sperandio, 2018.

⁶⁶ Como veremos a seguir na análise do Ac. STJ.

⁶⁷ Pires & Dias, 2020, p. 67; Cordeiro, 2015, p. 205.

⁶⁸ Sperandio, 2018, p. 110.

⁶⁹ O ministro M. A. Bellizze, p. 38 do Ac. STJ, pronuncia-se nesse mesmo sentido.

⁷⁰ Ac. STJ, pp. 19 e ss. Nestas páginas a ministra N. Adrigli cita jurisprudência neste sentido.

competência-competência. Contudo, a ministra chama atenção para o fato de, assim como no ordenamento jurídico luso, este ser um conceito de aplicação estreita e, portanto, aplicável apenas nas hipóteses “verdadeiramente patológicas”. A ministra N. Adrighi enfatiza o fato de que “a atuação judicial prévia à decisão do Tribunal Arbitral deve estar fundamentada em uma ilegalidade “patológica”, grave o suficiente para excetuar o princípio da competência-competência”. Posto isso, N. Adrighi entende que para se concluir pela patologia de uma cláusula é necessário um “exame patológico” partindo do seguinte raciocínio: (...) É certo que para submeter determinado litígio à arbitragem é necessário que elas sejam arbitráveis pelo aspecto objetivo e subjetivo e, logo, deve haver arbitrabilidade subjetiva e a objetiva. Assim, a arbitrabilidade subjetiva diz respeito à possibilidade de determinada pessoa ser parte em arbitragens. A arbitrabilidade objetiva, por sua vez, diz respeito à matéria a ser arbitrada que, segundo o art. 1.º da Lei 9.307/96 deve versar sobre “direitos patrimoniais disponíveis”. Dessa forma, a partir dos argumentos trazidos aos autos, devem ser realizados dois “exames patológicos”: (i) o primeiro relacionado ao aspecto subjetivo, quer dizer, a manifestação da União é válida; (ii) o litígio versa sobre direito patrimonial disponível, isto é, há arbitrabilidade objetiva?”⁷¹.

Para além das cláusulas patológicas, o ministro M. A. Bellizze, voto vencedor no Ac. STJ, socorre-se da doutrina de Arnaldo Wald para acrescentar outras situações em que é defensável “a inaplicabilidade, pelo menos à modulação do princípio competência-competência”⁷². São eles: a) por falta de termo de compromisso, ou por considerar que a cláusula compromissória, embora referindo-se a determinada entidade especializada, estava sujeita à decisão judicial para nomear árbitros; b) por entendimento de descaber arbitragem, em geral tratando-se de contratos administrativos ou de negócios jurídicos firmados por empresas públicas e sociedade de economia mista, de operações de consumo ou de contratos de adesão; c) por considerar que a cláusula compromissória é facultativa quando há referência à competência dos tribunais estatais como sendo competentes⁷³.

Do exposto, podemos identificar estreitos pontos de contactos entre as “cláusulas patológicas” mencionadas Ac. do STJ e a figura das cláusulas manifestamente nulas encontradas no ordenamento jurídico luso. Ambas têm em comum o fato de serem assim classificadas, essencialmente, por gozarem de vícios relativos aos requisitos de arbitrabilidade. Além disso, em ambos os casos, a consequência jurídica destas cláusulas é a limitação da produção dos seus efeitos, em especial a não aplicação do princípio competência-competência.

⁷¹ Ac. STJ, pp. 20 e ss.

⁷² Remissão para seguinte decisão judicial: Maíra de Melo Vieira. Execução específica de cláusula compromissória vazia e competência-competência: revisitando regras elementares à luz da decisão do STJ no R Esp 1.082.498/MT. Wald, 2004, p. 374.

⁷³ Wald, 2004.

Uma vez que é objetivo do presente trabalho analisar a validade da cláusula compromissória prevista no Artigo 58.º, nos importa aprofundar o estudo nos casos em que esta não produz seus efeitos. Sendo assim, nos próximos pontos passaremos a analisar a questão da vinculação das partes à convenção de arbitragem (arbitrabilidade subjetiva), em especial quando for parte o Estado, e da disponibilidade do direito em litígio (arbitrabilidade objetiva), com especial enfoque para a questão da arbitragem societária. Para esse efeito faremos um enquadramento geral desta temática à luz do ordenamento jurídico português e, em seguida, confrontaremos com a visão brasileira sobre o tema, retirada do relatório apresentado pela ministra N. Adrighi no Ac. do STJ.

3.3 A vinculação do Estado à convenção de arbitragem (arbitrabilidade subjetiva)

3.3.1 A arbitrabilidade subjetiva

Em termos gerais, A. S. Caramelo⁷⁴ descreve a arbitrabilidade da seguinte forma: “Diz-se arbitrabilidade a qualidade, própria de um litígio, atual ou possível no futuro, de poder ser dirimido com recurso a árbitros”⁷⁵. Segundo Redfern e Hunter “O conceito de arbitrabilidade, propriamente dito, respeita às limitações de ordem pública (*public policy*) impostas à arbitragem como método de resolução de litígios. Cada estado pode decidir, em conformidade com a sua política económica e social, que matérias podem ser resolvidas por arbitragem e as que não podem”⁷⁶.

No que se refere a arbitrabilidade subjetiva, em específico, encontramos na doutrina diferentes definições para esta figura, apesar de ser pacífico o entendimento de que este requisito delimita “quem é ou pode em tese ser atingido pela eficácia de determinada convenção de arbitragem”⁷⁷. A. M. Cordeiro qualifica esta como sendo o fator que “exprime a relação existente entre as partes e o litígio e que lhe confere legitimidade para se comprometerem com árbitros”⁷⁸. A partir deste entendimento, o autor enfatiza ainda que é requisito para arbitrabilidade subjetiva que o litígio objeto da convenção de arbitragem lhes digam respeito, sob pena de colocar em causa a legitimidade processual dos contraentes. Como fundamento deste argumento A. M. Cordeiro sustenta que a referida legitimidade emana do

⁷⁴ Caramelo, 2006, pp. 1233-1265.

⁷⁵ Vai ao encontro com esta definição a doutrina brasileira de Franzoni, 2017, p. 7.

⁷⁶ Redfern & Hunter, p. 137; Barrocas, 2011, p. 100.

⁷⁷ Franzoni, 2017, p. 8.

⁷⁸ Cordeiro, 2015, p. 94.

fato de as partes contraentes da convenção de arbitragem serem elas próprias titulares dos direitos ou das pretensões objeto deste acordo⁷⁹.

Quanto a classificação jurídica do conceito de arbitrabilidade subjetiva M. P. Barrocas, defende que “O que se tem denominado por arbitrabilidade subjetiva é para nós matéria da capacidade do estado e de outros entes públicos e não de arbitrabilidade”⁸⁰. Ao partir deste pressuposto, o autor diferencia a arbitrabilidade subjetiva face aos particulares e face aos entes públicos. Quanto aos primeiros, M. P. Barrocas entende que “Todos os sujeitos jurídicos privados, individuais ou coletivos, têm, em princípio, capacidade de gozo para ser parte de uma convenção de arbitragem. A questão coloca-se, portanto, sobretudo, no campo do estado e dos entes públicos em geral”⁸¹. Relativamente ao segundo, o autor defende que “muitas das matérias consideradas em geral de não arbitrabilidade subjetiva não deixam de ser, em tese, arbitráveis. Simplesmente, os entes públicos em questão ou não dispõem de capacidade legal para resolver os litígios em arbitragem ou têm-na, mas carecem, como condição de procedibilidade, da autorização legal exigida”⁸². Apesar da reflexão proposta por M. P. Barrocas quanto a existência concreta da arbitrabilidade subjetiva, enquanto instituto diverso da capacidade jurídica, é relativamente pacífico o reconhecimento desta figura na doutrina portuguesa e internacional. Apesar de não se confundir com a capacidade jurídica, à luz do referencial teórico proposto por este trabalho, bem como para autores como J. M. Vitorino⁸³ e A. P. de Oliveira⁸⁴, a arbitrabilidade subjetiva tem sido classificada como requisito de capacidade das partes. No entanto, nos parece possível propor um diferente enquadramento para este conceito.

Ao analisarmos a letra da lei do n.º 5 do Art. 1.º da LAV não é possível depreender uma classificação inquestionável da figura da arbitrabilidade subjetiva. Contudo, partindo da definição de arbitrabilidade subjetiva proposta anteriormente e da análise cautelosa da definição de capacidade jurídica, acreditamos que a arbitrabilidade subjetiva pode ser antes tomada como uma admissibilidade legal. Afastamos o enquadramento deste requisito como matéria de capacidade jurídica com fundamento no art. 160.º do CC⁸⁵. Da interpretação desta norma é possível concluir que as partes de uma convenção de arbitragem, por serem pessoas dotadas de personalidade jurídica⁸⁶, serão sempre dotados de capacidade jurídica e, portanto, titulares de um círculo mais ou menos amplo de relações jurídicas⁸⁷. Sendo assim, qualquer impedimento destas de celebrar uma convenção de arbitragem será, antes, uma proibição

⁷⁹ Cordeiro, 2015, p. 95.

⁸⁰ Barrocas, 2011, pp. 99-100.

⁸¹ Barrocas, 2011, p. 105.

⁸² Barrocas, 2011, pp. 99-100.

⁸³ Vitorino, 2017, p. 129.

⁸⁴ Vitorino, 2017, p. 129, nota de rodapé 11.

⁸⁵ Fernandes & Proença, 2014.

⁸⁶ No ordenamento jurídico português, por força do art. 5.º do CSC, todas as sociedades comerciais gozam de personalidade jurídica a partir da inscrição definitiva no registo civil.

⁸⁷ Pinto, 2005, p. 318.

legislativa, não obstante da capacidade das partes, nomeadamente por motivos políticos, sociais e económicos. Por isso, propomos que a arbitrabilidade subjetiva seja classificada como matéria de licitude, ainda que através da não proibição de determinado sujeito, seja ele público ou privado, se vincular a uma convenção de arbitragem.

3.3.2 A União como parte na convenção à luz do ordenamento jurídico português

Como foi proposto anteriormente, acreditamos que a arbitrabilidade subjetiva é uma questão de admissibilidade legal. Ora, sendo assim, este requisito apenas não se verificará se o legislador expressamente proibir determinada pessoa de celebrar uma convenção de arbitragem. Por conseguinte, nos casos em que são partes da convenção de arbitragem particulares, é relativamente pacífico na doutrina e na jurisprudência que “todos os sujeitos jurídicos privados, individuais ou coletivos, têm, em princípio, capacidade de gozo para ser parte de uma convenção de arbitragem”⁸⁸. Contudo, nos casos em que pelo menos uma das partes deste negócio jurídico é o Estado, ou outra pessoa coletiva pública, a discussão permanece viva e não há um entendimento inequívoco quanto aos contornos da arbitrabilidade subjetiva aplicada a estas pessoas.

M. P. Barrocas se posiciona quanto a esta temática da seguinte forma: “no campo do estado e dos entes públicos em geral, em princípio, dada a sua natureza jurídica e, sobretudo, as suas atribuições, públicas, não estão autorizados legalmente a celebrar convenções de arbitragem, a não ser que as normas jurídicas do seu estatuto ou lei geral limitadamente autorizem o contrário”. Entretanto, atualmente, no n.º 5 do art. 1.º da LAV o legislador pode(?) autorizar o Estado a celebrar convenções arbitrais nos seguintes termos: “O Estado e outras pessoas coletivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objecto litígios de direito privado”. A partir desta norma, é de se interpretar que o Estado, quando atuar nas vestes de um particular, a semelhança deste, dispõe de ampla arbitrabilidade subjetiva.

3.3.3 O entendimento do STJ sobre a questão da arbitrabilidade subjetiva

Delineado os contornos da arbitrabilidade subjetiva à luz da doutrina portuguesa, passaremos a analisar a decisão do STJ, com vista a identificar qual foi a interpretação consagrada no ordenamento jurídico brasileiro acerca deste mesmo tema. Posto isto, à semelhança do que foi realizado à luz do ordenamento jurídico português, passaremos a

⁸⁸ Barrocas, 2011, p. 105.

analisar, sucintamente, a arbitrabilidade subjetiva no caso específico de envolver um ente público, em especial a União.

A ministra N. Adrigli entende que “O aspecto subjetivo da arbitrabilidade subjetiva refere-se à capacidade da pessoa para se submeter ao juízo arbitral. Assim, qualquer pessoa, para participar de uma arbitragem, deve ser plenamente capaz de assumir direitos e obrigações. (...) o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. (...) Nessa qualidade, o Estado também possui capacidade de firmar direitos e obrigações e, conseqüentemente, de se submeter ao juízo arbitral. (...) o ordenamento confere ao Estado uma capacidade genérica para comprometer-se e contratar, o que é inferido de sua personalidade jurídica de direito público. (...). Dessa forma, não há qualquer óbice para o Estado utilizar a arbitragem para solucionar conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Ao contrário, negar acesso à administração pública à arbitragem equivaleria a negar vigência ao art. 1º da Lei 9.307/93”⁸⁹.

O ministro L. F. Salomão, voto vencedor, e o ministro M. A. Bellizze proferem em seus relatórios interpretação distinta da supramencionada acerca da arbitrabilidade subjetiva do Estado. Ambos, ainda que sem negar a possibilidade do Estado como parte num processo arbitral, defendem que, para esse efeito, é preciso que se verifiquem requisitos mais exigentes para se apurar a arbitrabilidade subjetiva quando esteja em causa a Administração Pública. O ministro L. F. Salomão entende que “em se tratando da Administração Pública, a própria manifestação de vontade do ente está condicionada ao princípio da legalidade, mediante interpretação restritiva, nos termos da cláusula compromissória”.

A divergência entre os ministros reside, em grande medida, no desentendimento destes quanto a justa interpretação da própria cláusula compromissória, bem como da norma jurídica aplicada ao caso e a sua aplicação no tempo. Se por um lado a ministra N. Adrigli defende uma interpretação teleológica e atualista das normas, bem como do próprio Artigo 58.º, os demais ministros, propõe antes uma interpretação restritiva destas. Essa ausência de um entendimento comum entre os ministros evidencia a nebulosidade que rodeia a temática da arbitrabilidade subjetiva envolvendo a Administração Pública.

Apesar da interpretação proposta pela ministra N. Adrigli não ter sido a interpretação aceita pela maioria no Ac. SJT, há fortes motivos para a apoiar. Em um mundo globalizado, em que as empresas estatais atuam frequentemente nos mesmos moldes que os demais operadores de mercado, nos parece ser uma desvantagem concorrencial não admitir que o Estado disponha das mesmas ferramentas jurídicas do que seus concorrentes. Sendo assim, dada a eficiência, celeridade e especialidade da arbitrabilidade subjetiva, vislumbramos esse

⁸⁹ Chamamos a atenção para o facto de não concordarmos com a classificação da arbitragem subjetiva como sendo matéria de capacidade jurídica. Contudo, em momento posterior aprofundaremos essa problemática.

instrumento como essencial para a resolução de litígios em negócios internacionais e nacionais, parecendo contrário ao interesse público limitar a arbitrabilidade subjetiva do Estado.

3.4 A disponibilidade dos direitos em litígio (arbitrabilidade objetiva)

3.4.1 A arbitrabilidade objetiva

A arbitrabilidade objetiva “retrata as características próprias da matéria em discussão e que habilitam à sua discussão por árbitros”⁹⁰. Segundo A. M. Cordeiro⁹¹, há, essencialmente, dois requisitos⁹², para se apurar a arbitrabilidade objetiva: patrimonialidade e transacionalidade⁹³⁻⁹⁴. Para este efeito, considera-se um interesse patrimonial aquele cujo objeto possa ser conversível em dinheiro e que a lei não proíba a sua monetização. Interesse transacionável, por sua vez⁹⁵, é aquele cuja “matéria subjacente ao mesmo disser respeito a uma matéria livremente renunciável pelas partes”⁹⁶. Entendemos que a melhor interpretação para o n.º 2 do art. 1.º da LAV é de que estes requisitos não são cumulativos, uma vez que se admite a arbitrabilidade não-patrimonial que, desde que transacionável e não proibidos por lei, podem ser resolvidos por arbitragem⁹⁷.

Na doutrina brasileira, em linha com o exposto, encontramos a seguinte definição: “A arbitrabilidade objetiva diz respeito ao objeto da convenção de arbitragem e da própria arbitragem, funcionando como um filtro aos litígios e matérias que podem ser submetidas a arbitragem”⁹⁸. A arbitrabilidade objetiva, chamada de “arbitrabilidade propriamente dita” por M. P. Barrocas, diferentemente da arbitrabilidade subjetiva, não é regulada pelo regime geral dos negócios jurídicos. Segundo o autor, “A suscetibilidade, ou não, de um litígio ser submetido a arbitragem é uma questão que depende do critério adotado por cada lei nacional, no sentido

⁹⁰ Cordeiro, 2015, p. 94.

⁹¹ Cordeiro, 2015, p. 94.

⁹² Também se discute a existência do requisito de ordem pública em alguns ordenamentos jurídicos, mas que não é pacificamente aceite no ordenamento jurídico português. Para maior desenvolvimento do tema, Cordeiro, 2015, pp. 95 e 443 e ss.

⁹³ Para maior desenvolvimento da evolução desse requisito no ordenamento jurídico português, Barrocas, 2011, p. 98 e Vitorino, 2017, p. 138.

Note-se que este requisito é retirado do n.º 2 do art. 1.º da LAV, que ampliou o escopo dos objetos arbitráveis para além dos abrangidos pelo requisito da patrimonialidade.

Também chamamos a atenção para o facto de este não ser um entendimento unânime na doutrina portuguesa. A. S. Caramelo, 2006, pp. 1233-1265, por exemplo, defende interpretação diversa.

⁹⁴ Há na doutrina quem fale sobre o requisito renunciabilidade.

⁹⁵ Esse requisito encontra-se consagrado, com sentido semelhante, no artigo 1249.º do CC, apesar de ser menos amplo do que o consolidado na lei de arbitragem.

⁹⁶ Vitorino, 2017, p. 129.

⁹⁷ Cordeiro, 2015, p. 95. Também chamamos a atenção para a questão da ordem pública desenvolvida nesta mesma obra, pp. 95 e 443 e ss.

⁹⁸ Franzoni, 2017, p. 9.

de entender que, dada a natureza do litígio, em termos gerais, apenas os tribunais judiciais podem julgá-lo ou, ao invés, também os tribunais arbitrais o podem fazer”. Constatase uma evolução legislativa no sentido de expandir o conjunto de matérias arbitrais.

Segundo C. A. F. Cadilha, juiz conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça jubilado, em decorrência deste movimento “coloca com maior acuidade a questão de saber se existem limites expressos ou implícitos à constituição de tribunais arbitrais que possam resultar de uma reserva de jurisdição estadual que permita delimitar uma garantia de tutela jurisdicional exclusivamente pública subtraída a qualquer outra alternativa”. O referido juiz acredita que a resposta a esta questão passa por uma leitura conjunta da LAV, CPTA e ETAF, bem como do n.º 3 do art. 212.º da CRP, que trata da competência dos tribunais administrativos. Após equacionar as referidas normas, C. A. F. Cadilha conclui que “Não pode afirmar-se, em termos gerais, a existência de uma reserva de jurisdição estadual em direito administrativo fora dos casos em que seja a constituição a remeter para uma autoridade judicial a resolução de um litígio jurídico-administrativo”⁹⁹.

Do exposto, acreditamos que a menos que haja norma expressa a proibir a arbitrabilidade de determinada matéria, o ordenamento jurídico português aceita amplamente a arbitrabilidade de qualquer litígio, ainda que se trate de matéria de direito público. Além disso, é de chamar a atenção para o caso de formulações genéricas. Nestes casos, concordamos com o entendimento de M. P. Barrocas ao defender que “caso estas atribuam competência aos tribunais estaduais para conhecer de certas questões não significa que os tribunais arbitrais não possam ser competentes”¹⁰⁰.

3.4.2 O entendimento do STJ brasileiro sobre a questão da arbitrabilidade objetiva

A ministra N. Adrighi define arbitrabilidade objetiva como aquela que “diz respeito ao objeto, à matéria a ser arbitrada que, segundo o art. 1.º da Lei 9.307/1996 deve corresponder a ‘direitos patrimoniais disponíveis’”. Desta definição identificamos, a semelhança do ordenamento jurídico português, dois requisitos para se apurar arbitrabilidade objetiva no caso concreto: a disponibilidade e o caráter patrimonial da controvérsia. Para este efeito, a ministra defende que “a concepção de indisponibilidade que interessa para determinar-se a arbitrabilidade da matéria é aquela relacionada à necessidade de intervenção jurisdicional”¹⁰¹. Relativamente à patrimonialidade, prevista neste mesmo artigo da lei brasileira, a ministra acredita referir-se “ao caráter patrimonial da controvérsia a ser submetida ao Tribunal Arbitral. Assim, não apenas o objeto do interesse deve possuir valor económico, mas também

⁹⁹ Cadilha, 2017, pp. 96-124; Vitorino, 2017, p. 124.

¹⁰⁰ Barrocas, 2011, p. 105.

¹⁰¹ Talamini, 2005.

seu inadimplemento deve poder ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo económico”.

Delimitado os contornos dos conceitos suprarreferidos, em relação ao requisito da indisponibilidade, a ministra N. Adrighi passa a esclarecer as nuances da problemática da indisponibilidade do interesse público que foi suscitada na controvérsia sob análise. A ministra defende que “O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspondente indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que, indisponível, é o interesse público, e não o interesse da administração”. Por fim, a ministra reforça este entendimento com a citação de Arnold Wald e André Serrão que defendem que: “O acesso à segurança jurídica, à celeridade e a especialização técnica de um tribunal arbitral podem constituir um interesse público primário, cuja indisponibilidade, ao contrário de proibir sua utilização, estaria a exigir que a Administração Pública viesse a valer-se da arbitragem”¹⁰².

Da justificativa apresentada pelo ministro M. A. Bellizze, pode-se confirmar a intenção deste de tutelar o referido interesse secundário na medida em que este justifica a não arbitrabilidade do litígio com base no fato de esta decisão “repercutir, negativamente, na esfera jurídica desta (União)”¹⁰³. Contudo, esta não parece ser a interpretação mais coerente com o sistema jurídico brasileiro. Defender o esvaziamento do princípio competência-competência com base neste fundamento faz com que o acordo estabelecido entre as partes produza efeitos análogos aos efeitos produzidos por uma obrigação natural, na medida em que as partes só devem cumpri-la se assim o entenderem. Consolidar esta interpretação poderá repercutir negativamente na imagem do Brasil como operador económico, visto que o resultado negativo de um negócio jurídico é um risco natural do comércio e, definir a arbitrabilidade do litígio com base neste risco, gerará precariedade e insegurança no tráfego negocial.

¹⁰² Wald & Serrão, 2008, p. 20.

¹⁰³ Trecho retirado da manifestação de M. A. Bellizze no Ac. STJ.

3.5 Arbitragem societária à luz do ordenamento jurídico português

De acordo com a definição proposta por P. Maia, a arbitragem societária deve ser entendida como aquela que versa sobre os litígios societários¹⁰⁴ e somente estes¹⁰⁵. Há ordenamentos jurídicos, nomeadamente o Brasil, que já definiram e consolidaram opções legislativas sobre este tema com vista a dar respostas a algumas das questões que envolvem esta área do direito (por exemplo, o art. 136.º da Lei n.º 6.404 de 15 de dezembro de 1976). Contudo, outros ordenamentos, como o português, dada a complexidade das questões que rodeiam esse ramo da arbitragem, continuam a discutir as nuances que envolvem a elaboração de um Regime Jurídico da Arbitragem Societária (RJAS)¹⁰⁶. Uma vez que um dos objetivos do presente trabalho é dar resposta a questão da validade do Artigo 58.º dos Estatutos da Petrobras no contexto empresarial português, passaremos a analisar alguns dos pontos relevantes para se apurar a solução para esta problemática.

Em Portugal, por não haver leis específicas sobre esta matéria, socorrer-nos das normas gerais¹⁰⁷. À luz deste ordenamento jurídico, considerando que a generalidade dos litígios de direito societário são de cariz patrimonial e de acordo com a atual redação da LAV, nos parece que nada obsta que estes sejam objeto de convenções de arbitragem¹⁰⁸. Contudo, a natureza jurídica da arbitragem societária remete-nos para uma problemática acessória da primeira: a questão de saber se o ordenamento jurídico luso permite que uma convenção de arbitragem vincule as partes através da sua estipulação nos estatutos da empresa.

Para responder à questão acima, devemos ter presente que as convenções de arbitragem são, segundo o nosso entendimento, um negócio jurídico. Para vincular-se a este, salvo nos casos de arbitragem obrigatória, é preciso que as partes manifestem a sua vontade nesta direção. Quando estas são estipuladas em acordos parassociais¹⁰⁹, com alguma facilidade se verifica a manifestação expressa das partes contraentes deste acordo. Contudo, frequentemente as cláusulas de arbitragem societária estão previstas nos estatutos sociais.

¹⁰⁴ Sobre a arbitrabilidade de litígios societários encontramos, nomeadamente, a seguinte consagração jurisprudencial: Ac. STJ-PT. 12/3/63; Ac. RL-PT18/5/77; Ac. RL-PT 15/04/86.

¹⁰⁵ Para este efeito, o Doutor Pedro Maia define litígios societários como sendo aqueles em que “a sociedade e/ou seus sócios (elemento subjetivo) sejam partes e versem sobre aspetos da relação societária (elemento objetivo)”. Maia, 2017, pp. 43 e ss.

¹⁰⁶ Este regime é resultado de um estudo feito por Pedro Maia, Paulo de Tarso Domingues, Miguel Pinto Cardoso, Ana Perestrelo de Oliveira e Rui Pereira Dias e publicado no dia 06/05/2016, com vista “à consagração de um quadro jurídico incentivador da arbitragem societária no nosso país”, conforme descrito por Siza Vieira, 2016, p. 154.

¹⁰⁷ “Estado de direito é um Estado, ou uma forma de organização político-estadual cuja actividade é determinada e delimitada pelo direito”, Canotilho, 1999, p. 4.

¹⁰⁸ Para se aprofundar a evolução legislativa relativamente ao critério da arbitrabilidade objetiva, Maia, 2017, pp. 48 e ss.

¹⁰⁹ É de se destacar que os acordos parassociais vinculam apenas as partes contraentes. Já os estatutos sociais, para além de vincular os sócios atuais, também vincularão futuros sócios. Para melhor desenvolvimento das desvantagens de se estipular um acordo parassocial para se estipular uma convenção de arbitragem no âmbito da arbitragem societária, nomeadamente em decorrência do princípio da concentração do processo, ver Maia, 2017, pp. 55 e ss.

De forma que se possa inserir uma cláusula compromissória nos estatutos sociais já existentes, a depender do tipo de sociedade (n.º 2 do art. 85.º CSC) e do que estiver previsto nos estatutos, bastaria a aprovação da assembleia geral por maioria qualificada dos votos (art. 265.º CSC) o que também está previsto no n.º 2 do art. 2.º Regime Jurídico da Arbitragem Societária (RJAS). Se assim é, devemos concluir que, em abstrato, há a possibilidade de sócios se vincularem a uma convenção de arbitragem ainda que tenham manifestado a sua vontade em sentido contrário. No entanto, apesar de concordarmos com a solução proposta no anteprojeto legislativo, sobretudo pelo fato de, a depender do número de acionistas, poderia ser inconveniente requerer a unanimidade entre estes para se aprovar a inserção de uma cláusula compromissória nos estatutos sociais, acreditamos que o legislador deve prever ainda uma segunda cláusula que permita aos sócios que não concordem com a cláusula compromissória “(...) retirarem-se da companhia”¹¹⁰.

Para concluirmos pela possibilidade de inserir uma cláusula compromissória nos estatutos sociais, resta-nos ainda verificar se o conteúdo de uma cláusula compromissória é legalmente admissível e se é materialmente estatutário.

Os art. 9.º, 199.º e 272.º do CSC versam sobre o conteúdo obrigatório dos contratos nos diferentes tipos societários e não fazem qualquer menção a cláusulas compromissórias. Todavia, uma vez que estes artigos se referem apenas ao conteúdo mínimo exigido para os referidos contratos devemos nos nortear pelo princípio da “autonomia estatutária”¹¹¹, o qual sugere que, quando não for possível extrair qualquer impedimento quanto a previsão das cláusulas compromissórias nos estatutos sociais, devemos concluir pela sua admissibilidade. No entanto, ainda que não restem dúvidas de que da letra da lei não há nenhuma consequência para a inserção destas cláusulas nos estatutos, resta ainda saber se as cláusulas compromissórias são “materialmente” conteúdo estatutário, o que, em nosso entendimento, são materialmente detentoras de conteúdo estatutário visto que assentam no âmbito das relações estatutárias e versam sobre litígios societários. Quanto a esta última questão, devido ao fato de estas versarem sobre litígios societários, assentam-se no âmbito das relações estatutárias e, portanto, é do nosso entendimento que sejam materialmente detentoras de conteúdo estatutário¹¹².

Por fim, interpretamos que as cláusulas compromissórias previstas nos estatutos sociais preenchem os requisitos da convenção de arbitragem previstos no art. 2.º da LAV, uma vez que os estatutos sociais são, segundo nosso entendimento, contratos e, portanto, verifica-se a natureza de “convenção” que se exige para que seja uma cláusula compromissória válida nos

¹¹⁰ Esta foi a solução adotada pelo legislador brasileiro no art. 136.º-A da Lei n.º 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Apesar dos inconvenientes que esta solução trará a nível do negócio, esta parece ser a solução mais harmónica com o espírito do ordenamento jurídico português.

¹¹¹ Maia, 2017, ref. 33, p. 54.

¹¹² Nesse sentido, Maia, 2017, pp. 54 e ss.

termos do referido artigo¹¹³. Uma vez inserida nos estatutos, a estas cláusulas se aplicará o regime jurídico da pessoa coletiva¹¹⁴, ou seja, vinculará os sócios no âmbito da relação societária e a própria sociedade¹¹⁵.

Do exposto, podemos concluir que, antes mesmo da aprovação do anteprojeto do RJAS, acreditamos ser do melhor entendimento a interpretação de que é permitido, à luz do ordenamento jurídico português, a inserção de cláusulas compromissórias de arbitragem societária nos estatutos sociais. Feito este enquadramento jurídico e interpretativo, no ponto a seguir buscaremos resolver o caso hipotético mencionado no início deste capítulo.

4. A validade da cláusula compromissória do caso Petrobras à luz do ordenamento jurídico português e brasileiro

Uma vez apresentado o enquadramento teórico de alguns dos aspetos fundamentais das convenções de arbitragem, passaremos a confrontar o referencial teórico proposto neste trabalho com consagração legal consolidada no ordenamento brasileiro e português, vislumbrando a satisfação dos objetivos já apresentados. Para isso, retomemos as hipóteses propostas no presente trabalho: a primeira é de que o voto vencido proferido pela ministra N. Adrighi é mais coerente com o ordenamento jurídico brasileiro presente e futuro; A segunda hipótese é a de que o Artigo 58.º, uma vez inserido em uma empresa “mista” portuguesa seria considerado válido à luz do ordenamento jurídico português.

Em vista de testarmos as referidas hipóteses e concluirmos os objetivos desta tese, transcrevermos o Artigo 58.º do Estatuto da Petrobras na íntegra, bem como o parágrafo único que o acompanha, para que possamos analisá-lo:

“Art. 58. Deverão ser resolvidas por meio de arbitragem, obedecidas as regras previstas pela Câmara de Arbitragem do Mercado, as disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei n.º 6.404, de 1976, neste Estatuto Social, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, bem como as demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes dos contratos eventualmente celebrados pela Petrobras com bolsa de valores ou entidade mantenedora de mercado de balcão organizado,

¹¹³ Partilham deste entendimento C. Ferreira de Almeida, 2008, p. 83 e Gouveia, 2014, p. 107. Contudo, há autores que classificam os estatutos como “actos coletivos” ou “negócio jurídico unilateral”, nomeadamente J. Lebre de Freitas, 2002, pp. 97 e ss. Contudo, ainda que se defenda este segundo posicionamento, nos parece que dispendo de uma interpretação teleológica da norma podemos sempre aplicar a estes casos o art. 2.º da LAV.

¹¹⁴ Maia, 2017, pp. 59 e ss.

¹¹⁵ Relativamente a este ponto, coloca-se a questão de saber se os membros dos órgãos sociais estão sujeitos a cláusula compromissória prevista nos estatutos. Acreditamos que sim, pois ao contratualizar com a sociedade, esta, naturalmente, aceita seu estatuto. Há opiniões divergentes. Para melhor desenvolvimento, Maia, 2017, pp. 61 e ss.

credenciada na Comissão de Valores Mobiliários, tendo por objetivo a adoção de padrões de governança societária fixados por estas entidades, e dos respectivos regulamentos de práticas diferenciadas de governança corporativa, se for o caso.

Parágrafo único. As deliberações da União, através de voto em Assembleia Geral, que visem a orientações de seus negócios, nos termos do artigo 238 da Lei n.º 6.404, de 1976, são considerados formas de exercício de direitos indisponíveis e não estarão sujeitas ao procedimento arbitral previsto no caput deste artigo”.

4.1 À luz do ordenamento jurídico brasileiro, o Artigo 58.º deve produzir efeitos?

Para testarmos a primeira hipótese, partiremos do exposto no ponto 3.1 do presente trabalho. De acordo com o apresentado no referido ponto, à luz do ordenamento jurídico brasileiro as convenções de arbitragem apenas deixam de produzir seus efeitos quando se esta diante de uma cláusula *prima facie* “patológica”. Para que uma cláusula compromissória padeça desse vício, deve verificar-se a falta de arbitrabilidade subjetiva (desenvolvida no ponto 3.3) e/ou a falta de arbitrabilidade objetiva (desenvolvida no ponto 3.4). Assim, passaremos a analisar o preenchimento dos requisitos supramencionados, para que possamos concluir pela produção ou não dos efeitos do Artigo 58.º à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Relativamente a arbitrabilidade subjetiva, são partes nessa convenção de arbitragem “a companhia, seus acionistas, os administradores, e conselheiros fiscais”. O art. 1.º da Lei n.º 9.307/96 (Lei de arbitragem brasileira – LAB) prevê que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Ora, sendo presumível que todas as pessoas mencionadas na cláusula sob análise são capazes, é do nosso entendimento que, no caso em concreto, se verifica o requisito da arbitrabilidade subjetiva. Contudo, o fato de entre os acionistas estar a União, ente público, poderia levantar-se a questão de se saber se aplicar-se-á a esta o regime geral dos negócios jurídicos ou se, ao contrário, esta gozaria de um regime especial, nomeadamente a exigência de norma expressa que a autorize celebrar este tipo de contrato. Essa problemática foi solucionada pelo legislador em 2015 com a alteração da LAB pela Lei n.º 13.129 a qual a inclui o seguinte parágrafo: § 1.º da LAB “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Diante disso, concluímos que, no atual estágio legislativo brasileiro, não restam dúvidas sobre a arbitrabilidade subjetiva da cláusula em questão.

Ainda assim, apesar da autorização expressa da participação da administração pública em processos arbitrais, persiste a dúvida quanto à aplicação de um regime especial à União. Na fundamentação do voto proferido pelo ministro L. F. Salomão, voto vencedor do acórdão sob análise, entende-se que sim. Entretanto, não nos parece ser esta a melhor interpretação.

Entendemos que o tratamento especial da União se justifica apenas quando este for essencial à prossecução do interesse público¹¹⁶ o que não se enquadra nesse caso concreto e é contrário a esse mesmo interesse público, pelo que, portanto, à União deve-se aplicar o regime geral dos negócios jurídicos (ponto 3.4.3)¹¹⁷.

Relativamente à arbitrabilidade objetiva, o Artigo 58.º prevê como objeto “disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei n.º 6.404, de 1976”, ou seja, simplificadamente, está previsto que os litígios societários¹¹⁸ devem ser resolvidos por arbitragem. Apesar da aceitação da arbitragem societária ter sido um tema extremamente controvertido entre os arbitralistas brasileiros, o legislador ao inserir o art. 136.º-A na lei das sociedades por ações, autorizou expressamente este tipo de contrato. Para além do argumento da literal, concordamos com a corrente da doutrina que defende que devido a “efetividade e eficiência” deste meio alternativo de resolução de litígios, não se valer do mesmo implicaria, em determinados casos, em incumprimento dos “deveres de diligência do administrador”¹¹⁹.

Acerca do objeto do Artigo 58.º, chamamos a atenção para os seguintes artigos abrangidos por este: o art. 238.º prevê que “A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (art. 116.º e 117.º), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação”. Nos termos do referido art. 116.º a União preenche os requisitos de acionista controlador e, portanto, deve, nos termos do também referido art. 117.º, “responder pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder”. Sendo assim, uma vez que o litígio em apreço envolve um conflito positivo de competência de uma lide que tem como objeto uma ação indemnizatória entre os sócios minoritários contra o sócio maioritário (União) e a companhia, interpretamos que o presente litígio pertence ao escopo da arbitrabilidade objetiva estipulado na cláusula compromissória prevista nos estatutos da Petrobras. Não obstante, apesar do Artigo 58.º ter como objeto os conflitos subsumíveis a Lei das sociedades anónimas, no parágrafo único dessa mesma cláusula prevê-se uma exceção: “As deliberações da União, através de voto em Assembleia Geral, que visem a orientações de seus negócios, nos termos do artigo 238.º da Lei n.º 6.404, de 1976, são considerados formas de exercício de direitos indisponíveis e não estarão sujeitas ao procedimento arbitral previsto no caput deste artigo”. Partilhamos o entendimento de P. A. B. Machado de que a escolha da arbitragem como meio

¹¹⁶ Art. 266.º da CRP, princípio da prossecução do interesse público. Para maior desenvolvimento do tema, Amaral, 2011, pp. 41 e ss.

¹¹⁷ Encontramos este mesmo entendimento na jurisprudência portuguesa no Ac. RL-PT 22/9/15.

¹¹⁸ Remetemos para a definição de litígios societários apresentados por Maia, 2017, pp. 43-44.

¹¹⁹ Martins, 2017, p. 33.

de resolução de litígio é uma deliberação de cunho meramente processual, e não material¹²⁰ e o litígio sob análise não preenche a exceção e está abrangido pelo Artigo 58.º.

Finalmente, do exposto concluímos que o Artigo 58.º preenche os requisitos de arbitrabilidade subjetiva e a arbitrabilidade objetiva e, portanto, não padece dos vícios constantes de uma cláusula patológica. Entendemos que o Artigo 58.º deve ser considerado válido e produzir plenamente todos os seus efeitos¹²¹. Neste contexto, deverá reconhecer-se ao tribunal arbitral competência para dirimir o litígio em causa (efeito positivo), para apreciar a sua própria competência (plena manifestação do princípio competência-competência) e, por fim, deverá negar-se a competência do tribunal estatal (efeito negativo).

4.2 À luz do ordenamento jurídico português, o Artigo 58.º produziria efeitos se estivesse inserido nos estatutos de uma sociedade mista portuguesa?

Por fim, com vista a testar a segunda hipótese apresenta neste trabalho, retomamos o exposto no ponto 3 deste mesmo. Conforme analisamos, uma vez que não há norma expressa a regular a validade de cláusulas compromissórias inseridas nos estatutos sociais, socorremos a doutrina e aos métodos de integração de lacuna para interpretar a validade ou não de uma convenção de arbitragem. Da investigação realizada concluímos que à luz do ordenamento jurídico português, a convenção de arbitragem só deixa de produzir efeitos em duas situações: quando se instaura um litígio objeto de convenção arbitragem no tribunal estadual e a outra parte não invoca a preterição do tribunal arbitral ou quando a cláusula compromissória é “manifestamente” nula, ineficaz ou inexistente. Em concreto, o conflito de competência sob análise tem como objeto um litígio que foi instaurado no tribunal arbitral, o que nos leva liminarmente afastar a aplicação do primeiro grupo de casos. Relativamente ao segundo grupo de casos, a doutrina portuguesa, como vimos, os tem enquadrado como situações de “nulidade manifesta”, que por sua vez se verificam face a inarbitrabilidade do litígio por violação do art. 1.º da LAV.

O referido artigo prevê os requisitos de arbitrabilidade subjetiva e arbitrabilidade objetiva. Relativamente a primeira, o legislador prevê genericamente a arbitrabilidade subjetiva das “partes”, “desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária”. Além disso, considerando que em regra aplica-se regimes especiais a administração pública, no n.º 5 do art. 1.º o legislador esclarece que o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público estão autorizados a celebrar convenções de arbitragem. Assim, à luz do ordenamento jurídico português, não parece haver

¹²⁰ Martins, 2017, p. 36. Na jurisprudência portuguesa também se encontram decisões neste sentido, nomeadamente o Ac. RL-PT 13/02/07.

¹²¹ Remetemos para o ponto 2.2 do presente trabalho.

qualquer impedimento “a companhia, seus acionistas, os administradores, e conselheiros fiscais” de serem partes na convenção arbitral sob análise, o que nos leva a concluir pela verificação do requisito da arbitrabilidade subjetiva no caso concreto.

Quanto a arbitrabilidade objetiva, ainda no n.º 1 do art. 1.º, o legislador prevê como arbitrável “qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial”. Para além deste critério, no n.º 2 do mesmo artigo, o legislador estende o objeto arbitrável para os “litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido”. Uma vez que o conflito de competência sob análise emerge de uma ação de indemnização e, portanto, patrimonial, nos parece ser de interpretar que à luz do ordenamento jurídico português também se verifica a arbitrabilidade objetiva do litígio.

Da mesma forma não se verifica os requisitos para se classificar a Cláusula compromissória sob análise como sendo “manifestamente nula”, o que nos remete a interpretação que esta deve produzir plenamente os seus efeitos. Ou seja, deve-se reconhecer ao tribunal arbitral competência para dirimir o litígio em causa (efeito positivo), bem como apreciar a sua própria competência (plena manifestação do princípio competência-competência) e, além disso, deve-se negar a competência do tribunal estatal (efeito negativo).

A arbitragem societária, assim como no ordenamento jurídico brasileiro, também é uma matéria muito controvertida e que requer intervenções legislativas bem ponderadas. Apesar de ainda não haver uma legislação consolidada acerca deste tema, podemos concluir, através da interpretação das normas já existentes, que o Artigo 58.º seria considerado válido caso estivesse inserida nos estatutos de uma empresa “mista” portuguesa.

Por fim, como mencionamos no ponto 3.5 do presente trabalho, dada a complexidade que envolve as arbitragens societária, há um projeto de lei, elaborado por um grupo de membros da Associação Portuguesa de Arbitragem (APA), que propõe um regime jurídico especial para estas arbitragens, o chamado Regime Jurídico da Arbitragem Societárias (RJAS). A aprovação do RJAS eliminará quaisquer dúvidas quanto a admissão no ordenamento jurídico português de arbitragem societárias, bem como da contratualização destas cláusulas através dos estatutos sociais. O regime proposto delimitará os contornos deste tipo de arbitragem de forma a compaginá-la com outros princípios previstos no nosso ordenamento jurídico, nomeadamente o princípio maioritário e o princípio da autónoma¹²².

Ainda que este não seja, no momento presente, aplicável ao nosso caso concreto, passamos a destacar alguns aspetos relevantes do RJAS para a solução do nosso caso. No n.º 2 art. 1.º da RJAS está consagrado a arbitrabilidade do litígio nos seguintes termos: “Podem ser submetidos a arbitragem, nos termos do presente diploma: (...) b) Os litígios entre uma Sociedade ou os seus sócios e os titulares de órgãos sociais, nessa qualidade, incluindo também

¹²² Dias, 2017, pp. 74-95.

os casos previstos no art. 77.º do Código das Sociedades Comerciais”. A partir desta norma, interpretamos que o caso em apreço preenche este requisito visto que esta em causa um litígio envolvendo seus sócios nessa qualidade (arbitrabilidade subjetiva) e que tem como objeto uma ação indemnizatória entre estes (arbitrabilidade objetiva). É de se referir que nos termos no n.º 6 do mesmo artigo, interpretamos que não há motivos para excluir a União como sócio para efeito desta cláusula uma vez que este possui a seguinte redação: “Para os efeitos do presente diploma, é equiparado a sócio quem, nos termos da lei, esteja autorizado a exercer os direitos sociais”. Relativamente aos elementos que a cláusula compromissória deve observar, está previsto no n.º 1 do art. 2.º do referido regime que “A cláusula compromissória deve constar dos estatutos da Sociedade e deve referir expressamente o âmbito dos litígios por ela abrangidos e indicar o centro de arbitragem institucionalizada competente”. Uma vez que o Artigo 58.º está previstas nos Estatutos da Petrobras, delimita o seu âmbito de aplicação aos litígios que envolvam a “a aplicação das disposições contidas na Lei n.º 6.404, de 1976” e indica como centro de arbitragem a “Câmara de Arbitragem do Mercado”, conseguimos identificar todos os elementos exigidos por essa norma, e, à luz do novo regime, também interpretamos que a cláusula compromissória sob análise é válida.

Seja pela via interpretativa, seja por meio da aplicação das normas propostas pelo projeto de lei do RJAS, concluímos que o Artigo 58.º, à luz do ordenamento jurídico português, deve produzir plenamente os seus efeitos. Neste contexto, a semelhança do que inferimos da subsunção da cláusula compromissória sob análise as normas do ordenamento jurídico brasileiro, entendemos que o juiz deverá reconhecer-se ao tribunal arbitral competência para dirimir o litígio em causa (efeito positivo), para apreciar a sua própria competência (plena manifestação do princípio competência-competência) e, por fim, deverá negar-se a competência do tribunal estatal (efeito negativo).

Considerações finais

Quando iniciámos o presente trabalho, optámos por analisar as convenções de arbitragem de uma perspetiva luso-brasileira, com vista a contribuir para o maior êxito das convenções arbitrais estabelecidas entre operadores económicos destes países. Para isso nos pareceu fundamental investigar, à luz de ambos os ordenamentos jurídicos, alguns aspetos relacionados com a validade de uma convenção de arbitragem. Com este propósito, nos dedicámos a cumprir dois objetivos: analisar certos requisitos de validade substancial de uma cláusula compromissória à luz do ordenamento jurídico brasileiro e, também, à luz do ordenamento jurídico português.

Ao testarmos nossas hipóteses, concluímos que ambas se confirmaram. O voto vencido proferido pela ministra N. Adrighi é passível de ser interpretado como mais coerente com o ordenamento jurídico brasileiro, e nos parece possível defender a produção dos efeitos do Artigo 58.º, decisão diversa da proferida pelo voto vencedor. Também verificámos que o Artigo 58.º, uma vez inserido em uma empresa “mista” portuguesa, deverá ser considerado válido à luz do ordenamento jurídico português.

No momento da concretização destes objetivos, foi possível refletir sobre alguns requisitos de validade das convenções de arbitragem nos dois países, seu alcance e efeitos. Com isto, acreditamos facilitar a realização de negócios conformes em ambos os ordenamentos jurídicos em causa. O facto de em Portugal ainda não haver grande desenvolvimento legislativo e jurisprudencial sobre arbitragem societária, desafiou-nos. Assim, esperamos que esta tese possa ser um contributo doutrinal para este caminho que vem sendo traçado nesta matéria.

Uma análise mais profunda do ordenamento jurídico brasileiro pode ser realizada em futuras pesquisas, com mais tempo para sua concretização.

Bibliografia

- AMARAL, D.F. (2011). *Curso de direito administrativo*. Vol. II. Coimbra: Almedina.
- ASCENSÃO, J. (2000). *Direito civil teoria geral, introdução as pessoas os bens*. Vol. I, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- BARROCAS, M.P. (2011). *Manual de arbitragem*. Coimbra: Edições Almedina.
- CADILHA, C.A. (2017). Reserva de jurisdição estadual e limites à arbitragem administrativa. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 10, pp. 96-124.
- CAHALI, F.J. (2011). *Curso de arbitragem*. São Paulo: RT.
- CANOTILHO, J.J. (1999). *Estado de direito*. Lisboa: Grandiva.
- CAMELO, A.S. (2006). Reflexões de jure condendo: A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II. <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/antonio-sampaio-caramelo-a-disponibilidade-do-direito-como-criterio-de-arbitrabilidade-do-litigio/>.
- CORDEIRO, A.M. (2015). *Tratado da arbitragem*. Coimbra: Edições Almedina.
- DEMO, P. (1995). *Metodologia científica em ciências sociais*. 3.^a Edição. São Paulo: Atlas.
- DIAS, R. (2017). *Cláusulas compromissórias estatutárias e princípio maioritário*. Coimbra: Edições Almedina.
- FERNANDES, L.C. & PROENÇA, J.B. (2014). *Comentário ao Código Civil*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- FRANZONI, D. (2017). Notas sobre a arbitrabilidade dos litígios societários no Direito brasileiro. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 10, pp. 7-15.
- GAILLARD, E. (2008). *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. França: Editora Brill-Nijhoff.
- GOUVEIA, M.F. (2014). *Curso de resolução alternativa de litígios*. Coimbra: Edições Almedina.
- GUEDES, A.A. (2020). A importância do texto da lei na interpretação de normas jurídicas. *Direito em Dia*. <https://www.direitoemdia.pt/magazine/show/89>.
- JUSTO, S. (2015). *Introdução ao estudo do direito*. 7.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- MAIA, P. (2017). Arbitragem societária: Presente e prospectiva. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 10, pp. 38-73.
- MAIA, P., DOMINGUES, P.T., CARDOSO, M. P., OLIVEIRA, A.P., & DIAS, R.P. (2017). Regime jurídico da arbitragem (projeto). *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 10.
- MARTINS, P.B. (2017). A cláusula compromissória societária. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 10, pp. 32-37.
- MELLO, C.A. (2008). *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros.
- MONTEIRO, A.P., SILVA, A.F. & MIRANTE, D. (2019). *Manual de arbitragem*. Coimbra: Edições Almedina.
- NICÁCIO, C.S., DIAS, M.T., & GUSTIN, M.B. (2020). *(Re)pensando a pesquisa jurídica: Teoria e prática*. 5.^a Edição. Coimbra: Edições Almedina.
- OLIVEIRA, G.J. (2005). *A arbitragem e as parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros.

- PINHEIRO, L. (2004). Convenção de arbitragem (aspectos internos e transnacionais). *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I/II. <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2004/ano-64-vol-i-ii-nov-2004/artigos-doutrinais/luis-de-lima-pinheiro-convencao-de-arbitragem-aspectos-internos-e-transnacionais/>.
- PINTO, C.A. (2005). *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora.
- PIRES, C.M. & DIAS, R.P. (2020). *Manual de arbitragem internacional lusófona*, vol. 1. Coimbra: Edições Almedina.
- REDFERN, A. & HUNTER, M. (2018). *International arbitration*. 6.^a Edição. Oxford: OUP.
- REDFERN, A. HUNTER, M., & BLACKABY, N. (2004). *Law and practice of international commercial arbitration*. London: Sweet and Maxwell.
- RIBEIRO, D. A. (2013). Arbitragem e poder público. *Revista Brasileira de Infraestrutura*, vol. 2, n.º 3, pp. 157-188.
- ROSA, J.G. (1956). *Grande sertão: Veredas*. São Paulo: Edições José Olympio.
- SPERANDIO, F.V. (2018). Curso de arbitragem. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Thomson Reuters.
- TALAMINI, E. (2005). Arbitragem e parceria público-privada (PPP). In *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*, pp. 355 e ss. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- VELÁSQUEZ, J.W., & OLALLA, G.P. (1991). Como elaborar una tesis en derecho: Pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho. Madrid: Civitas, D.L.
- VITORINO, J.M. (2017). Contributo para a construção de um critério de arbitrabilidade na arbitragem de direito administrativo. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 10, pp. 125-155.
- WALD, A. (2004). Os meios judiciais de controle de sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. I, n.º 1, pp. 40-65.

Decisões judiciais citadas

Ac. STJ-PT. 12/3/63 – BMJ 263/185

Ac. STJ-PT. 6/1/77 – processo n.º 066392, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RL-PT. 18/5/77 – CJ, Tomo III/1977

Ac. STJ-PT. 10/4/86 – BMJ 318/381

Ac. RL-PT. 15/4/86. – CJ, Tomo II/1986

Ac. STJ-PT. 31/1/91 – processo n.º 076393, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. STJ-PT. 29/5/91 – processo n.º 078981, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. STJ-PT. 3/10/91 – processo n.º 080443, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. STJ-PT. 15/10/96 – CJ, Tomo III/1996

Ac. RL-PT. 9/11/00 – processo n.º 1465/2006-2, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RL-PT. 7/11/02 – CJ, Tomo V/2002

Ac. STJ-PT. 21/10/03 – processo n.º 03B3145, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RL-PT. 11/11/03 – CJ, Tomo V/2003

Ac. RL-PT. 27/11/03 – CJ, Tomo V/2004, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RP-PT. 23/3/04 – processo n.º 0326177, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RL-PT. 18/5/04 – CJ, Tomo III/2004

Ac. RL-PT. 21/4/05 – processo n.º 3060/2005-6, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RL-PT. 24/11/05 – processo n.º 10593/2005-6, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RL-PT. 13/2/07 – processo n.º 10121/2006-1, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RL-PT. 11/1/11 – processo n.º 3589/08.6TVLSB.L1-7, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RC-PT. 05/2/2013 – processo n.º 57/12.1TBMGL-A.C1, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RG-PT. 30/1/14 – processo n.º 1257/13.2TBVCT.G1, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RL-PT. 22/9/15 – processo n.º 1212/14.5T8LSB.L1-7, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. STJ-PT. 26/4/16 – processo n.º 1212/14.5T8LSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. STJ-PT. 21/6/16 – processo n.º 301/14.0TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. RL-PT. 22/2/18 – processo n.º 22574/16.4T8LSB.L1-8, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. STJ-PT. 20/3/18 – processo n.º 1149/14.8T8LRS.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

Os “Filhos do Daesh” e a sua proteção internacional

Susana Lima Teixeira

Sob a orientação da Professora
Doutora Maria Isabel Tavares

Agradecimentos

À minha orientadora, Professora Doutora Maria Isabel Tavares, um agradecimento muito especial por toda a ajuda e disponibilidade. Obrigada por me ter desafiado, aconselhado e motivado durante todo este percurso. Obrigada por ter partilhado comigo o seu conhecimento e entusiasmo sobre o tema.

Aos meus familiares e amigos, por todo o apoio e confiança, obrigada.

Resumo

A presente dissertação foca-se na arbitrariedade da detenção de milhares de crianças estrangeiras, alegadamente conexas ao Daesh, no campo Al-Hol do Nordeste da Síria, em virtude da violação de normas de Direito Internacional Humanitário, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional Criminal.

Ao mesmo tempo, realçando o tratamento humilhante e degradante a que estas crianças estão sujeitas, o qual se traduz em imensuráveis violações à sua integridade física e psíquica, bem como dando a conhecer a recusa dos Estados de Origem em providenciar a sua libertação e repatriamento, procura enaltecer a urgência de encontrar soluções que sejam capazes de contribuir para pôr termo à continua violação dos seus direitos fundamentais e, nesse seguimento, identificar estas crianças como atendíveis ao estatuto de refugiadas, por preencherem todos os requisitos necessários a adquirir essa condição.

Palavras-chave: crianças estrangeiras; Daesh; detenção arbitrária; Al-Hol; recusa de repatriamento; estatuto de refugiadas.

Abstract

This dissertation focuses on the arbitrary detention of thousands of foreign children allegedly associated with Daesh at Al-Hol camp in Northern Syria, as it violates relevant international humanitarian law, international human rights law, and international criminal law. At the same time, taking into consideration the treatment that detained women and children are exposed to, which cause serious harm to their physical and psychological integrity, and the fact that most States refuse to contribute to their release and repatriation, it intends to highlight the fact that it is urgent to find new solutions that contribute to put an end to the ongoing violation of their fundamental rights. Therefore, this dissertation argues that the foreign children at Al-Hol camp meet the requirements for refugee status, which means that they must be able to find asylum in third countries.

Keywords: foreign children; Daesh; arbitrary detention; Al-Hol; refusal of repatriation; refugee status.

Lista de abreviaturas e siglas

Ac.	Acórdão
ACNUR	Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados
Art.	Artigo
Cap.	Capítulo
CDC	Convenção sobre os Direitos da Criança
CG	Convenção/convenções de Genebra
CICV	Comitê Internacional da Cruz Vermelha
Cit.	obra já citada numa nota de rodapé anterior
CJIL	Chicago Journal of International Law
DI	Direito Internacional
DIC	Direito Internacional Criminal
DIH	Direito Internacional Humanitário
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
DQ	Diretiva de Qualificação
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
ELS	Exército Livre da Síria
EUA	Estados Unidos da América
ETPI	Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional
FDS	Forças Democráticas da Síria
HRW	Human Rights Watch
Ibid.	o mesmo título/caso da nota anterior
ICC	International Criminal Court
IJHR	International Journal of Human Rights
TPI	Tribunal Penal Internacional
n.º	número
NJIC	Nordic Journal of International Law
OCHA	Gabinete das Nações Unidas para a Coordenação de Assuntos Humanitários
ONU	Organização das Nações Unidas
p. /pp.	página/páginas
PA	Protocolo Adicional/ Protocolos Adicionais
PA I	Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949
PA II	Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra de 1949
PF	Protocolo Facultativo
PIDCP	Pacto Internacional Sobre os Direitos Cíveis e Políticos
RCS	Resolução do Conselho de Segurança

TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TPI	Tribunal Penal Internacional
EU	União Europeia
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime
Vd.	<i>Vide</i> : veja
Vg.	<i>verbi gratia</i> : por exemplo
Vol.	Volume

Índice

Introdução	7
1. A “criança” para o Direito Internacional	9
2. Os “Filhos do Daesh”	10
3. Do recrutamento à detenção arbitrária	11
3.1 Pré-conflito: O recrutamento e participação nas hostilidades	12
3.1.1 Os 15 anos como a idade mínima de recrutamento	14
3.1.2 A eventual responsabilidade dos Estados que não impedirem o recrutamento	15
3.2 Conflito: A natureza do conflito para efeitos do direito aplicável	16
3.3 Pós-conflito: Responsabilidade criminal dos “Filhos do Daesh”	20
3.3.1 Inimputabilidade em razão da idade	21
3.3.2 A inimputabilidade em razão das circunstâncias de carência e o domínio de facto exercido pelo Daesh	22
4. As condições desumanas do seu aprisionamento	24
5. Desrespeito pelo direito à nacionalidade e repatriamento	26
6. O recurso ao estatuto de refugiados para proteger os seus interesses	31
6.1 O conceito de refugiado	31
6.1.1 Residir fora do seu país de origem ou de residência habitual	31
6.1.2 Perseguição ou fundado receio de perseguição	33
6.1.3 Discriminação em razão da filiação a um determinado grupo social	34
6.2 A exceção do art. 1.º (F) da Convenção de 1951	35
6.3. O direito à reunificação familiar: um entrave para a atribuição desse estatuto?	35
Conclusões finais	37
Bibliografia	38
Documentos oficiais e relatórios	40
Jurisprudência	42
Notícias	42

Introdução

Com a queda do último reduto do Daesh na Síria, em março de 2019¹, vários membros da organização terrorista, que combatiam pelo grupo nas hostilidades, foram detidos em instalações prisionais sírias², ao mesmo tempo que milhares de mulheres e crianças, familiares de terroristas detidos ou alegadamente conexas ao Daesh, foram aprisionadas em campos de refugiados que servem, hoje, como verdadeiros campos de detenção³.

Um dos mais marcantes, pela sua dimensão, é o campo Al-Hol, situado no nordeste do país e controlado pelas FDS⁴. De acordo com dados do OCHA, com capacidade para acolher um máximo de 20 mil pessoas, o campo albergava, no final do ano de 2020, cerca de 65 mil, sendo que, desse total, 94% eram mulheres e crianças e, destas últimas, 53% seriam menores de 12 anos de idade. Conta-se, ainda, que 15% dos residentes do campo fossem naturais de países terceiros, contra cerca de 48% de iraquianos e 37% de sírios.⁵

Os números supramencionados refletem a sobrelotação do campo que será, doravante, objeto da nossa análise. São causa direta do tratamento degradante que é dado aos seus detidos e, conseqüentemente, da crise humanitária que motivou a escrita da presente dissertação.

De facto, a maioria das detenções a que nos referimos mantêm-se até à atualidade. No presente ano de 2021, conta-se que um total de 27 500 crianças, naturais de cerca de 60 nações diferentes, permaneça a definir no campo Al-Hol e em outros campos de detenção por todo o nordeste da Síria⁶, sem a ajuda internacional de que necessitam e desprovidas de quaisquer expectativas de repatriamento.

Além de serem vítimas das condições desumanas que os campos de detenção oferecem e do risco de violência permanente que neles se faz sentir, as crianças estrangeiras recebem um tratamento discriminatório face às crianças sírias e

¹ HRW. Thousands of foreigners unlawfully held in NE Syria – The detainees. 23/03/2021.

² N.Y. TIMES. The Kurds' prisons and detention camps for ISIS members, explained. 13/10/2019. <https://nyti.ms/2RMZtGb>.

³ Luquerna, 2020, p. 150.

⁴ Grupo de combatentes composto maioritariamente por curdos e apoiado pela coligação liderada pelos Estados Unidos no combate à expansão territorial do Daesh. Embora os EUA tivessem abandonado o conflito com a retirada do Daesh do território, os Curdos, que no decurso da luta contra o grupo terrorista estabeleceram o controle de uma vasta área de território sírio, sobretudo, no Nordeste, na fronteira com a Turquia (que inclui o território onde o campo de detenção está instaurado), continuam no território. Esta circunstância fez renascer o desejo de independência e autonomia do Curdistão, razão que justifica a sua permanência no território, por um lado, e a existência de uma resistência apoiada pela Turquia junto à fronteira, por outro. O facto é que, independentemente de tudo, e do governo sírio pretender recuperar o controle de todo o seu território, as autoridades curdas são, hoje, as responsáveis pela administração e controle do Al-Hol, a quem incumbe decidir, negociar e diligenciar no sentido da libertação dos seus detidos. ETANA, Military control across Syria. 01/2021. <https://bit.ly/3xKTGlc>; UOL. Internacional. Quem são os Curdos e porque são atacados pela Turquia? 12/10/2019. <https://bit.ly/2RYKKbt>, e Ac. TEDH, Requête, n.º 24384/19. H.F. et M.F. v. France. § 5, 8/2. 23/04/2020.

⁵ OCHA. Syrian Arab Republic – North east Syria: Al Hol camp. 11/10/2020.

⁶ UNICEF. Syria conflict 10 years on: 90 per cent of children need support as violence, economic crisis, and COVID-19 pandemic push families to the brink. 10/03/2021.

iraquianas⁷, tanto no que respeita ao acesso a recursos mínimos de sobrevivência⁸, como perante a possibilidade de libertação⁹. Tal circunstância coloca-as numa situação de maior carência e vulnerabilidade¹⁰ comparativamente às demais, motivo pelo qual constituirão, doravante, o núcleo central da nossa exposição.

Dito isto, após percebermos quem são as “crianças” para o DI, dedicaremos especial atenção àquelas que definimos como “Filhos do Daesh”, ao seu percurso, às condições desumanas em que estão detidos e às bases legais que determinam a arbitrariedade da sua detenção, olhando, particularmente, para a violação das normas de DIDH, DIH e DIC aplicáveis.

Posteriormente, alertamos para a inadmissibilidade do processo lento e insatisfatório de libertação e retorno destas crianças¹¹ aos seus Estados de Origem¹² e enaltecemos a urgência de a comunidade internacional encontrar e adotar novas medidas que sejam capazes de reforçar a sua proteção.

É, precisamente, nesse seguimento, que aludimos à tangibilidade dos “Filhos do Daesh” para a aquisição do estatuto de refugiados. No fundo, não se pretende, aqui, a criação ambiciosa de novas soluções legais, mas sim identificar o desrespeito por aquelas que já existem e a necessidade de apontar novos caminhos que, mesmo que imperfeitos, aproximem o fim da crise humanitária que se vive no território.

⁷ HRW. Thousands of foreigners...

⁸ Luquerna, 2020, pp. 156-157.

⁹ Pese embora as autoridades curdas tenham consentido, perante as denúncias de inúmeras ONGs, a libertação de crianças sírias e iraquianas do campo Al Hol, esta solução não abrangeu as crianças estrangeiras. DIÁRIO DE NOTÍCIAS: Autoridades Curdas vão libertar 25 mil pessoas associadas ao Estado Islâmico. 06/10/2020. <https://bit.ly/3sKfQjB>.

¹⁰ DIÁRIO DE NOTÍCIAS. As “crianças do Califado” e o “Plano Avestruz” do Governo português. 07/09/2019. <https://bit.ly/3xkYfIO>.

¹¹ Segundo a ONG Save The Children, de um total de 42.500 pessoas de diversas nacionalidades, aguardam repatriamento 27.500 crianças, 90% das quais com menos de 12 anos. SIC NOTÍCIAS. Bélgica repatria 50 menores de campos de refugiados na Síria. 04/03/2021. <https://bit.ly/3azUlvB>.

¹² Estado de que estas crianças são nacionais ou perante o qual podem requerer nacionalidade, por terem, respetivamente, nascido no seu território ou, quando nascidas em territórios controlados pelo Daesh, os seus progenitores, ou pelo menos um deles, tiver nacionalidade desse Estado.

1. A “criança” para o Direito Internacional

O DI tem evoluído “de mãos dadas” com a crescente preocupação em salvaguardar os direitos da criança. À medida que a necessidade da sua proteção aumenta, tem-se verificado o aumento do número de instrumentos legislativos destinados a esse fim.

Das recomendações para a adoção da Declaração de Genebra no pós-guerra, ao aparecimento da Unicef em 1946 e à elaboração da DUDH em 1948, é finalmente adotada, a 20 de novembro de 1989, a CDC¹³ pela Assembleia Geral das Nações Unidas.¹⁴

Esta última, com 196 nações assinantes, é o tratado internacional de direitos humanos mais ratificado de sempre¹⁵ e funciona como um imperativo legal para os Estados que dela fazem parte, impondo-lhes um papel ativo no sentido de adaptarem as suas legislações internas ao texto da convenção. Tal como explicita o seu **art. 51 n.º 2**, apenas se permite que os Estados Parte da Convenção apliquem normas de direito interno ou direito convencional, diversas daquelas que estão plasmadas na convenção, se tal for mais favorável às crianças protegidas.

A redação da Convenção teve como intuito principal a criação de uma definição de Criança internacionalmente reconhecida. Nesse sentido, embora no quadro do DI não exista uma definição única e formal de “criança”, o parâmetro jurídico atualmente utilizado é aquele que vem consagrado no **art. 1.º** desta Convenção, que descreve a criança como “...todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”¹⁶.

Além disso, reconhece quatro princípios basilares, em torno dos quais foram redigidas as suas premissas, que vinculam as partes relativamente ao tratamento que devem dar às crianças, a saber: a **não discriminação** (art. 2.º), que respeita ao facto de todas as crianças terem o direito de exercer o seu potencial, devendo os seus direitos ser assegurados e salvaguardados contra qualquer tipo de abuso, independentemente do género, raça, ou qualquer outra forma de discriminação; o **interesse superior da criança** (art. 3.º), que deve ser tido em conta em todas as questões que lhe digam respeito, independentemente desta se encontrar no seu país de origem ou qualquer outro¹⁷; o respeito pela **sobrevivência e desenvolvimento** (art. 6.º) na garantia de acesso a serviços básicos e igualdade de oportunidades; e a **opinião da criança** (art.

¹³ UNICEF. Para Todas as Crianças. Convenção sobre o Direito das Crianças.

¹⁴ Gonçalves & Sani, 2013, pp. 187-190.

¹⁵ UNICEF. Para Todas as Crianças. Convenção sobre o Direito das Crianças e OHCHR. United Nations Human Rights Treaty Bodies. Ratification status for CRC - Convention on the Rights of the Child.

¹⁶ FRA, CONSELHO DA EUROPA e TEDH. Manual de legislação europeia sobre os direitos das crianças Jun/2015, p. 18.

¹⁷ Segundo o Comité das Nações Unidas, este princípio deve ser interpretado como um direito substantivo, um princípio legal e uma regra de procedimento. U.N. COMM. ON THE RIGHTS OF CHILDREN, General Comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, Section I.A, U.N. Doc. CRC/G/GC/12 (2013).

12.^o) pois a sua voz deve ser tida em conta em todos os assuntos relacionados com os seus direitos¹⁸.

A convenção passa, por isso, a impor aos governos o respeito por *standards* mínimos de proteção, sobrevivência e desenvolvimento, tendo em consideração os seus direitos e interesses fundamentais.¹⁹ Estes últimos estão obrigados a conceder-lhes um conjunto de direitos civis, políticos, sociais, culturais e económicos que as protejam, não apenas em períodos de paz, mas, igualmente, no contexto de conflitos armados²⁰.

2. Os “Filhos do Daesh”

O Daesh, organização terrorista Sunita que foi parte do conflito armado da Síria de 2014 a 2019, surgiu como um grupo beligerante, que atuava na intenção de conquistar parcelas territoriais, e tinha como principal objetivo a implementação do Califado no território,²¹ personificado pelo seu líder Abu Bakr al-Baghdadi.²²

Se, por um lado, os terroristas não são, por regra, meros criminosos ou “assassinos lunáticos”, tal como não são guerrilheiros por não atuarem como unidades armadas que tentam manter ou conquistar territórios, por outro lado, esta última característica é aquela que melhor caracteriza, individualiza e diferencia o Daesh²³. Em 2018, o grupo controlava uma área estimada em 100 mil km², com um total de cerca de 11 milhões de residentes²⁴, gerida, por si, através da cobrança de impostos e da prestação de serviços básicos à população.

Não estamos, com isto, a reconhecer-lhes qualquer tipo de Estatuto. Não os consideramos um “Estado”, que “do ponto de vista jurídico-político é o estatuto mais nobre do direito internacional”, nem, tão pouco, uma “Representação Islâmica”.²⁵ Aquilo que se pretende, unicamente, é o reconhecimento da sua beligerância para efeitos da lei aplicável, já que o Daesh chegou a exercer, efetivamente, num determinado período de tempo, um poder de facto sobre uma parcela territorial,²⁶ conseguido através de abomináveis atos terroristas²⁷, praticados tanto por adultos, como por crianças filiadas ao grupo, não apenas no seu território, mas em diversos países ocidentais²⁸.

¹⁸ UNICEF, Para todas as Crianças, e Gonçalves & Sani, 2013, p. 190.

¹⁹ Manual de legislação europeia sobre os direitos das crianças, p. 17.

²⁰ AMERICAN SPCC. The Convention on the Rights of the Child – Children’s rights in the U.S.

²¹ Corten, 2018, p. 873 e VISÃO. Toda a verdade sobre o Daesh. 11/12/2015. <https://bit.ly/3sObfwS>.

²² DIÁRIO DE NOTÍCIAS. 2013-2019 – A ascensão e queda do grupo terrorista Estado Islâmico. 17/02/2019. <https://bit.ly/2Qu4a7s>.

²³ THE GUARDIAN. Islamic State: what factors have fuelled the rise of the militants? 20/08/2014. <https://bit.ly/3tXivrT>.

²⁴ Cook, 2018, pp. 7, 28-29.

²⁵ Azeredo Lopes, Os Estados, p. 18.

²⁶ Ibid.

²⁷ THE GUARDIAN. Islamic State: What factors have fuelled the rise of the militants?

²⁸ RENASCENÇA. O que é o Estado Islâmico? 14/12/2015. <https://bit.ly/2RXPuy1>.

Estas últimas, usadas como soldados, autores de atos terroristas de propaganda²⁹, mensageiros ou espiões, representam uma parcela da sociedade ainda não corrompida por práticas infieis³⁰ e, nessa medida, são ideais para a construção de uma geração futura que garanta a continuação do Daesh e a salvaguarda do Califado³¹.

Para o que nos interessa auferir no contexto desta exposição, os “Filhos do Daesh” a que nos referimos, doravante, são as crianças estrangeiras que, independentemente do papel que desempenharam no grupo, integram a organização terrorista por força de uma das circunstâncias que se seguem: (1) Terem nascido fora do território sírio e sido levadas pelos seus progenitores para o cerne do regime jihadista; (2) Serem filhas de pais estrangeiros, mas nascidas no interior do “Estado Islâmico”; (3) Terem sido traficadas ou forçadas, pelo grupo, a pertencer ao Daesh; (4) Serem viajantes voluntárias que ambicionam fazer parte da organização terrorista em causa.³²

Se, nas três primeiras situações, a adesão ao grupo terrorista foi, presumivelmente, involuntária, ou porque não tiveram opção se não seguir os seus pais, ou porque foram vítimas de sequestro³³ ou ameaça³⁴, na última, as crianças deslumbradas, influenciadas e atraídas pela propaganda do Daesh, manifestaram uma vontade pessoal em fazer parte do grupo, viajar para os seus territórios e integrar a sua causa^{35 36}.

3. Do recrutamento à detenção arbitrária

No caso concreto que nos propusemos analisar, e porque estamos perante um conflito armado, a proteção legal dos “Filhos do Daesh” está patente em 3 momentos distintos: o Pré-conflito; o Conflito; e o Pós-conflito. Por esse motivo, determinar a arbitrariedade da detenção destas crianças exige, respetivamente, um estudo às normas de Direito Internacional aplicáveis ao seu recrutamento, à natureza internacional do conflito armado e, finalmente, à sua responsabilidade criminal.

²⁹ VICE. Why ISIS are using so many children in their propaganda videos. 31/01/2017. <https://bit.ly/3vduCkx>.

³⁰ Cook & Vale, 2018, p. 32.

³¹ Centenico & Rodrigues, 2016, p. 27.

³² Luquerna, 2020, p. 156.

³³ UNODC. Handbook on children recruited and exploited by terrorist and violent extremist groups: The role of the justice system, 2017, p. 12.

³⁴ Bradley, 2018, p. 578.

³⁵ OBSERVADOR. O Estado Islâmico e a Internet: Onde e como eles recrutam. 20/11/2015. <https://bit.ly/3sJBMve>.

³⁶ Veja-se, a este respeito, que ao permitir um contacto rápido, direto ou indireto, local ou internacional, com membros do Daesh, a internet desempenha um papel inigualável para a radicalização globalizada de jovens vulneráveis. É através dos media online e das redes sociais que os membros do grupo descrevem, de forma enganosa, o estilo de vida que lhes será oferecido pelo califado. OBSERVADOR. O Estado Islâmico e a Internet: Onde e como eles recrutam. 20/11/2015. <https://bit.ly/3sJBMve>; Precht, 2007, pp. 56-58; THE CARTER CENTER. *Overview of Daesh's Online Recruitment Propaganda Magazine, Dabiq*. 08/12/2015, pp. 4-8 e 11-12, e Cook. & Vale, 2018, p. 34.

3.1 Pré-conflito: O recrutamento e participação nas hostilidades

O recrutamento de que os “Filhos do Daesh” são vítimas, para a prática de crimes violentos em nome do grupo e participação nas hostilidades em curso na Síria, é proibido por diversas normas de DI³⁷.

Veja-se, em primeiro lugar, no contexto do **DIDH**, o teor do **art. 38.º, n.º 2 da CDC**, que ao alargar o alcance da proibição plasmada no n.º 3, vem determinar que os Estados devem impedir a participação de crianças com idade inferior a 15 anos nas hostilidades, não só pela sua integração nas forças armadas do Estado, mas também pela sua integração em outras forças pró ou antigovernamentais.³⁸

Além da CDC, também o **Protocolo Adicional à Convenção contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição de Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças** vem proibir este recrutamento. O seu **art. 3.º** proíbe o “Tráfico de Pessoas (...) para fins de exploração” e muitos Estados têm adotado uma interpretação de “exploração” mais abrangente do que aquela listada na **alínea a)** deste artigo, considerando que a mesma se refere, igualmente, ao recrutamento de crianças para o desempenho de serviços militares, para a realização de sacrifícios humanos, para fins políticos, ou para a concretização de atividades criminosas³⁹, atividades nas quais se integram as crianças recrutadas pelo Daesh.

No mesmo sentido pode ser lida a **Convenção n.º 182, Relativa à Interdição das Piores Formas de Trabalho das Crianças e à Ação Imediata com vista à Sua Eliminação**, adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, em 17 de junho de 1999. No **art. 3.º** desta convenção reconhece-se como “das piores formas de trabalho das crianças” o seu recrutamento forçado para a participação em conflitos armados, para pôr em prática atividades ilícitas ou qualquer atividade que, pela sua natureza, seja suscetível de prejudicar a saúde, segurança e moralidade das crianças. Estas, uma vez mais, descrevem as atividades a que as crianças ficam sujeitas quando recrutadas e filiadas a grupos terroristas.

Também o **DIH** vem codificar, pela primeira vez, esta proibição nos seus Protocolos Adicionais.⁴⁰ De acordo com o **art. 77, n.º 2 do PA I**, relativo à proteção de vítimas de conflitos armados internacionais, todas as medidas devem ser tomadas, pelos Estados Parte, para que as crianças com idade inferior a 15 anos não sejam recrutadas e obrigadas a participar diretamente nas hostilidades.

³⁷ Aptel, 2019, pp. 524-525.

³⁸ Amann, 2015, pp. 253-254.

³⁹ UNODC. The concept of exploitation in the Trafficking in Persons Protocol, pp. 111-113.

⁴⁰ Amann, 2015, pp. 254-255

Além disso, o **art. 4.º, n.º 3 do PA II**, relativo a conflitos armados de caráter não internacional, proíbe o recrutamento que tenha por objetivo tanto a participação direta, como indireta, nas hostilidades, através da integração das crianças nas forças armadas de um Estado, ou em grupos armados Não-Estaduais. No caso concreto, pese embora estejamos, como veremos no capítulo ulterior, perante um conflito internacional regido pelo PA I, o **art. 4.º, n.º 3 do PA II**, porque prevê uma solução mais favorável do que a do art. 77.º, deve ser aplicado⁴¹.

Não pode deixar de se notar, que as normas anteriores se prestam a algumas más interpretações relativamente ao alcance que deve ser dado ao “recrutamento” a que se referem. Estará proibido apenas o recrutamento propriamente dito, no verdadeiro sentido da palavra e, por isso, forçado, ou, igualmente, o alistamento voluntário destas crianças? O CICV defende que estas normas se referem a todo o recrutamento, independentemente do modo (forçado ou voluntário) sobre o qual é operado. Esta é, por isso, a visão que levamos avante ao longo da presente exposição.⁴²

Finalmente, pese embora normas de DIDH e o DIH proibam o recrutamento, não esclarecem quais seriam as consequências para o seu incumprimento. É o DIC que tem vindo a garantir a responsabilidade criminal daqueles que, em violação dos preceitos internacionais supramencionados, recrutem crianças para a participação nas hostilidades.⁴³

Note-se, a este respeito, que o **art. 8.º, n.º 2, b), (XXVI) e 8.º, n.º 2, e), (VII) do Estatuto de Roma do TPI**⁴⁴, proíbe o recrutamento de crianças com idade inferior a 15 anos para integrar as forças armadas nacionais, ou outros grupos armados. Esse recrutamento traduz-se, desta feita, num crime de guerra e, não fazendo distinção entre grupos armados e “grupos terroristas”⁴⁵, entende-se que esta disposição abrange o recrutamento feito pelo Daesh, independentemente de este ser forçado ou voluntário, sob pena de se operar num tratamento discriminatório⁴⁶. Por outras palavras, as crianças recrutadas são, todas elas, vítimas de um crime de guerra, independentemente de terem sido forçadas a pertencer ao grupo ou voluntariamente integrantes, pelo que merecem, sob o ponto de vista das normas de DI aplicáveis a conferir-lhes a devida proteção, um tratamento igualitário⁴⁷.

⁴¹ Este entendimento segue o disposto no artigo 75.º n.º 8 do PA I, que impede interpretações que limitem ou prejudiquem qualquer disposição de DI mais favorável. Lourenço, 2008, pp. 807-808.

⁴² Lourenço, 2008, pp. 806-807.

⁴³ Aptel, 2019, pp. 526-529, e ICC. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda.

⁴⁴ Rome Statute of the International Criminal Court, opened for signature 17 July 1998, 2187 UNTS 90 (entered into force 1 July 2002) [Rome Statute], arts. 8(2)(b)(xxvi) and 8(2)(e)(vii).

⁴⁵ Capone, 2017, p. 184.

⁴⁶ Ibid., p. 171.

⁴⁷ Foram vários os julgamentos desta matéria que resultarem em condenações por recrutamento ilícito. Pereira, 2014, pp. 443-447.

3.1.1 Os 15 anos como a idade mínima de recrutamento

O fato das normas anteriores afastarem as crianças entre os 15 e os 18 anos de idade do estatuto de “Vítimas de um crime de Guerra”, que é o seu recrutamento, não pôde deixar de ser criticável. Por esse motivo, após a adoção da CDC, e no respeito pelas suas premissas, os tratados de proteção e bem-estar da criança passaram a alargar esta idade mínima de recrutamento até aos 18 anos. Tal sucedeu, nomeadamente, com o texto da **Carta Africana de 1990 sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança** e da **Convenção de 1999 sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil**.⁴⁸

No mesmo sentido se redigiu o **PF à CDC**, relativo à participação das crianças em conflitos armados, adotado pela Assembleia Geral da ONU no ano 2000. Para o que nos interessa auferir no contexto desta exposição, o **art. 4.º deste protocolo** vem alargar a proteção conferida pelo artigo 38.º da CDC ao proibir, inequivocamente, o recrutamento de crianças menores de 18 anos de idade⁴⁹ (não apenas 15) feito por grupos armados distintos das forças armadas de um Estado, onde se enquadram os grupos terroristas como o Daesh, devendo os Estados parte adotar as medidas que forem possíveis para o impedir⁵⁰. Por outras palavras, este artigo vem garantir que seja aplicado aos grupos terroristas um regime mais restrito sobre esta matéria, pelo que o limite de 18 anos, porque mais favorável, é aquele que deve ser tido em consideração no caso concreto⁵¹.

Não obstante, apesar do acréscimo de previsões legais destinadas a criminalizar o recrutamento destas crianças e garantir a sua proteção, não existe, ainda, qualquer sanção penal internacional que cubra o recrutamento de crianças menores de 18 e maiores de 15 anos. O tratamento que estas últimas recebem é factualmente distinto daquele que recebem as crianças com idade inferior 15 anos, pelo que continuarão, presumivelmente, a ser recrutadas por grupos armados, por falta de mecanismos eficazes a proibir e sancionar esse recrutamento.

Contudo, apesar dessa lacuna de DIC, tendo em conta a lei imperativa aplicável ao caso que nos propusemos analisar, parece-nos inaceitável que as crianças com idade entre os 15 e os 18 anos, recrutados pelo Daesh, fiquem excluídas do estatuto de vítimas para o Direito Internacional e, conseqüentemente, da respetiva proteção legal de que necessitam. Admitir o contrário é admitir, logo à partida, que lhes seja dado um

⁴⁸ African Children's Charter, Arts. 2, 22(2); Convention (No. 182) Concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour, arts. 2, 3(a), 17 Jun/1999, 2133 UNTS 16.1.

⁴⁹ Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, rapport de la Commission d'enquête internationale indépendante sur la république arabe syrienne, 1er février 2018, A/HRC/37/72. § 42.

⁵⁰ Capone, 2017, p. 167.

⁵¹ Lourenço, 2008, pp. 807-808.

tratamento discriminatório, contrário aos princípios basilares que sustentam o direito das crianças.

3.1.2 A eventual responsabilidade dos Estados que não impedirem o recrutamento

Apesar da Síria não ter ratificado o PF à CDC, as crianças que nos propusemos analisar são estrangeiras nacionais de países que o ratificaram. Por esse motivo, mantém-se a obrigação desses Estados prevenirem o seu recrutamento. Esta premissa é sustentada pelo alcance extraterritorial do **art. 2.º da CDC** e pelo **Comité dos Direitos das Crianças**, que no seu comentário geral sobre esta matéria referiu o seguinte:

O recrutamento e a participação de menores nas hostilidades envolve um alto risco de dano irreparável envolvendo direitos humanos fundamentais, incluindo o direito à vida, As obrigações dos Estados decorrentes do artigo 38 da Convenção, em conjunto com os artigos 3 e 4 do Protocolo Adicional à Convenção, relativo à participação das mesmas em conflitos armados, acarretam efeitos extraterritoriais.⁵²

Se o recrutamento prevê um sentimento de rutura em relação à sociedade, por motivos socioeconómicos, ideológicos, pessoais ou psicológicos,⁵³ é da responsabilidade dos Estados a criação de um ambiente favorável no seu território que previna a adesão a estas ideologias extremistas. Esta afirmação é fundamentada pela **RCS 2178 (2014)** e pela letra do **art. 4.º, n.º 2 do PF à CDC**. A primeira determina que incumbe aos Estados garantir um conjunto de medidas preventivas que impeçam as crianças de partir, passando a proibir e criminalizar as condutas que visem viajar e residir num Estado que não o seu Estado de origem, com a finalidade de se filiarem numa organização terrorista pela qual irão receber treinamento militar para a prática de futuros atos vis.⁵⁴ No mesmo seguimento, a segunda impõe aos Estados a implementação das “medidas possíveis” a evitar esse recrutamento. Não obstante, ao exigir apenas a adoção de medidas “possíveis” e não de todas as medidas que se demonstrem “necessárias” a garantir esse fim, não garante uma proibição absoluta de recrutamento, na medida em que exigir o “possível” pode implicar, na prática, exigir muito pouco⁵⁵.

⁵² Committee on the Rights of the Child, General, comment No. 6 (2005): Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, (crc/gc/2005/6), p. 10.

⁵³ Proposta de Resolução do Parlamento Europeu sobre a prevenção da radicalização e do recrutamento de cidadãos europeus por organizações terroristas (2015/2063(INI).

⁵⁴ UN Security Council, Security Council resolution 2178 (2014) [on threats to international peace and security caused by foreign terrorist fighters], 24 September 2014, S/RES/2178 (2014), 6(a).

⁵⁵ Pereira, 2014, p. 434.

Os Estados estão, por isso, sob uma obrigação de meios e não sob uma obrigação de resultado. Tal significa, que se o recrutamento “voluntário” ocorrer, apenas se pode esperar que o Estado, na sua legislação interna, esteja preparado para criminalizar e responsabilizar os cidadãos em questão, aquando do retorno ao seu território, questão que estudaremos, ulteriormente, com mais pormenor.

3.2 Conflito: A natureza do conflito para efeitos do direito aplicável

O facto de estarmos perante um conflito armado que envolve a participação de crianças e as coloca, por um lado, como vítimas de um crime de guerra e, por outro lado, como autoras de crimes violentos, leva a que se justifique uma análise especialmente cuidada ao regime de DIH aplicável a legitimar ou proibir a sua detenção. Essa análise exige, em primeira instância, para sabermos que normas aplicar, a determinação da natureza do conflito em causa, que justificaremos, doravante, como sendo internacional.

Começemos por dar destaque ao corpo do **art. 2.º** comum às CG⁵⁶. De acordo com este artigo, estamos perante um conflito internacional quando dois ou mais Estados se opõem entre si, ou perante casos de ocupação territorial, mesmo que esta não encontre qualquer resistência militar⁵⁷.

Embora esta caracterização não levante quaisquer dúvidas, questão mais ambígua é a de saber a natureza de um determinado conflito armado quando estamos perante situações aparentemente internas, mas que são, na realidade, internacionais ou internacionalizadas⁵⁸. É o caso dos conflitos que, embora confinados ao território de um único Estado, testemunham a intervenção das forças armadas de um terceiro Estado no apoio aos grupos armados não governamentais que lutam contra as forças Estaduais⁵⁹. Situação que descreve o conflito sírio em análise.

Este último, que começou por ser uma Guerra Civil que opunha o regime de Bashar Al-Assad a grupos de oposição como o ELS, a Frente al-Nusra, os Curdos Sírios e a Frente Islâmica, rapidamente se alastrou além-fronteiras, passando a opor Sunitas (Arábia Saudita, Qatar, Turquia, Jordânia), que apoiavam os opositores, a Xiitas (Irão com apoio do grupo Líbano Hezbollah) aliados do regime.

⁵⁶ Cujo âmbito de aplicação tem vindo a ser alargado, nomeadamente, pelo texto do art. 4.º, n.º 1, PA I, de acordo com o qual Nas situações mencionadas no número precedente estão incluídos os conflitos armados em que os povos lutam contra a dominação colonial e a ocupação estrangeira e contra os regimes racistas no exercício do direito dos povos à autodeterminação...

⁵⁷ Tavares, 2020, p. 228.

⁵⁸ Macák, 2018, p. 31.

⁵⁹ Pereira, 2014, pp. 102-104 e Caso in. IT-94-1-I, Appeals Chamber Judgement of 15 July 1999, § 84. De acordo com o entendimento do TPI ex-J, no caso Tádíc: um conflito armado interno que irrompe num território de um Estado pode tornar-se internacional (...) se (i) um outro Estado intervém nesse conflito através das suas tropas, ou se (ii) alguns dos participantes no conflito armado interno agem por conta desse outro Estado.

Além disso, com a chegada do “Estado Islâmico” ao conflito, em 2014, grupos que outrora lutavam em partes opostas no conflito, passam a unir forças para conter a expansão do Daesh no território. Foi o caso da coligação liderada pelos Estados Unidos da América (que contava com a participação de países da Europa Ocidental) e da Rússia, que com o apoio do Irão, Qatar, Arábia Saudita, Frente Islâmica, Curdos Sírios, Governo sírio, Exército Livre da Síria e Al-Nusra, passaram a direcionar a sua atuação para retirada da organização terrorista do território.⁶⁰ Este objetivo, que ocupou o conflito durante 5 anos, foi cumprido a 23 de março de 2019 com a reconquista da cidade de Al-Baghuz Fawqani⁶¹, último reduto do “Estado Islâmico” na Síria, fator que determinou, formalmente, o fim do califado no território.⁶²

Tendo em conta o que acaba de se descrever, dificilmente se poderá aceitar que o conflito armado sírio não tenha adquirido um carácter internacional.

Em primeiro lugar, porque contou, como vimos, com a participação de inúmeros Estados. Foi um conflito desenvolvido em várias frentes e só a coligação liderada pelos Estados Unidos contra o Daesh, formada em 2014⁶³ e destinada a acabar com as ambições territoriais do grupo, contou com mais de 8 dezenas de Estados⁶⁴.

Em segundo lugar, porque apesar de ocorrer apenas no território de um Estado (Síria), parte desses Estados terceiros chegaram ao território para combater, em apoio aos grupos armados rebeldes, as forças do Governo sírio⁶⁵.

Finalmente, porque o grupo terrorista que ocupou o conflito armado de 2014 a 2019 atuava como beligerante na intenção de conquistar, para si, parcelas territoriais⁶⁶.

O que nos importa perceber, doravante, é que implicações esse carácter internacional poderá ter, ao nível da detenção continuada das crianças no campo Al Hol, se considerarmos que estas, uma vez identificáveis como combatentes⁶⁷, beneficiam do regime aplicado aos prisioneiros de Guerra. Se lhes reservarmos “todo o tratamento privilegiado que possa ser dispensado aos prisioneiros de Guerra em virtude (...) da sua idade”⁶⁸, ser-lhes-á aplicável o teor do art. 118.º da III CG, que garante o direito à libertação e repatriamento com o fim das hostilidades e, consequentemente, estabelece a arbitrariedade da detenção no caso em análise?

⁶⁰ Corten, 2018, pp. 873-877 e OBSERVADOR. Estado Islâmico, aliados e inimigos no conflito da Síria em 16 gráficos. 2015. <https://bit.ly/3vbmoe8>.

⁶¹ Luquerna, 2020, p. 150.

⁶² G1. Forças democráticas sírias anunciam o fim do “califado” do Estado Islâmico. 23/03/2019. <https://glo.bo/32QWvCJ>.

⁶³ Da qual Portugal faz parte desde 2015. REPÚBLICA PORTUGUESA. Ministro da Defesa Nacional visita militares portugueses no Iraque. 26/06/2017. <https://bit.ly/3nss7IB>.

⁶⁴ GLOBAL COALITION. 83 partners united in ensuring Daesh’s enduring defeat. <https://theglobalcoalition.org/en/>.

⁶⁵ Macák, 2018, pp. 31 e ss.

⁶⁶ Ibid. pp. 31, 74-78.

⁶⁷ CICV. Rule 106. Conditions for Prisoners-of-War Status.

⁶⁸ III CG, art. 16.

Este último artigo impõe, em simultâneo, uma **obrigação** à potência detentora de libertar e repatriar os indivíduos detidos que tem em seu poder com o fim das hostilidades, e um **direito** aos detidos de não ficarem indefinidamente privados da sua liberdade. Para o DIH, a detenção destes “combatentes” não representa uma punição, ou uma intenção sancionatória, mas um meio legítimo de prossecução de um fim, igualmente legítimo, que é o enfraquecimento do adversário no conflito⁶⁹. Por esse motivo, estes permanecem detidos apenas enquanto se demonstrar que tal é necessário à concretização desse fim, sob pena de se violar o princípio da necessidade.⁷⁰

Partindo-se da premissa que as crianças que combatem pelo Daesh, enquanto parte no conflito, devem beneficiar de proteção especial, inclusive aquela que é reconhecida aos prisioneiros de Guerra quando detidos por uma outra parte no conflito, tal como reconhece o art. 77.º, n.º 3, cremos que uma resposta positiva à questão anterior é a única resposta adequada.⁷¹

Tal significa que, embora a detenção de membros do Daesh, incluindo as crianças que combatem nas hostilidades, possa ser justificada como mecanismo de enfraquecimento do grupo terrorista, não tendo carácter punitivo ou sancionatório, esta só seria legítima até à cessação do conflito contra a organização terrorista em causa.⁷² Por aplicação do art. 118.º da III CG, uma vez que o Daesh e a coligação destinada a combatê-lo deixaram de fazer parte do conflito sírio desde 2019, entende-se que a detenção destas crianças deixou, desde essa data, de estar justificada, sendo atualmente arbitrária e contrária às normas de DI aplicável.

Ainda assim, e para sustentar devidamente este posicionamento, afigura-se necessário desconstruir dois dos argumentos que podem ser levantados para justificar a não aplicabilidade do art. 118.º ao caso concreto, ou a legitimidade da detenção, até aos dias de hoje, das crianças em análise.

Em primeiro lugar, pode ser defendido que o art. 118.º não tenha aplicabilidade no caso concreto por se aplicar, em princípio, aos detidos que tenham combatido em nome de um Estado parte no conflito em causa. De facto, o Daesh não é reconhecido como uma força Estadual a lutar como parte no conflito armado, mas sim como grupo não estadual organizado e beligerante⁷³. Porém, embora esta solução possa ser admissível no caso dos adultos detidos, não se afigura sensato admiti-la quando estejam em causa crianças que, como determina o **art. 16.º da III CG**, merecem um tratamento privilegiado em relação aos primeiros.

⁶⁹ Hakimi, 2009, p. 605.

⁷⁰ Pereira, 2014, p. 323.

⁷¹ Henckaerts & Doswald-Beck, 2005, p. 487.

⁷² Luquerna, 2020, p. 171.

⁷³ ICRC. Treaties, States parties and commentaries – Commentary of 1960: Article 118.

Em segundo lugar, pode argumentar-se, à semelhança do que fizeram os EUA com a “teoria dos dois conflitos” no Afeganistão⁷⁴, que estamos, no caso concreto, perante a existência de dois conflitos, sendo que um deles (contra o Daesh) se traduz num conflito contra o terrorismo que não permite traçar limites geográfica ou temporais. Nesse sentido, mesmo que se considere a aplicabilidade do art. 118.º ao caso concreto, a sua detenção estaria legitimada por o “conflito contra o terrorismo” não ter um fim determinado.

Dito de outro modo, se considerarmos que existiu um conflito “contra o Daesh” autónomo ao conflito sírio, e o que o primeiro não é findável, ao aplicar o art. 118.º ao caso concreto reconhece-se como admissível a infinitude da detenção destas crianças⁷⁵ e confere-se aos Estados legitimidade para a manter, potencialmente para a vida, baseada numa suspeita de que constituem, ou podem vir a constituir, uma ameaça à segurança nacional⁷⁶.

Não obstante, para o DIH não existem conflitos armados sem fim. Este é um dos princípios basilares deste ramo de direito que nos leva a crer que o “conflito contra o Daesh” não seja um conflito singular, mas sim uma parte de um conflito único e findável⁷⁷, desenvolvido em várias frentes e com diferentes objetivos, que deve ser tratado como terminado assim que a organização terrorista e a coligação destinada a combatê-lo abandonaram o território. Defender o contrário legitimaria uma privação arbitrária, porque infinita, da liberdade destes detidos⁷⁸.

Pelo exposto, a detenção destas crianças, iniciada no decurso do conflito e continuada após o seu término, mostra-se discriminatória, desproporcional e tem extravasado a medida do necessário a garantir o cumprimento dos objetivos propostos. Por não seguir as garantias do art. 118.º, durar há mais de um ano e manter-se indefinida, ganhou um teor punitivo e sancionatório arbitrário, já que não existem processos ou julgamentos pendentes contra si, ou, tão pouco, a intenção de os iniciar.

Finalmente, o DIH permite não só a detenção de crianças combatentes durante o conflito, mas também de crianças civis. Contudo, de acordo com o **art. 132.º** e seguintes da IV CG, à semelhança das primeiras, a sua detenção também não pode ser indefinida. No fundo, a detenção de ambas, embora permitida pelo DIH, só seria legítima, atualmente, se previsse o julgamento das primeiras por crimes de guerra e das segundas por outros crimes praticados na pendência das hostilidades.

⁷⁴ Tavares, 2020, pp. 139-140.

⁷⁵ Azeredo Lopes, 2004, p. 46.

⁷⁶ Hakimi, 2009, p. 606.

⁷⁷ Tavares, 2020, pp. 139-140.

⁷⁸ Azeredo Lopes, 2004, p. 44.

Não sendo esse o caso, como veremos no capítulo ulterior, além de violar normas de DIH e constituir uma pena coletiva proibida pelo **art. 33.º da IV CG**⁷⁹, esta detenção viola preceitos de DIDH aplicáveis a conflitos armados. Põe em causa, logo à partida, as garantias conferidas pelo Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos⁸⁰. Veja-se, que o **art. 9.º** deste instrumento legislativo, em conjunto com o **parecer do Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas**⁸¹, determinam como arbitrária a detenção de membros do agregado familiar de criminosos que não sejam, eles próprios, acusados de qualquer crime ou ilícito. Também os **arts. 14.º e 16.º** justificam esse entendimento ao determinarem que a punição pela prática de um crime ou ilícito só deve ocorrer após um julgamento justo que determine alguém como culpado.

No mesmo sentido pode ser lido o texto do **art. 40.º da CDC**, de acordo com o qual a criança deve ser tratada com respeito e dignidade no cumprimento dos seus direitos fundamentais, mesmo quando acusada de participar em conflitos armados e cometer atos ilícitos, presumindo-se, até prova em contrário, a sua inocência. O mesmo acontece com o **seu art. 37.º** que determina que a detenção destas crianças, a ocorrer, deveria ser sempre como último recurso e durante o menor período de tempo possível⁸².

3.3 Pós-conflito: responsabilidade criminal dos “filhos do Daesh”

Não obstante o capítulo precedente, parte das detenções a que nos referimos ao longo desta exposição tiveram início apenas após o término do conflito contra o Daesh, pelo que só serão admissíveis se tiverem o propósito de responsabilizar, criminalmente, as crianças em análise.

Esta imputabilidade de responsabilidade criminal aos “Filhos do Daesh”, contudo, é uma questão delicada que impõe o equilíbrio entre a proteção dos direitos de terceiros lesados pelo menor e a proteção dos direitos da criança vítima dos adultos que a recrutaram. Por esse motivo, o apuramento dessa responsabilidade deve partir de uma análise casuística, mediante o estudo de diferentes variantes, a saber: a idade da criança, a circunstância de carência onde está inserida e o domínio de facto que sobre ela é exigido.

⁷⁹ Os governos que contribuem ativamente para esse confinamento abusivo podem ser cúmplices da detenção ilegal e da punição coletiva de milhares de pessoas, a maioria mulheres e crianças. HRW. Thousands of foreigners...

⁸⁰ Luquerna, 2020, pp. 171-172.

⁸¹ U.N. Human Rights Committee, General Comment No. 35 on Article 9 (Liberty and Security of the Person), U.N. Doc. CCPR/G/GC/35, T 10 (2014), § 16.

⁸² Liefaard, 2019, pp. 329-332.

3.3.1 Inimputabilidade em razão da idade

O DIC deixa claro, no texto do **art. 26.º do Estatuto de Roma**, que o TPI não tem jurisdição sobre pessoas com idade inferior a 18 anos no momento da prática do crime. No fundo, não admitindo exceções, este artigo garante que só os adultos podem ser responsabilizados no TPI por crimes internacionais⁸³. Tal significa, que as crianças entre os 15 e os 18 anos de idade, mesmo que possam não ser consideradas vítimas de recrutamento para o DI, não podem ser internacionalmente responsabilizadas por crimes de genocídio, crimes de guerra ou crimes contra a humanidade.

De facto, nem este nem qualquer tribunal ad hoc ou “internacionalizado” julgou, até ao momento, a responsabilidade criminal de crianças, por as considerarem incapazes de assumir uma vontade esclarecida e autodeterminada para a prática de crimes⁸⁴.

Tal não significa, porém, que estas não possam ser responsabilizadas criminalmente através de alguns tribunais “internacionalizados”, com competência para julgar menores de determinada idade⁸⁵, ou através do direito interno dos Estados.

Veja-se, neste último caso, que ao impor aos Estados o estabelecimento interno de uma menoridade criminal, o **art. 40.º, n.º 3 da CDC** lhes confere autonomia para julgar a responsabilidade destas crianças. Contudo, essa autonomia não é absoluta. Para o DIDH a determinação da menoridade criminal, quando inferior a 12 anos, não será admissível⁸⁶ por se presumir que a criança não dispõe, ainda, de maturidade cognitiva, moral e sentimental suficiente para ter consciência dos efeitos da sua conduta.

Daqui se retira que os Estados terão legitimidade para responsabilizar Criminalmente os “Filhos do Daesh” com idade superior a 12 anos de Idade, sempre que se demonstre que as componentes morais e psicológicas da criança revelam que esta se comprometeu à prática de ilícitos de forma consciente e maturada.⁸⁷

A posição do DIH sobre esta matéria é idêntica. Ao impor, no **art. 76.º da IV CG**, um julgamento justo para crianças que são detidas e acusadas de crimes no contexto de um conflito armado, admite que as mesmas possam assumir responsabilidade penal pelos atos por si praticados enquanto recrutas do Daesh. Contudo, garante que estas recebam um tratamento especialmente cuidado, por serem menores de 18 anos, tal como determinam os artigos 89.º, 77.º e 68.º da mesma convenção e o artigo 77.º do PA I.⁸⁸

⁸³ Capone, 2017, p. 173.

⁸⁴ UNODC, 2017, p. 74; Luquerna, 2020, p. 168.

⁸⁵ As autoridades responsáveis apelaram, já, a que os governos internacionais fornecessem o apoio necessário à constituição destes tribunais para julgar os seus detidos. HRW, 2021.

⁸⁶ Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 10: Children’s Rights in Juvenile Justice on its 44th Session, U.N. Doc CRC/C/GC/10, §§ 32, 33 (2007).

⁸⁷ Bradley, 2018, pp. 600-601.

⁸⁸ Bradley, 2018, p. 601.

3.3.2 A inimizabilidade em razão das circunstâncias de carência e o domínio de facto exercido pelo Daesh

Como vimos em momento oportuno, crianças menores de 18 anos são vítimas de recrutamento por parte do Daesh, mesmo que adiram ao grupo “voluntariamente”. Tal acontece, pois, no caso concreto, esta voluntariedade não pode deixar de ser questionável, uma vez que é ditada, não raras vezes, por motivos de sobrevivência, sentimentos de insegurança, fuga à pobreza extrema, marginalização ou discriminação⁸⁹. Por outras palavras, provém de um aproveitamento, por parte do Daesh, de gente proscrita e desesperançada nas suas respetivas sociedades, facilmente impressionáveis com a mensagem apocalíptica de Baghdadi e dos seus seguidores, que as tornam propícias ao seu tortuoso processo de radicalização⁹⁰.

De facto, é a partir de um estudo minucioso ao psicológico, vulnerabilidades e privações materiais das crianças, que Daesh lhes impõe, com mestria, um conjunto de ideologias e crenças extremistas que incitam e justificam a violência.⁹¹ Dito de outro modo, existindo uma pré-condição que as torne propícias a sofrer influências cognitivas conducentes a alterações comportamentais,⁹² as crianças são manipuladas e seduzidas para fazer parte de uma vida considerada, erroneamente, mais digna e virtuosa.⁹³ A radicalização prevê, por isso, uma desconexão psicológica com valores morais que leva as crianças a praticar atos hediondos em nome do grupo sem terem tal consciencialização,⁹⁴ o que as torna vítimas daquela que é considerada a maior, e mais brutal, organização terrorista que o mundo já viu⁹⁵.

Estas circunstâncias justificam a recusa, por parte do DIC, em admitir a responsabilidade criminal destas crianças e, pelo contrário, admitir a sua imputabilidade aos seus subordinantes, isto é, aos adultos, membros do Daesh, responsáveis pelo seu recrutamento, doutrinação, treinamento, e coerção para a prática de crimes.⁹⁶ Veja-se, a sustentar esta premissa, o teor do **art. 25.º, n.º 3 do ETPI**, de acordo com o qual, poderá ser criminalmente responsável quem “ordenar, provocar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa”.⁹⁷

Não obstante, uma vez que os Estados têm a possibilidade de as responsabilizar por aplicabilidade do seu direito interno, o apuramento dessa responsabilidade deve ter

⁸⁹ UNODC, Handbook..., pp. 11-13.

⁹⁰ Precht, 2007, pp. 38-44 e 50-51.

⁹¹ Ibid., p. 32-35

⁹² Tolis, 2019, pp. 131-134 e 138-142

⁹³ THE GUARDIAN, Radicalisation is not brainwashing. We need to rethink how we tackle it. 13/07/2014. <https://bit.ly/3tUTzBi>.

⁹⁴ Pereira, 2014, p. 432.

⁹⁵ Centenico & Rodrigues, 2015, p. 44.

⁹⁶ Crane, 2008, pp. 1-3.

⁹⁷ Dias, 2007, p. 783.

em conta as circunstâncias em que se submeteram ao Daesh, o tratamento que vivenciaram após o seu recrutamento e a durabilidade da sua filiação ao grupo.⁹⁸ Por outras palavras, deve estar dependente tanto de uma avaliação casuística a elementos biológicos que marcam o seu desenvolvimento cognitivo⁹⁹, como de uma ponderação cuidada às circunstâncias do seu crescimento.

O primeiro ponto serve para demonstrar que, no exercício da sua vontade, as crianças tiveram a intenção de se alistar e praticar crimes em nome da organização terrorista (existência do elemento *mens rea*),¹⁰⁰ isto é, que têm a capacidade, ou espírito suficientemente censurável, para cometer crimes de guerra num ambiente de conflito.

Por sua vez, o segundo ponto serve para determinar se as circunstâncias que enfrentam ao longo do seu crescimento são capazes de alterar a sua estrutura cerebral, desencadear comportamentos indevidos e pôr em a causa a “voluntariedade” com que possam ter aderido ao grupo e a vontade autodeterminada para a prática de crimes em seu nome.

Nas palavras de Naomi Cahn,
quando as crianças são abusadas ou negligenciadas, os seus cérebros desenvolvem-se para que elas sejam capazes de ultrapassar situações de ameaça, pelo que o seu comportamento delinquente é resultado, muitas vezes, destas lições primárias em que o cérebro usava o medo como mecanismo de defesa (Cahn, 2006, p. 426).

É defensável, por isso, que os “Filhos do Daesh” sejam, de facto, vítimas dos abusos de que foram alvo, na medida em que esses abusos as transformaram em seres humanos agressivos, impulsivos e reativos em situações de perigo¹⁰¹. Assim sendo, pese embora se possa considerar que uma criança com idade superior a 15 anos, à partida, seja capaz de distinguir o bem e o mal, o que justifica, em certa medida, a diferença de tratamento jurídico que recebem em relação às demais, no caso concreto, os filhos do Daesh são, presumivelmente, incapazes de controlar os seus impulsos violentos pela influência que o ambiente gerado pelo grupo terrorista assume na sua tomada de decisões.

Acreditamos, por todo o exposto, que lhes devem ser aplicadas, preferencialmente, não medidas rígidas e punitivas de correção, mas medidas que visem garantir a sua reintegração social efetiva, tendo em vista tanto o melhor interesse da criança, como da comunidade no seu todo¹⁰². Deve-se procurar providenciar, nesse sentido, a participação dos “Filhos do Daesh” em programas especiais de desradicalização¹⁰³.

⁹⁸ Leveau, 2013, pp. 38-39.

⁹⁹ Estatuto de Roma, Art. 30.

¹⁰⁰ Leveau, 2013, pp. 36-39.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Capone, 2017, pp. 170-185.

¹⁰³ Bradley, 2018, p. 603.

Para finalizar, não obstante, até aqui, tenhamos focado a nossa atenção, sobretudo, nas crianças soldado, as restantes não são, por nós, desconsideradas. De facto, quando não tenham cometido crimes de guerra, mas outros crimes relacionados, por exemplo, com o financiamento do grupo ou a sua propaganda, acreditamos que estas crianças devam, também elas, ser libertadas destes campos de detenção e, eventualmente, condenadas pela prática desses crimes nos Estados da sua nacionalidade.

4. As condições desumanas do seu aprisionamento

O facto de serem “vítimas” de um crime de guerra para o DI, de a sua detenção ser admissível na pendência do conflito, mas nunca de forma indefinida, e de inexistirem, atualmente, processos judiciais destinados a apurar a sua responsabilidade criminal, permite-nos concluir pela arbitrariedade da detenção aos “Filhos do Daesh” nos campos sírios e, conseqüentemente, pela urgência da sua libertação e repatriamento, em virtude do tratamento desumano e degradante a que estão sujeitas.

Privados de recursos necessários ao seu bom desenvolvimento, distanciados do sistema de ensino¹⁰⁴ e vítimas de numerosas violações de direitos fundamentais, estas crianças constituem um grupo de pessoas especialmente vulnerável que carece de proteção especial por parte da comunidade internacional.

Além de receberem uma dieta deficiente, pouco nutritiva, e não terem acesso a água potável, são vítimas da falta de saneamento básico nas instalações onde estão albergadas e, conseqüentemente, alvo de graves infeções, que levam, muitas vezes, à sua própria morte. Ademais, em virtude da sobrelotação de instalações hospitalares, sofrem, frequentemente, com lesões corporais expostas que se tornam permanentes por falta de cuidados de saúde essenciais a garantir o seu tratamento.¹⁰⁵

Não pode deixar de se notar, ainda, que as condições precárias anteriores foram fortemente agravadas pela atual situação pandémica provocada pelo COVID-19. Devido à sua rápida propagação, à exigência de quarentena obrigatória e à afetação dos trabalhadores do campo, as crianças recebem cada vez menos cuidados e estão com o seu estado de saúde mais débil que nunca¹⁰⁶.

Por esse motivo, o **art. 3.º** comum às quatro Convenções de Genebra, enquanto tratado mínimo de salvaguarda¹⁰⁷, ou “um *standard* mínimo de tratamento que reflete o direito consuetudinário”¹⁰⁸, não pode deixar de ser aplicado no caso concreto. De facto,

¹⁰⁴ Atualmente, estima-se que 20 000 dos residentes de Al-Hol tenha menos de 5 anos de idade e cerca de 11 000 esteja numa faixa etária entre os 6 e os 18 anos, muitos dos quais privados de ensino há pelo menos 5 anos. FP NEWS. Kids of the Islamic State. 03/06/2019. <https://bit.ly/3eoDynK>.

¹⁰⁵ HRW. Syria: Dire conditions for ISIS suspects' families, 23/06/2019.

¹⁰⁶ HRW. Thousands of foreigners...

¹⁰⁷ Tavares, 2020, p. 240.

¹⁰⁸ Azeredo Lopes, 2004, p. 42.

a fome, a privação de água potável, de cuidados de saúde, de acesso a saneamento básico e educação, as condições climáticas extremas que enfrentam, a solidão e marginalização, são causas de sofrimento extremo com consequências físicas e psicológicas muitas vezes irreversíveis. Revelam, por isso, um tratamento humilhante e degradante proibido, expressamente, pela alínea c) desse artigo, e dificilmente podem ser dissociados de Tortura.¹⁰⁹ A detenção num ambiente de violência¹¹⁰ e estigmatização, além de desrespeitar a dignidade e necessidades especiais das crianças, enfatiza os efeitos negativos que daí possam advir ao nível do seu desenvolvimento e bem-estar¹¹¹.

Seguindo o teor da **resolução 70/291 acerca da Revisão da Estratégia Global Contra o Terrorismo das Nações Unidas**, as crianças devem ser tratadas de maneira consistente com seus direitos, dignidade e necessidades especiais, devendo respeitar-se o Direito Internacional aplicável, em particular, as obrigações decorrentes da CDC¹¹². No mesmo sentido seguiu o entendimento do Presidente do CICV, que numa declaração de 22 de março de 2019, relembra que “as Convenções de Genebra (...) não deixam ninguém fora dos limites da lei, independentemente dos crimes que possam ter cometido”. Acrescenta, ainda, que as crianças, mesmo que tenham mantido relações com o Daesh, são “seres humanos com direito a um tratamento humano”.¹¹³ Se o DIH, por um lado, proíbe os atos terroristas no art. 51.º, n.º 2 do PA I e no art. 4, n.º 2 (d) e art. 13, n.º 2 do PA II às CG, por outro lado, proíbe a morte, a tortura ou qualquer outra forma de tratamento contra a dignidade humana de pessoas que já não façam parte das Hostilidades.

É exigível, por todo o exposto, o recurso a ajuda humanitária que garanta o bem-estar e desenvolvimento das crianças arbitrariamente detidas¹¹⁴ e, sobretudo, o contributo dos Estados no sentido de possibilitar a sua libertação e repatriamento¹¹⁵. Nas palavras de António Guterres, o secretário-geral da ONU, o repatriamento de crianças é “um imperativo urgente e estratégico do combate ao terrorismo”¹¹⁶.

¹⁰⁹ 22 especialistas em direitos humanos da ONU observaram que a ‘violência, exploração, abuso e privação’ sofridas por detidos estrangeiros no nordeste da Síria ‘podem muito bem equivaler a tortura ou outro tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante de acordo com o direito internacional’. HRW. Thousands of foreigners...

¹¹⁰ A criminalidade no campo Al-Hol tem aumento significativamente. No ano de 2020 registaram-se 33 assassinatos e só desde o início de 2021 já se testemunharam 41. OBSERVADOR. Forças Curdas lançam operação contra o Estado Islâmico num campo de refugiados. 28/03/2021. <https://bit.ly/2PiRujh>; e HRW. Thousands of foreigners...

¹¹¹ Luquerna, 2020, p. 172.

¹¹² UNODC, Handbook on children..., pp. 73-74.

¹¹³ CICV, Declaração do Presidente do CICV, Peter Maurer, ao finalizar a visita de 5 dias a Damasco e Nordeste da Síria.

¹¹⁴ UNICEF. Eight children die in Al-Hol camp, north-eastern Syria in less than a week. 12/09/2020.

¹¹⁵ PARLAMENTO EUROPEU. Sobre os direitos humanos e a democracia no mundo e a política da União Europeia nesta matéria – Relatório anual de 2018 (2019/2125(INI)). §§ 9 e 37.

¹¹⁶ HRW. Thousands of foreigners....

Porém, embora a resolução anterior imponha uma obrigação de conduta aos Estados nesse sentido, a verdade é que esta não está a ser cumprida na prática.

5. Desrespeito pelo direito à nacionalidade e repatriamento

De acordo com o **Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas** “existem poucas circunstâncias, se as houver, em que a privação do direito de entrar no próprio país possa ser razoável”¹¹⁷. O direito ao repatriamento é, por isso, um direito fundamental, garantido por diversos tratados de DI¹¹⁸ e pelo costume internacional, que se impõe de forma vinculativa aos governos de cada Estado¹¹⁹. Além disso, este é um direito controlado apenas pelos indivíduos, só estes podem prescindir de retornar ao seu Estado de origem¹²⁰.

Tal significa, no caso concreto das crianças detidas no campo Al-Hol, que os Estados estão obrigados a retornar aquelas que ambicionem voltar a casa, mesmo que se demonstre que estas tiveram ligações vincadas ao Daesh e cometeram, pelo grupo, atos terroristas. Admitir o contrário impede o exercício efetivo do direito à nacionalidade, garantido por diversos instrumentos legislativos internacionais,¹²¹ e coloca estas crianças numa situação de apatridia e extrema vulnerabilidade que pode vir a ser perigosa, na medida em que elimina a sua possibilidade de repatriamento, reintegração, e eventual prossecução judicial das crianças detidas¹²².

Para um melhor entendimento desta questão, deve começar por referir-se que existem dois tipos de apátridas: apátridas *de jure* ou apátridas *de fato*. No caso dos primeiros, a apatridia resulta do facto de nenhum Estado lhes reconhecer a cidadania. Diferentemente, os segundos são nacionais de um Estado, mas não podem, ainda assim, desfrutar de qualquer benefício proveniente desse vínculo, pois o Estado não pode, ou não deseja, oferecer-lhes proteção.¹²³

No campo Al-Hol, a maioria dos “Filhos do Daesh” é apátrida *de fato*. Os Estados da sua nacionalidade, embora não lhes tenham retirado oficialmente a cidadania, impedem o retorno ao seu território, deixando-as desprotegidas e suscetíveis a sofrer

¹¹⁷ U.N. Human Rights Council, U.N. Commission of Inquiry on Syria: Respect for the rule of law and fundamental rights must not be undermined for political experience or sacrificed for security considerations. Press Release, (09/05/2019) e U.N. Human Rights Comm. General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, T 21 (1999).

¹¹⁸ Veja-se, como exemplo, o teor do art. 13.º da DUDH, do art. 12.º do PIDCP e a Convenção para refugiados de 1951.

¹¹⁹ Luquerna, 2020, p. 176.

¹²⁰ HRW. Human Rights Watch Policy on the Right to Return. 17/12/2019.

¹²¹ V.g. Declaração Universal dos Direitos Humanos; Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos; Convenção sobre os Direitos da Criança; Convenção de 1954 relativa ao Estatuto dos Apátridas; Convenção de 1961 sobre a redução da apatridia.

¹²² Luquerna, 2020, pp. 165-166.

¹²³ Luquerna, 2020, p. 174.

maus-tratos reiterados, dos quais não têm escapatória.¹²⁴ Não obstante, existem também casos em que os Estados deixam as crianças apátridas *de jure*, retirando-lhes a nacionalidade, muitas vezes, como castigo pela sua filiação à organização terrorista.¹²⁵

Deve notar-se, porém, que embora tenham legitimidade para tomar decisões sobre a nacionalidade de uma pessoa, de acordo com o **Alto Comissariado das Nações Unidas**, o direito dos Estados decidirem quem são os seus nacionais não é absoluto e deve cumprir com as suas obrigações de direitos humanos.¹²⁶ Tal significa, que esta decisão não pode ser arbitrária e deve, pelo contrário, como esclarece o **art. 15.º** da DUDH, servir um propósito legítimo do Estado em causa. Este requisito, contudo, não se verifica no caso concreto, pois apesar dos argumentos de salvaguarda da segurança nacional, a privação do exercício da nacionalidade e do direito ao repatriamento aos “Filhos do Daesh” não servem esse propósito legítimo.¹²⁷ Em primeiro lugar, porque estas crianças são, também elas, vítimas de terrorismo.¹²⁸ Em segundo lugar, porque libertar e retornar estas crianças não é sinónimo de lhes conceder uma total impunidade pelos crimes cometidos.

De acordo com **resoluções** relevantes **do Conselho de Segurança das Nações Unidas**¹²⁹ sobre esta matéria, os Estados, ao invés de deixarem os seus cidadãos detidos e negligenciados nestes campos, devem procurar retornar os terroristas e levá-los à justiça, bem como, desenvolver e implementar processos apropriados para a sua reabilitação e reintegração social¹³⁰. No mesmo sentido, a proposta de resolução do Parlamento Europeu sobre o conflito sírio, de 8 de março de 2021, “exorta todos os Estados-Membros a assumirem plena responsabilidade pelo repatriamento e, se for caso disso, pela condenação interna dos seus cidadãos”¹³¹, tal como o fez a conferência de Bruxelas de 30 de março de 2021, que ao demonstrar uma preocupação especial com a situação humanitária destas crianças veio reconhecer a necessidade de os Estados providenciarem o seu repatriamento voluntário.¹³²

¹²⁴ Luquerna, 2020, p. 169.

¹²⁵ THE INDEPENDENT. Lizzie Dearden, Shamima Begum: Number of people stripped of UK citizenship soars by 600% in a year. 02/02/2019. <https://bit.ly/332oUTF>; THE GUARDIAN. Shamima Begum loses fight to restore UK citizenship after Supreme Court ruling. 26/02/2021. <https://bit.ly/2QVKE8u>; FRANCE24. Denmark to deprive jihadists’ children of citizenship. 28/03/2019. <https://bit.ly/32OlSoI>.

¹²⁶ U.N. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. Right to nationality and statelessness.

¹²⁷ Luquerna, 2020, pp. 173-174.

¹²⁸ Luquerna, 2020, p. 175 e Brussels v. Conference, 29-30 March 2021, Supporting the future of Syria and the region, § 33.

¹²⁹ CONSELHO DE SEGURANÇA. Resolução 1373/2001, § 2 (e); Resolução 2178 (2014) § 4, Resolução 2396 (2017) § 30.

¹³⁰ U.N. Secretary-General. Key principles for the protection, repatriation, rehabilitation, and reintegration of women and children with links to U.N. listed terrorist groups. 07/04/2019.

¹³¹ PARLAMENTO EUROPEU. Proposta de resolução sobre o conflito Sírio – 10 anos após a revolta. 08/03/2021. §§ 14 e 18.

¹³² BRUSSELS V CONFERENCE. 29-30 March 2021. Supporting the future of Syria and the region, § 33.

Apesar disso, o facto é que a maioria dos Estados da Europa Ocidental avalia a possibilidade de repatriamento casuisticamente¹³³, e tem optado, na maioria das vezes, pela negação desse direito aos seus nacionais detidos na Síria, o que justifica o número reduzido de retornados em toda a Europa, desde 2019¹³⁴.

Ao tornar apátridas ou recusar o repatriamento dos seus cidadãos, os Estados violam normas *Ius Cogens* de Direito Internacional.¹³⁵ Particularmente, violam o art. 12 n.º 4 do PIDCP¹³⁶ e os arts. 3.º, 6.º, n.ºs 2 e 3, 7.º, 8.º, 19.º, 24.º¹³⁷ e 39.º da CDC.¹³⁸ Além disso, consideramos que essa recusa viola o princípio do “*non-refoulement*”, que proíbe os Estados de expulsar, extraditar ou deportar qualquer indivíduo do seu território para o de qualquer outro Estado onde possa vir a ser alvo de tortura ou outros danos irreparáveis.¹³⁹ Uma interpretação *a contrario* deste princípio leva-nos a considerar que, ao compactuar com a detenção dos “Filhos do Daesh” na Síria, e nada fazer para dinamizar a sua libertação e repatriamento, os Estados não cumprem essa proibição.¹⁴⁰

Este fator tem motivado a instauração de processos judiciais nos Tribunais nacionais de diferentes países europeus, com vista a denunciar a arbitrariedade da detenção destas crianças, responsabilizar os Estados pelo não repatriamento e incitar a sua prática.

Contudo, a resposta da jurisprudência desses tribunais não tem sido unânime no que respeita a identificar uma obrigação positiva dos Estados em repatriar. Embora se assista a um crescendo de decisões favoráveis,¹⁴¹ que identificam a existência dessa obrigação,¹⁴² a maioria dos tribunais continua a negar essa obrigatoriedade¹⁴³ ou a isentar-se de jurisdição para decidir sobre estas matérias. Tal acontece, sobretudo, pela dificuldade em demonstrar que a jurisdição dos Estados, no caso concreto da proteção destas crianças, é extraterritorial.

¹³³ TEDH. Requête, n.º 24384/19. H.F. et M.F v. France. § 14. 23/04/2020.

¹³⁴ Luquerna, 2020, p. 159 e HRW. Thousands of foreigners....

¹³⁵ Luquerna, 2020, 176.

¹³⁶ COMITÉ DOS DIREITOS HUMANOS. Comentário Geral n.º 27, §§ 19-21.

¹³⁷ Tobin, 2019, pp. 278-280, 285.

¹³⁸ Lourenço, 2008, p. 798 e Nunes, 2017, p. 421.

¹³⁹ UNODC. Handbook on children..., pp. 130-131.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Mustasaari, 2021, pp. 28-230; DEFENSE POST. Belgium court orders repatriation of ISIS-linked family from Roj camp in Syria. 31/10/2019. <https://bit.ly/3vr5uqI>; REUTERS. Belgium ordered to take in 10 children born to IS fighters. 12/12/2019. <https://reut.rs/3aRiHkR>; WASHINGTON POST. Europe has resisted taking back gizens who joined ISIS. Now, it may not have a choice. 14/11/2019. <https://bit.ly/2S9ychn> e, ainda, Verwaltungsgericht Berlin, decision 10 July 2019, VG 34 L 245/19.

¹⁴² Opuz v. Turkey, no. 33401/02, § 130, ECHR 2009; Grans (n 40) 741.

¹⁴³ V.g. na França e nos Países Baixos. Vd. respetivamente, RFI. French Council of State rejects appeals to allow jihadist families to come home. 24/04/2019. <https://perma.cc/NBG3-NWBZ>, e REUTERS. Dutch State not obliged to take back Islamic State children: Appeals Court. 22/11/2019. <https://reut.rs/332aiXn>; e, na Bélgica, vd. Fierens, 2019.

Consequentemente, parte dos interessados na libertação destes detidos, pela magnitude dos danos que estes sofrem aquando da sua detenção, tem vindo a rejeitar a leviandade com que os Estados lidam com estas questões e passado a comunicar a problemática ao Comité das Nações Unidas sobre o Direito das Crianças e ao próprio TEDH. Foi nesse contexto que surgiram, recentemente, contra a França, relevantes decisões sobre o tema, tanto por parte do Comité¹⁴⁴ como do tribunal¹⁴⁵, que embora não decidam sobre a responsabilidade positiva dos Estados em repatriar, rejeitam já uma abordagem formal e estrita de “jurisdição” que impeça o reconhecimento dessa responsabilidade¹⁴⁶. Devem, por isso, servir como influência ao comportamento dos Estados na apreciação destas matérias, sobretudo por estarmos perante detenções que violam direitos fundamentais das crianças detidas.

No seguimento daquilo que defende a maioria da doutrina, as decisões anteriores reforçam o entendimento de que a lei que protege os direitos fundamentais dos cidadãos tem efeitos extraterritoriais, aplica-se em função do indivíduo e não do território do Estado¹⁴⁷, pelo que a obrigação de repatriamento existe, sempre que se consiga demonstrar que o Estado tem o “poder e capacidade” para a cumprir.¹⁴⁸ Ora, da aplicação do **art. 2.º da CDC**, por exemplo, que determina que os Estados devem garantir a aplicabilidade dos direitos e garantias das crianças que se encontram na sua jurisdição, sem exceções ou tratamento discriminatório, exige-se um alcance jurisdicional que ultrapasse as barreiras do Estado e, por isso, tenha aplicabilidade extraterritorial.¹⁴⁹

No fundo, embora se reconheça que os Estados tenham uma margem de apreciação sobre esta questão, é possível afirmar que esta deve ser substancialmente reduzida quando estiver em causa o direito à vida, existir uma possibilidade efetiva de repatriar e o repatriamento for o único meio de eliminar esse risco.¹⁵⁰

Estes foram fatores determinantes para o desfecho das decisões anteriores. Embora o Comité e o TEDH, tenham decidido, até ao momento, apenas a admissibilidade de apreciação destas questões, essa admissibilidade foi determinada pelo facto destes órgãos considerarem que, no caso concreto, França tem jurisdição extraterritorial sobre aquelas crianças e deve, por isso, potenciar a sua libertação e repatriamento.

¹⁴⁴ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. Decision adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communications L.H. et al. v. France, No. 79/2019 and No. 109/2019. (CRC/C/85/D/79/2019–CRC/C/85/D/109/2019). E ainda, F.B. et al. v. France, doc. CRC/C/86/D/R.77/2019.

¹⁴⁵ TEDH. Requête, n.º 24384/19, H.F. et M.F. v. France, 23/04/2020.

¹⁴⁶ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. Decision No. 79/2019 and No. 109/2019, § 98.

¹⁴⁷ Mustasaari, 2020, p. 31.

¹⁴⁸ Duffy, 2021, p. 14.

¹⁴⁹ Capone, 2017, pp. 168-170.

¹⁵⁰ Mustasaari, 2020, p. 33.

Veja-se, como exemplo, que na decisão da admissibilidade contra a França (No. 79/2019 e. No. 109/2019), o comité vem relembrar que a CDC

não limita a jurisdição de um Estado ao seu “território”. Um Estado também pode ter jurisdição face aos atos praticados, ou que produzam efeitos, fora de suas fronteiras nacionais. Os Estados deveriam assumir responsabilidade extraterritorial pela proteção de crianças de sua nacionalidade fora de seu território.¹⁵¹

Acrescente-se, ainda, que tanto o Comité como o Tribunal reconheceram à França a capacidade e poder, efetivos, para proteger as crianças em apreço, demonstrada pelo repatriamento anterior de um número, ainda que reduzido, de crianças detidas.¹⁵²

Embora seja muito cedo para reconhecer o alcance do contributo dessas decisões, consideramos, pelo tratamento cruel, equiparado à tortura, a que estão sujeitas estas crianças¹⁵³, inadmissível a recusa dos tribunais nacionais decidirem sobre estas matérias.¹⁵⁴ Por sua vez, a questão da jurisdição extraterritorial dos Estados, que lhes impõe uma obrigação positiva de repatriar, é uma questão incrivelmente complexa e sobre a qual não existe, ainda, consenso no direito internacional. De facto, não existe um padrão internacional para decidir estas questões, sendo a sua apreciação flexível e influenciada pelas circunstâncias de cada caso concreto.

Aguardamos, por isso, ansiosamente, a futura decisão destes órgãos à cerca da jurisdição dos Estados e da sua responsabilidade efetiva de repatriar. Até lá, embora se reconheça que a sua libertação depende, em primeira linha, da atuação dos Estados para providenciar o seu repatriamento, já consentido e requerido pelas autoridades curdas responsáveis¹⁵⁵, outras opções carecem de ser encontradas para fazer face à inação dos Estados e potenciar a sua libertação.¹⁵⁶

¹⁵¹ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. Decision No. 79/2019 and No. 109/2019, § 96.

¹⁵² AL-JAZEERA. Western Europe must repatriate its ISIL fighters and families: Western capitals should take cue from Central Asia, which has taken back hundreds of nationals from Syria and Iraq. 19/06/2019. <https://bit.ly/3eEAAo6> e Duffy, 2021, pp. 9-10.

¹⁵³ Duffy, 2021, pp. 11-12.

¹⁵⁴ TEDH. Requête, n.º 24384/19, H.F. et M.F. v. France, 23/04/2020, § 25.

¹⁵⁵ Mustasaari, 2020, p. 130.

¹⁵⁶ Os Estados não querem repatriar estas crianças, mesmo tendo a possibilidade de abrir processos judiciais no seu território, por considerarem que, sendo as penas, na maioria dos Estados, reduzidas, o risco para a sua segurança nacional permanece. Concomitantemente, dão preferência a que os seus nacionais sejam julgados no território sírio onde estão detidos, solução que já foi negada pelas autoridades responsáveis. TEDH. Requête, n.º 24384/19, H.F. et M.F. v. France, 23/04/2020, §§ 6 e 9; e Luquerna, 2020, pp. 61-64.

6. O recurso ao estatuto de refugiados para proteger os seus interesses

Na sequência daquilo que ficou descrito na secção anterior, e de forma a evitar a perpetuação da sua detenção, acreditamos que os Estados devem começar a unir esforços para possibilitar a receção de crianças detidas na Síria, mesmo quando estas não forem suas nacionais¹⁵⁷.

Por outras palavras, pretendemos, doravante, ser capazes de demonstrar que nos casos em que os Estados se recusam a repatriar estas crianças, condenando-os a um tratamento humilhante e degradante, ou, sendo apátridas, nenhum Estado assuma, por elas, qualquer responsabilidade de proteção, os Filhos do Daesh possam ser qualificados como refugiados à luz da **Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados e respetivo Protocolo de 1967**.

6.1 O conceito de refugiado

Hoje, por influência da ACNUR, a definição de “refugiado” universalmente reconhecida é aquela que vem redigida no art. 1.ºA, n.º2 da Convenção de 1951, de acordo com a qual “refugiado” é toda e qualquer pessoa obrigada a deixar a sua pátria, ou, no caso dos apátridas, o local de residência habitual, em virtude de um fundado receio de perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social, ou opinião política, e que, por isso, a ela não possa regressar.¹⁵⁸

Uma vez que a possibilidade de adquirir este estatuto depende da verificação das condições supra identificadas, iremos, em seguida, esclarecer o escopo de cada uma delas e concluir pela possibilidade de aplicação, ou não, desse estatuto aos “Filhos do Daesh”.

6.1.1 Residir fora do seu país de origem ou de residência habitual

As crianças estrangeiras a que nos referimos, por terem nascido no exterior e viajado para a Síria ou, no caso de terem nascido em territórios controlados pelo Daesh, terem direito à nacionalidade de países terceiros em virtude dos seus progenitores, preenchem, em princípio, este requisito. Porém, há casos em que esta “internacionalização” pode não ser tão clara, ou fácil de demonstrar. Em primeiro lugar, porque há Estados que retiram a cidadania aos seus nacionais. Em segundo lugar,

¹⁵⁷ UNODC. Handbook on children..., p. 129 e BRUSSELS V CONFERENCE, 29-30 March 2021, Supporting the future of Syria and the region, § 30.

¹⁵⁸ No mesmo sentido, Guy Goodwin-Gill considera que existem 4 elementos essenciais para que se possa caracterizar um indivíduo refugiado: (1) they are outsider their country of origin; (2) they are unable or unwilling to avail themselves of the protection of that country, or to return there; (3) such inability or unwillingness is attributable to a well-founded fear of being persecuted; and (4) the persecution feared is based on reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion. Goodwin-Gill, 1996, pp. 19-20.

porque, nascidas no regime do Daesh, ou no interior do campo de detenção, há crianças às quais não chega a ser atribuída qualquer nacionalidade.

Nestes casos, sendo apátridas, para que este requisito possa estar preenchido, temos que ser capazes de identificar o local da sua residência habitual, a qual, uma vez mais, pode não ser evidente. De facto, apesar de se encontrarem, fisicamente, no território sírio, muitas destas crianças, nascidas ou criadas no campo Al-Hol, não experienciaram qualquer contacto com o exterior que identifique a Síria como o seu local de residência habitual. Além disso, mesmo quando tenham vivido em liberdade, cresceram num ambiente de guerra, onde foram sistematicamente abusadas, e dificilmente criaram um vínculo efetivo, ou um sentimento de integração e pertença àquele território.¹⁵⁹

Não obstante, ainda que se considerasse a Síria como o local da sua residência habitual, esse fator não poderia servir, no caso concreto, para justificar a intangibilidade destas crianças ao estatuto de refugiadas. Repare-se, que estas só se encontram no território por estarem, objetivamente, impossibilitadas de abandonar o campo Al-Hol e de se deslocarem para o território do terceiro Estado no qual pretendem elaborar o seu pedido de refúgio. Além disso, essa impossibilidade provém de uma detenção ilegal e, por isso, de uma falência do Direito Internacional no que respeita à sua proteção, pelo que não devem, em prol dessa circunstância, continuar a ser prejudicadas.

Consequentemente, o ACNUR, atuando no melhor interesse destas crianças, tem vindo a oferecer apoio para ultrapassar as dificuldades da sua “internacionalização” e garantir o cumprimento deste requisito. Uma vez que as crianças estão localizadas na síria, local onde devem elaborar os seus pedidos¹⁶⁰, e que o país não tem capacidade para conferir refúgio e proteção adequada a estas crianças, o ACNUR tem procurado viabilizar a recolocação desses pedidos, e a realocação destes detidos em países terceiros que lhes concedam residência.¹⁶¹

Com a sua intervenção, embora não se imponha uma obrigação jurídica aos Estados terceiros para acolher estas crianças, ficando essa questão sujeita à sua voluntariedade, o recurso ao direito dos refugiados passa a ser um mecanismo ou uma alternativa para reforçar a sua proteção.

¹⁵⁹ Mustasaari, 2020, pp. 40-41.

¹⁶⁰ estes pedidos devem ser analisados, em princípio, pelo Estado em cujo território os requerentes se encontram no momento da sua elaboração. EUR-LEX. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (UE) n.º 604/2013, e PARLAMENTO EUROPEU. Normas europeias mais claras para os menores não acompanhados que pedem proteção internacional. No mesmo sentido, Vd. Ac. Tribunal de Justiça, proc-C-648/1, 06/06/2013.

¹⁶¹ ACNUR. Perguntas e respostas: Qual o posicionamento do ACNUR sobre o reassentamento num país terceiro?, e Luquerna, 2020, p. 182.

6.1.2 Perseguição ou fundado receio de perseguição

Embora a definição de “perseguição” não possa ser extraída da Convenção de 1951, é consensual que esta se refere à privação, risco de privação, ou violação séria, grave e discriminatória de direitos humanos fundamentais, decorrente de uma falha de proteção por parte dos Estados de Origem. De acordo com o **art. 33.º da Convenção de 1951**, são persecutórios os comportamentos que ponham em causa a vida ou a liberdade, em virtude da raça, religião, nacionalidade, pertença a um determinado grupo social, ou opinião política. No mesmo sentido foi redigido o **art. 9.º da DQ 2011/95/EU**, que determina que a perseguição¹⁶² diz respeito a um ato “suficientemente grave, devido à sua natureza ou persistência, para constituir uma violação grave dos direitos humanos fundamentais”.¹⁶³

Dito isto, cumpre aos requerentes de asilo demonstrar que existe, no caso concreto, uma possibilidade efetiva, não dissimulada, de sofrerem perseguição,¹⁶⁴ requisito evidentemente preenchido no caso das crianças em análise, detidas no campo Al-Hol.

Em primeiro lugar, sofrem perseguição por parte dos seus países de Origem ao recusarem o seu repatriamento e, conseqüentemente, as condenarem a um tratamento humilhante e degradante, proibido pelo DI. Em segundo lugar, mesmo que tal não fosse considerado ato de perseguição, esta ser-lhes-ia reconhecida por meio da atuação das autoridades locais curdas, que violam o DI ao detê-las indefinidamente, sem acesso a julgamentos justos e a recursos mínimos de sobrevivência. Finalmente, também a conduta do governo sírio, incapaz de as proteger das condições desumanas que enfrentam e do tratamento discriminatório que recebem, quando comparativamente às crianças sírias e iraquianas, tem um caráter persecutório.¹⁶⁵

Nas palavras de Guy. S Goodwin-Gill, este fundamento de perseguição deve ser entendido como “uma cláusula aberta, capaz de se expandir em favor de uma variedade de diferentes grupos de pessoas suscetíveis de serem perseguidas”¹⁶⁶ e para que não existisse no caso concreto, a detenção destas crianças teria de ser legal e respeitadora da dignidade e dos direitos humanos dos seus detidos, circunstâncias que, como temos vindo a constatar, não se verificam.¹⁶⁷

¹⁶² A perseguição pode provir de ações do próprio Estado, mas também de ações de entidades não estatais, como grupos armados, membros do agregado familiar ou da população civil. Vd. art. 6.º da DQ 2011/95/EU, e Nicholson & Kumin, 2017, p. 132.

¹⁶³ Queiroz, 2020, pp. 289-293.

¹⁶⁴ Ibid., pp. 293-294.

¹⁶⁵ Luquerna, 2020, pp. 183-185.

¹⁶⁶ Goodwin-Gill, 1996, p. 48.

¹⁶⁷ Ibid., pp. 185-186.

6.1.3 Discriminação em razão da filiação a um determinado grupo social

Além de tudo o que foi dito, acreditamos que a perseguição de que são vítimas resulta da sua filiação a um “determinado grupo social”, o dos “filhos do Daesh” impedidos de retornar aos seus Estados de Origem, pelo que está preenchido o último dos requisitos requeridos para a aquisição do estatuto de refugiadas.

Embora não exista uma definição de “pertença a um determinado grupo social”, a jurisprudência tem considerado que esta implica que um grupo de pessoas partilhe, entre si, características imutáveis, “algo inato ao seu ser que não se pode esperar que mudem”, ou que tenham uma identidade própria dentro do seu país, ou seja, que sejam considerados diferentes dentro de uma sociedade, num teste de percepção social.¹⁶⁸ No mesmo sentido segue alguma da Doutrina que conhecemos. Nas palavras de Benedita Queiroz, por exemplo, esse grupo representa “um conjunto de pessoas que partilham condição social, origem, o mesmo estilo de vida, características inatas ou inalteráveis”.¹⁶⁹

Estas condições caracterizam, perfeitamente, as crianças estrangeiras em análise, na medida em que, mesmo que já não façam parte da organização terrorista, partilham, entre si, o facto de terem estado filiadas ao grupo no passado. Essa condição, que faz parte da sua história, pode ser considerada inalterável ou imutável se considerarmos que continuam a sofrer, no presente, as consequências dessa filiação e que, presumivelmente, não conseguirão ultrapassar a conotação negativa que daí advém. Um exemplo disso é o facto das ligações que mantiveram com o Daesh continuarem a ser, no presente, causa direta da perseguição de que são vítimas, tanto por parte dos seus países de origem, na recusa do seu repatriamento, como por parte da administração curda e do governo sírio.¹⁷⁰

Mesmo que não se demonstrasse essa imutabilidade, num teste de percepção social, pelo facto de estarem detidas e separadas da restante sociedade, “os filhos do Daesh” seriam sempre considerados integrantes de um grupo social distinto, tanto dentro da Síria, como dos seus países anfitriões.¹⁷¹ Uma vez mais, mesmo que sejam libertados serão, presumivelmente, integrados em programas especiais de desradicalização, ou julgados e condenados nos países que os alberguem, pelo que pertencerão, sempre, a uma parcela da sociedade específica.

¹⁶⁸ Vd. Asylum & the rights of refugees. International Justice Resource Center. <https://ijrcenter.org/refugee-law/>.

¹⁶⁹ Queiroz, 2020, p. 298

¹⁷⁰ Luquerna, 2020, p. 187.

¹⁷¹ Ibid.

6.2 A exceção do art. 1.º (F) da Convenção de 1951

Ainda que cumpram, em princípio, todos os requisitos exigíveis à aquisição do estatuto de refugiadas, tal só terá aplicabilidade prática se a exceção do **art. 1.º (F)**, que determina que as disposições da convenção não serão aplicadas “às pessoas a respeito das quais houver razões sérias para pensar que: a) cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra, ou um crime contra a humanidade, no sentido dos instrumentos internacionais elaborados para prever tais crimes”, não for aplicável ao caso concreto.

Embora possa parecer legítimo considerar que algumas das crianças em análise, sobretudo aquelas que cometeram atos terroristas em nome do Daesh, estão inseridas nesta alínea, há exceções à exceção deste artigo, nomeadamente, quando esses atos tenham sido cometidos por crianças¹⁷².

A sua aplicabilidade requer, por isso, uma análise casuística às circunstâncias do requerente, na medida em que exige que a criança tenha atingido a maioridade criminal, que é determinada por cada país, e que seja possível demonstrar que esta tinha capacidade cognitiva para a prática dos crimes¹⁷³.

Por sua vez, essa capacidade cognitiva, já estudada em capítulo anterior, dificilmente pode ser identificada nas crianças menores de idade envolvidas no regime jihadista. Estas últimas, como tivemos oportunidade de comprovar, são consideradas, pelo DI, vítimas de terrorismo e não suas autoras, razão que nos leva a considerar que, apesar deste artigo poder vir a ser aplicado, na maioria dos casos em análise não o será¹⁷⁴.

6.3. O direito à reunificação familiar: um entrave para a atribuição desse estatuto?

Embora o direito à união familiar exista, não é desprovido de qualquer exceção. De acordo com o **art. 9.º da CDC** “[o]s Estados Parte garantem que a criança não é separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidirem, sem prejuízo de revisão judicial e de harmonia com a legislação e o processo aplicáveis, que essa separação é necessária a garantir interesse superior da criança”.

Este último ponto é crucial para legitimar essa separação no caso concreto. De facto, para as crianças detidas no Al-Hol, pôr termo a uma detenção que as priva de recursos mínimos de sobrevivência, as expõe a deficientes cuidados de saúde, ausência de educação e a ávidos seguidores do Daesh, é uma prioridade que se sobrepõe a esse primeiro direito.

¹⁷² Luquerna, 2020, pp. 188-189.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Ibid.

Ainda assim, mesmo que essa separação esteja legitimada, para que os Estados não “deixem simplesmente as mães para trás”¹⁷⁵, o **art. 22.º** da Convenção prevê que os mesmos cooperem no sentido de garantir às crianças o direito à reunificação familiar.¹⁷⁶

É aqui que a questão se torna ambígua. De facto, o dever de “reunificação familiar”, plasmado no **art. 10.º** deste instrumento legislativo, é um dos fatores que inibe os Estados de repatriar ou admitir estas crianças como residentes no seu território. No seu entender, se a entrada destas crianças impõe, posteriormente, a entrada dos seus progenitores, então ela representa um risco inegável à segurança nacional.

Ainda que este posicionamento seja perceptível, entendemos que não serve para justificar a recusa de repatriamento ou atribuição do estatuto de refugiados a essas crianças. Repare-se, que o que está em causa é a necessidade emergente de as libertar de uma detenção arbitrária, pelo que, ao invés de uma recusa baseada no dever, à posteriori, de repatriar os seus progenitores, os Estados apenas teriam que garantir que estes fossem julgados segundo a sua lei interna. Uma vez mais, os interesses do Estado em garantir a sua segurança nacional não podem ser sobrepostos ao dever internacional que lhes incumbe de proteger os interesses das crianças.

¹⁷⁵ Mustasaari, 2020, pp. 42-43.

¹⁷⁶ O rastreamento da família e a reunificação devem ser priorizados, exceto onde forem contrários aos melhores interesses da criança, incluindo quando existe o risco de que levem à violação dos direitos humanos fundamentais da criança. UNODC. Handbook on children..., p. 133.

Conclusões finais

Do estudo de caso anterior, focado nas crianças estrangeiras “Filhas do Daesh”, foi possível concluir pela arbitrariedade da perpetuação do seu aprisionamento nos campos de detenção sírios e, conseqüentemente, em virtude do tratamento que recebem no decurso dessa detenção, pela necessidade emergente da sua libertação e repatriamento.

Em síntese, essa arbitrariedade resulta da conjugação de três evidências distintas.

Em primeiro lugar, estas crianças são vítimas de um crime de guerra, na medida em que são recrutadas pela organização terrorista e expostas a severos processos de radicalização, e é nessa veste que devem ser tratadas face à aplicabilidade das normas de DI. Em segundo lugar, independentemente do papel que adquiriram aquando da sua filiação ao Daesh, o DIH, que admite a detenção dos combatentes e não combatentes na pendência do conflito, proíbe a sua infinitude. De acordo com este ramo de direito, o momento da retirada do Daesh do conflito é o momento em que estas crianças deveriam ter sido libertadas e repatriadas para os seus países de Origem, dado que a sua detenção deixou de estar justificada. Finalmente, mesmo que se possa demonstrar que praticaram crimes ou outros atos terroristas em nome do grupo, não existem processos judiciais a decorrer para o apuramento da sua responsabilidade criminal, nem, tão pouco, a intenção de os iniciar, que legitimem a permanência da sua detenção.

Apesar de deverem repatriar estas crianças e julgá-las, pelo seu Direito Interno, sempre que tal se justifique, os países não cumprem as suas responsabilidades e continuam a recusar o seu retorno, condenando-as a um terceiro ano de detenção ilegal que urge ter um fim.¹⁷⁷

Foi para fazer face a essa inexequibilidade prática de repatriamento que consideramos que deve ser dada aos “filhos do Daesh” a possibilidade de requerer o estatuto de refugiados. De facto, ao conferir-lhes uma hipótese de adquirir residência num país terceiro, tendo em consideração, sempre, o seu interesse superior, estamos a reforçar a sua proteção internacional e a recompensá-las pelo tratamento negligente que recebem por parte dos seus Estados de Origem.

Em todo o caso, independentemente da solução futura que venha a ser adotada pelos Estados e pela comunidade internacional, o que se pretendeu, ao longo de toda esta exposição, foi realçar a necessidade emergente de agir no sentido de salvaguardar os direitos fundamentais destas crianças. Ignorar a sua circunstância e aceitar a continuidade da sua detenção, tendo presente as conseqüências que daí advêm ao nível do seu desenvolvimento, é inaceitável. Ora, ainda que não existam respostas certas ou soluções ideais, a inação da comunidade internacional jamais estará justificada.

¹⁷⁷ HRW. Thousands of foreigners...

Bibliografia

- AMANN, D.M. (2015). The Child Rights Convention and international criminal justice. *NJIC*, vol. 84, pp. 248-269.
- APTEL, C. (2019). The protection of children in armed conflicts. In U. Kikelly & T. Liefaard (eds.). *International Human Rights of Children*. Springer.
- AZEREDO LOPES, J.A. (2004). A luta contra o terrorismo, ou os fins não justificam os meios. *Jurisprudência Constitucional*, n.º 3, pp. 42-44.
- AZEREDO LOPES, J.A. Os Estados. Textos Policopiados.
- BENOTMAN, N. & MALIK, N. (2016). *The children of Islamic State*. London: Quilliam Foundation.
- BRADLEY, S. (2018). What if Goliath killed David? The coalition to counter ISIS and the status and responsibility of ISIS' child soldiers. *American University International Law Review*, vol. 33, no. 3, pp. 571-604.
- CAPONE, F. (2017). "Worse" than child soldiers? A critical analysis of foreign children in the ranks of ISIL. *International Criminal Law Review*, vol. 17, pp. 161-185.
- CAHN, N. (2006). Poor children: Child witches and child soldiers in Sub-Saharan Africa. *Ohio St J Crim L*, vol. 3.
- CENTENICO A. & RODRIGUES, T.F. (2017). *O Daesh. Dimensão, globalização, diplomacia e segurança*. Atas do Seminário 24 de maio de 2016. IUM – Centro de Investigação e Desenvolvimento (CIDIU).
- COOK, J. & VALE, G. (2018). From Daesh to "diaspora". Tracing the women and minors of Islamic State. Report. King's College London Department of War Studies.
- CORTEN, O. (2018). The military operations against the "Islamic State" (ISIL or DAESH) – 2014. In Ruys, Corten & Hofer (eds.). *The use of force in international law*. Oxford University Press.
- DAVID, M.C. (2008). Prosecuting children in times of conflict: The West African experience. *Human Rights Brief*, vol. 15, no. 3, pp. 11-17.
- DIAS, J.F. (2007). *Direito penal parte geral – Questões fundamentais, a doutrina geral do Crime*, Tomo I, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- DUFFY, H. (2021). *French children in Syrian camps: The Committee on the Rights of the Child and the jurisdictional quagmire*. Leiden Children's Rights Observatory.
- FIERENS, J. (2019). Pas d'éléments nouveaux. Rien n'a changé depuis 2018. Les enfants peuvent donc continuer à mourir dans les camps du nord-est de la Syrie. *Justice en ligne* (3 June 2019). <https://www.justice-en-ligne.be/Pas-d-elements-nouveaux-Rien-n-a>.
- GOODWIN-GILL, G. (1996). *The refugee in international law*, 2nd Edition. Oxford: Clarendon Paperbacks.
- GONÇALVES, M.J. & SANI, A.I. (2013). Instrumentos jurídicos de proteção às crianças: do passado ao presente. *Open Edition Journals*. E-cadernos, 20|2013. <https://journals.openedition.org/eces/1728>.
- HAKIMI, M. (2009). International standards for detaining terrorism suspects: Moving beyond the armed conflict-criminal divide. *Yale J. Int'l L.*, vol. 33, no. 2, pp. 369-416.

- HENCKAERTS, J-M. & DOSWALD-BECK, L. (2005). *Customary international humanitarian law – Volume I: Rules*. Cambridge University Press.
- LEVEAU, F. (2014). Liability of child soldiers under international criminal law. *Osgoode Hall Review of Law and Policy*, vol. 4, no. 1, pp. 36-66.
- LIEFAARD, T. (2019). Deprivation of liberty of children. In U. Kikelly & T. Liefwaard (eds.). *International human rights of children*, pp. 321-357. Springer.
- LOURENÇO, A.P. (2008). *Estatuto da criança em contexto de conflito armado*. Universidade de Coimbra – BFD.
- LUQUERNA, A. (2020). The children of ISIS: Statelessness and eligibility for asylum under international law. *Chicago Journal of International Law*. <https://cjl.uchicago.edu/publication/children-isis-statelessness-and-eligibility-asylum-under-international-law>.
- MACÁK, K. (2018). *International armed conflicts in international law*. Oxford Monographs in International Humanitarian and Criminal Law. Oxford University Press.
- MUSTASAARI, S. (2020). Finnish children or “cubs of the Caliphate”? Jurisdiction and State “response-ability”. *Human Rights Law, Private International Law and the Finnish Child Welfare Act*. *Oslo Law Review*, vol. 7, n.º 1, pp. 22-45.
- NUNES, R. (2017). Protection of internally displaced children and the guiding principles of internally displaced persons. In T. Liefwaard & J. Sloth-Nielsen (eds.). (2017). *The United Nations Convention on the rights of the child: Taking stock after 25 years and looking ahead*. Leiden; Boston: Brill/Nijhoff.
- PEREIRA, M.A. (2014). *Noções fundamentais de direito internacional humanitário*.
- PRECHT, T. (2007). Home grown terrorism and Islamist radicalization in Europe: From conversion to terrorism. Research Report Funded by the Danish Ministry of Justice.
- QUEIROZ, B.M. (2020). Cap. III: A proteção internacional dos refugiados. In Azeredo Lopes, J.A. (coord.). *Regimes jurídicos internacionais – Volume I*, pp. 289-294. Porto: Universidade Católica Editora.
- TAVARES, M.I. (2020). Capítulo II: Direito internacional humanitário. In Azeredo Lopes, J.A. (coord.). *Regimes jurídicos internacionais – Volume I*. Porto: Universidade Católica Editora.
- THE CARTER CENTER (2015). Overview of Daesh’s online recruitment propaganda magazine, *Dabiq*. https://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/conflict_resolution/countering-isis/dabiq-report-12-17-15.pdf.
- TOLIS, E. (2019). Investigating the influence of ISIS radicalisation on the recruitment process: a critical analysis, *Journal of Policing, Intelligence and Counter Terrorism*, vol. 14, n.º 2, pp. 129-146.

Documentos oficiais e relatórios

ACNUR. Perguntas e respostas: Qual o posicionamento do ACNUR sobre o reassentamento num país terceiro?

AFRICAN Charter on the Rights and Welfare of the Child.

AMERICAN SPCC. The Convention on the Rights of the Child – Children's rights in the U.S.

BRUSSELS V CONFERENCE, 29-30 March 2021. Supporting the future of Syria and the Region.

CICV. Declaração do Presidente do CICV, Peter Maurer, ao finalizar a visita de 5 dias a Damasco e Nordeste da Síria. 22/03/2019.

CICV. Rule 106. Conditions for prisoners-of-war status.

COMITÉ DOS DIREITOS HUMANOS, Comentário Geral n.º 27.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. Decision adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communications No. 79/2019 and No. 109/2019. (CRC/C/85/D/79/2019–CRC/C/85/D/109/2019).

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. General comment No. 6 (2005): Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin (crc/gc/2005/6).

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. Comment No. 10: Children's rights. In juvenile justice on its 44th Session, U.N. Doc CRC/C/GC/10 (2007).

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES. Rapport de la Commission d'enquête internationale indépendante sur la république arabe syrienne, 01/02/2018, A/HRC/37/72.

CONSELHO DA EUROPA. Manual de legislação europeia sobre os direitos das crianças. CONSELHO DE SEGURANÇA. Resolução 1373 (2001).

CONSELHO DE SEGURANÇA. Resolução 2178 (2014).

CONSELHO DE SEGURANÇA. Resolução 2396 (2017).

CONVENÇÃO contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

CONVENÇÃO III, convenção de genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra de 12 de agosto de 1949.

CONVENÇÃO relativa ao estatuto dos refugiados de 1951.

CONVENTION (No. 182) concerning the prohibition and immediate action for the elimination of the worst forms of child labour.

EUR-LEX. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (UE) n.º 604/2013.

FRA, CONSELHO DA EUROPA e TEDH. Manual de legislação europeia sobre os direitos das criança. 06/2015.

HUMAN RIGHTS WATCH Thousands of foreigners unlawfully held in NE Syria. 23/03/2021.

HUMAN RIGHTS WATCH. Maybe we live and maybe we die: Recruitment and use of children by armed groups in Syria (2014).

HUMAN RIGHTS WATCH. Human rights watch policy on the right to return, 17/12/2019

HUMAN RIGHT'S WATCH. Syria: Dire conditions for ISIS suspects' families, 23/06/2019.

ICRC. Treaties, States parties and commentaries – Commentary of 1960: Article 118.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Worst Forms of Child Labour Convention, 1999.

OCHA. Syrian Arab Republic – Northeast Syria: Al Hol Camp. 11/10/2020.

OHCHR. United Nations Human Rights Treaty Bodies. Ratification status for CRC – Convention on the Rights of the Child.

PARLAMENTO EUROPEU. Normas europeias mais claras para os menores não acompanhados que pedem proteção internacional.

PARLAMENTO EUROPEU. Proposta de resolução sobre o conflito sírio – 10 anos após a revolta. (08.03.2021).

PARLAMENTO EUROPEU. Sobre os direitos humanos e a democracia no mundo e a política da União Europeia nesta matéria – Relatório anual de 2018 (2019/2125(INI)).

U.N. HUMAN RIGHTS COUNCIL. U.N. Commission of inquiry on Syria: Respect for the rule of law and fundamental rights must not be undermined for political experience or sacrificed for security considerations. Press Release. (09/05/ 2019).

PROPOSTA de resolução do Parlamento Europeu sobre a prevenção da radicalização e do recrutamento de cidadãos europeus por organizações terroristas (2015/2063(INI)).

PROTOCOLO adicional à Convenção contra o crime organizado transnacional relativo à prevenção, repressão e punição de tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças.

PROTOCOLO facultativo à Convenção sobre os direitos da criança relativo à participação de crianças em conflitos armados.

ROME Statute of the International Criminal Court, opened for signature 17 July 1998, 2187 UNTS 90 (entered into force 1 July 2002) [Rome Statute].

SILBER, M. D. & BHATT, A. (2007). Radicalization in the West: The homegrown threat. NYPD Intelligence Division.

NICHOLSON, F. & KUMIN, J. (2017). A guide to international refugee protection and building state asylum systems. Cornelis Wouters. UNHCR.

U.N. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILDREN (2013). General Comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, Section I.A, U.N. Doc. CRC/G/GC/12.

U.N. HUMAN RIGHTS COUNCIL. U.N. Commission of inquiry on Syria: Respect for the rule of law and fundamental rights must not be undermined for political experience or sacrificed for security considerations. Press Release. (09/05/ 2019).

U.N. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (1999). General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of movement), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, T 21.

U.N. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (2014). General Comment No. 35: Article 9 (Liberty and security of the person), U.N. Doc. CCPR/G/GC/35, T 10.

U.N. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. Right to nationality and statelessness.

U.N. SECRETARY-GENERAL (07/04/2019). Key principles for the protection, repatriation, rehabilitation, and reintegration of women and children with links to U.N. listed terrorist groups.

UN SECURITY COUNCIL RESOLUTION 2178 (2014), on threats to international peace and security caused by foreign terrorist fighters, (un/sc/res 2178).

UNICEF (10/03/2021). Syria conflict 10 years on: 90 per cent of children need support as violence, economic crisis, and COVID-19 pandemic push families to the brink.

UNICEF (12/08/2020). Eight children die in Al-Hol camp, north-eastern Syria in less than a week.

UNICEF. Convenção Sobre o Direito das Crianças.

UNODC (2017). Handbook on children recruited and exploited by terrorist and violent extremist groups: The role of the justice system.

UNODC (2015). The concept of “exploitation” in the Trafficking in Persons Protocol. Issue paper. Vienna.

Jurisprudência

Ac. TEDH. Opuz v. Turkey, n.º 33401/02, 2009.

Ac. TEDH. Requête, n.º 24384/19. H.F. et M.F. v. France. 23/04/2020.

Ac. Tribunal de Justiça, proc-C-648/1. 06/06/2013.

Ac. TPI. Caso in. IT-94-1-I, Appeals Chamber Judgement of 15 July 1999.

ICC-01/04 – 02/06, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda.

Verwaltungsgericht Berlin, decision of 10 July 2019, VG 34 L 245/19.

Notícias

AL-JAZEERA. Western Europe must repatriate its ISIL fighters and families: Western capitals should take cue from Central Asia, which has taken back hundreds of nationals from Syria and Iraq. 19/06/2019. <https://www.aljazeera.com/opinions/2019/6/19/western-europe-must-repatriate-its-isil-fighters-and-families>.

DIÁRIO DE NOTÍCIAS. As “crianças do Califado” e o “Plano Avestruz” do Governo português. 07/09/2019. <https://www.dn.pt/pais/as-criancas-do-califado-e-o-plano-avestruz-do-governo-portugues-11267518.html>.

DIÁRIO DE NOTÍCIAS. 2013-2019 – A ascensão e queda do grupo terrorista Estado Islâmico. 17/02/2019. <https://www.dn.pt/mundo/a-ascensao-e-a-queda-do-grupo-terrorista-estado-islamico--10587549.html>.

DIÁRIO DE NOTÍCIAS. Autoridades Curdas vão libertar 25 mil pessoas associadas ao Estado Islâmico. 06/10/2020. <https://www.dnoticias.pt/2020/10/6/75694-autoridades-curdas-vao-libertar-25-mil-pessoas-associadas-ao-estado-islamico>.

ETANA. Military control across Syria. 01/2021. <https://etanasyria.org/military-control-across-syria-january-2021/>.

EURONEWS. As crianças do Daesh – parte II. 24/09/2019. <https://pt.euronews.com/2019/09/24/as-criancas-do-daesh-parte-ii>.

FRANCE24. Denmark to deprive jihadists' children of citizenship, 28/03/2019. <https://www.france24.com/en/20190328-denmark-deprive-jihadists-children-citizenship>.

FP News. Kids of the Islamic State. *Foreign Policy*, 03/06/2019. <https://foreignpolicy.com/2019/06/03/the-kids-of-the-islamic-state-al-hol-refugees-isis>.

G1. Forças democráticas sírias anunciam o fim do 'califado' do Estado Islâmico. 23/03/2019. <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/03/23/forcas-democraticas-sirias-anunciam-o-fim-do-califado-do-estado-islamico.ghtml>.

GLOBAL COALITION. 83 partners united in ensuring Daesh's enduring defeat. <https://theglobalcoalition.org/en>.

N.Y. TIMES. The Kurds' prisons and detention camps for ISIS members, explained. 13/10/2019. <https://www.nytimes.com/2019/10/13/us/politics/isis-prisoners-kurds.html>.

OBSERVADOR. Estado Islâmico, aliados e inimigos no conflito da Síria em 16 gráficos. 15/11/2015. <https://observador.pt/2015/11/15/estado-islamico-emaranhado-aliados-inimigos-no-conflito-da-siria-16-graficos/>.

OBSERVADOR. Forças curdas lançam operação contra o estado islâmico num campo de refugiados. 28/03/2021. <https://observador.pt/2021/03/28/forcas-curdas-lancam-operacao-contra-estado-islamico-num-campo-de-refugiado>.

OBSERVADOR. O Estado Islâmico e a Internet: Onde e como eles recrutam. 20/11/2015. <https://observador.pt/2015/11/20/o-estado-islamico-e-a-internet-onde-e-como-recruta/>.

PBS-FRONTLINE. Evan Williams. Children of ISIS. 23/11/2015. <https://www.pbs.org/wgbh/frontline/film/children-of-isis>.

PÚBLICO. Já morreram 31 pessoas no maior campo de refugiados da Síria desde o início do ano. 03/03/2021. <https://www.publico.pt/2021/03/03/mundo/noticia/ja-morreram-31-pessoas-maior-campo-refugiados-siria-desde-principio-ano-1952925>.

RENASCENÇA. O que é o Estado Islâmico. 14/12/2015. <https://rr.sapo.pt/2015/12/14/mundo/o-que-e-o-estado-islamico/noticia/40440/>.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Ministro da Defesa Nacional visita militares portugueses no Iraque. <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc21/comunicacao/noticia?i=20170626-mdn-iraque>.

REUTERS. Belgium ordered to take in 10 children born to IS fighters. 12/12/2019. <https://www.reuters.com/article/uk-syria-security-belgium-idUKKBN1YG1I5>.

REUTERS. Dutch State not obliged to take back Islamic State children: Appeals Court. 22/11/2019. <https://www.reuters.com/article/us-syria-security-netherlands-idUSKBN1XW1N7>.

RFI. French Council of State rejects appeals to allow jihadist families to come home. 24/04/2019. <https://perma.cc/NBG3-NWBZ>.

SIC NOTÍCIAS. Bélgica repatria 50 menores de campos de refugiados na Síria. 04/03/2021. <https://sicnoticias.pt/mundo/2021-03-04-Belgica-repatiria-50-menores-de-campos-de-refugiados-na-Siria>.

THE GUARDIAN. Islamic State: what factors have fuelled the rise of the militants? 20/08/2014. <https://www.theguardian.com/world/2014/aug/20/islamic-state-isis-rise-militants-al-qaida-somalia-arab>.

THE GUARDIAN. Radicalisation is not brainwashing. We need to rethink how we tackle it. 13/07/2014. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2014/jul/13/radicalisation-brainwashing-british-men-syria-julian-baggini>.

THE GUARDIAN. Shamima Begum loses fight to restore UK citizenship after supreme court ruling. 26/02/2021. <https://www.theguardian.com/uk-news/2021/feb/26/shamima-begum-cannot-return-to-uk-to-fight-for-citizenship-court-rules>.

THE INDEPENDENT. Lizzie Dearden, Shamima Begum: Number of people stripped of UK citizenship soars by 600% in a year. 20/02/2019. <https://perma.cc/TW8X-HCQ7>.

UOL. Internacional. Quem são os Curdos e porque são atacados pela Turquia? 12/10/2019. <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2019/10/12/quem-sao-os-curdos-e-por-que-sao-atacados-pela-turquia.htm>.

VICE. Why ISIS are using so many children in their propaganda videos. 31/01/2017. <https://www.vice.com/en/article/9adaye/why-isis-are-using-so-many-children-in-their-propaganda-videos>.

VISÃO. Toda a verdade sobre o Daesh. 11/12/2015. <https://visao.sapo.pt/atualidade/mundo/2015-12-11-toda-a-verdade-sobre-o-daesh/>.

WASHINGTON POST. Europe has resisted taking back citizens who joined ISIS. Now, it may not have a choice. 14/11/2019. <https://perma.cc/WS6P-BNLP>.



CATOLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DO PORTO



CATOLICA
RESEARCH CENTRE
FOR THE FUTURE OF LAW

PORTO

www.uceditora.ucp.pt